



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

FACULDADE DE DIREITO

Curso de Graduação em Direito

OBERDAN FERREIRA COSTA DA SILVA

**CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS PROCESSUAIS E MEIOS DE
PROVA**

BRASÍLIA-DF

NOVEMBRO DE 2014

OBERDAN FERREIRA COSTA DA SILVA

CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS PROCESSUAIS E MEIOS DE PROVA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. JOÃO COSTA RIBEIRO NETO

BRASÍLIA-DF

NOVEMBRO DE 2014

OBERDAN FERREIRA COSTA DA SILVA

**CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS PROCESSUAIS E MEIOS DE
PROVA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito, aprovada com
conceito []

BANCA EXAMINADORA:

Professor JOÃO COSTA RIBEIRO NETO (Orientador) (UnB)

Professor Doutor DIAULAS COSTA RIBEIRO (UCB)

Mestrando RAFAEL DE DEUS GARCIA (UnB)

BRASÍLIA-DF

NOVEMBRO DE 2014

Dedico este texto a meus pais, Ariene e Mainard, cujos olhos de admiração foram meu primeiro combustível; a Amanda, meu desejo que se realiza há quatro anos; a João Guilherme, Matheus, Luis Ernani e Rodrigo, donos de uma ambição febril que contamina o mais humilde dos homens e, por fim, a Damásio de Jesus, causa suficiente de minha paixão pelo Direito Penal.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a legislação que trata do crime organizado em nosso ordenamento interno e refletir criticamente acerca de que rumos o processo penal vem se inclinando a seguir em relação a uma criminalidade tão, e por vezes até mais, bem estruturada que o próprio aparelho repressivo estatal. O primeiro capítulo aborda os desafios, tanto no plano doméstico quanto no externo, do esforço do direito em aprisionar o fenômeno da criminalidade organizada num tipo penal que exaurisse todos os seus caracteres ontológicos, de forma a não conceder um processo penal mais gravoso a crimes associativos de menor importância, nem de não abranger casos de criminalidade organizada verdadeira, mas que tenham algum caractere limítrofe, excludente da tutela penal diferenciada. Serão abordados argumentos a favor de uma maior invasão das liberdades individuais constitucionais e, em seguida, sua refutação à luz de dados empíricos, localização de falhas na argumentação eficientista em tela e reforço da importância dos limites principiológicos no processo legislativo criminal, de forma a não incorreremos num direito penal de exceção que só tende a ganhar força perante o medo generalizado. O segundo capítulo, por sua vez, trata dos meios de obtenção de prova individualmente considerados, à luz da lei que tutelava o assunto internamente, a 9.034/95, e como as principais figuras processuais nela dispostas passaram a ser tratadas pelo legislador em sede da lei atual, de nº 12.850/13, que revogou expressamente a anterior. Serão analisados tanto os graus de invasão de direitos do investigado e do réu na transição das duas leis, como também o grau de instrumentalidade das permissões dadas à Polícia e ao Judiciário, muitas vezes maculadas por excessos discricionários, fruto da demagogia na resolução de um problema que não pode ser extirpado completamente pela via do direito penal.

Palavras-chave: crime organizado, lei 12.850/13, lei 9.034/95, meios de prova, devido processo legal

Sumário

0. Introdução
1. A legislação acerca do crime organizado: trajetória e atual estado
 - 1.1 – O fenômeno da criminalidade organizada
 - 1.2 – A evolução da tipificação
 - 1.3 – Os meios de prova na Lei 12.850/13
2. Os meios de obtenção de prova individualmente analisados
 - 2.1 – Colaboração Premiada
 - 2.2 – Infiltração Policial
 - 2.3 – Ação Controlada
3. Conclusão

0. INTRODUÇÃO

Em meados de 2013, foi promulgada a lei 12.850, que tutela os instrumentos legais de repressão a uma forma de criminalidade completamente diferenciada, composta de verdadeiros empreendimentos delituosos, que se mantêm estáveis e lucrativos por décadas em nosso país. A inspiração vinda do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que trouxe ao plano interno o acordado por ocasião da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (da qual o Brasil foi signatário), finalmente pôde penetrar um diploma legal com o instrumental consagrado por outros países em suas próprias lidas contra suas respectivas associações criminosas, não raro até mais poderosas que as que conhecemos internamente. A lei anterior, a 9.034, por datar de 1995, ainda estava em desarmonia com as diretrizes internacionais de combate ao crime organizado.

Além disso, ao dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, padecia de atecnia teratológica que obrigaram a jurisprudência a dobrar-se num exercício de criatividade, em detrimento dos princípios da legalidade e da taxatividade. Seu próprio âmbito de incidência estava disposto de forma a quase inutilizar o diploma inteiro, como abordaremos no primeiro capítulo do texto; o sigilo que instituiu ao longo do processo era completamente alienígena ao que conhecemos e permitimos em nosso ordenamento; algumas armas essenciais para uma atuação policial marcada pela inteligência e pela organização estavam tão mal aparelhadas que eram desencorajadoras para os delegados e membros do Ministério Público, por conta de previsíveis consequências perigosas na relação entre a função acusatória e a investigativa.

É interessante notar como demoramos a nos municiar contra um fenômeno que adquiriu a feição que comumente associamos a ele em nosso país já por volta dos anos de 1970, com fortalecimento das atividades e inflação das organizações criminosas do Rio de Janeiro e de São Paulo até o ponto que se desmembraram ao longo dos anos de 1980. Não obstante algumas legislações esparsas que encaravam ângulos específicos da criminalidade “de grande porte”, como a revogada lei nº 6.368 de 1976, antiga Lei de Tóxicos, nosso legislador somou décadas de atraso para tipificar uma espécie de associação diferente da presente no art. 288 do Código Penal, com institutos de persecução criminal à altura do desafio que objetivava.

Talvez por isso mesmo, por deparar-se com a morosidade e o tempo perdido, o Congresso aprovou algo de tão questionável operacionalidade. A doutrina mobilizou-se para suprir as lacunas do texto da lei 9.034/95, a jurisprudência seguiu no mesmo sentido, mas, nesse caso, felizmente, uma providencial lucidez de nossos tribunais superiores impediu que expedientes de indubitosa inconstitucionalidade tivessem vida mais longa em nosso Judiciário.

Ao longo da presente obra, primeiro seguiremos o percurso histórico do desafio da tipificação do crime organizado. De que natureza foram as dificuldades encontradas (e ainda enfrentadas), por quais caracteres difere da criminalidade de massa, que especificidades sua natureza deve ensejar na legislação que a ela se opõe, quais as etapas comuns das atividades empreendidas por essas organizações. Quais são as tendências encampadas pelo legislador ao produzir leis acerca do assunto em comento, no que resultam e em que se baseiam para conseguir legitimidade tais ideologias subjacentes ao processo legiferante.

Na segunda parte, analisaremos criticamente os principais pontos (porque o presente texto não se pretende um manual, senão um comentário crítico) da aplicação da lei em vigência até 2013: quais novidades trouxe para a fase pré-processual e processual, como integrou o trabalho da polícia com o do Ministério Público, quem eram os legitimados para requerer e executar as exceções mais gravosas à investigação ordinária, em que pontos cometeu excecências em relação à estrutura do devido processo criminal previsto na Constituição de 1988. Em todos os pontos citados, em seguida, abordar-se-á o tratamento que lhes foi dado pelo texto legal vigente depois da metade de 2013: como enfrentou as lacunas, se incorporou ou rejeitou o que a doutrina produziu a título de crítica anteriormente, se prevaleceu o efficientismo ou o garantismo em cada solução buscada.

1. A LEGISLAÇÃO ACERCA DO CRIME ORGANIZADO: TRAJETÓRIA E ATUAL ESTADO

1.1 O FENÔMENO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

O fenômeno em tela tem origens difíceis de perscrutar. Duas são as razões. Primeiro, porque sua definição depende de um raciocínio indutivo cujo substrato é o conjunto das ocorrências do fenômeno na história. Entretanto, ele comporta-se de forma diferente de acordo com cada país, florescendo de atividades distintas em cada um, o que torna traçar seus caracteres essenciais um desafio (tanto para quem se ocupa de analisá-lo, quanto, principalmente, para quem precisa “aprisioná-lo” num tipo penal, como veremos a seguir). Depois, porque um dos poucos traços ontológicos pacíficos da criminalidade organizada é sua aptidão para nublar sua magnitude, seus mentores e suas atividades.

Outro denominador comum presente na literatura é o de que as associações organizadas para a realização de atividades ilícitas originaram-se, historicamente, como movimentos populares de proteção contra arbitrariedades praticadas por poderosos e pelo Estado, via de regra em áreas não-urbanas e desassistidas dos serviços públicos. Interessante notar que, igualmente, tais movimentações contavam com a conivência de líderes estatais corruptos de suas localidades e, em certo sentido, com a da população, quando conseguiam estabelecer com os habitantes uma relação de mutualismo alicerçada nas lacunas que a prestação pública deixava. Do contrário, a população colaborava mediante o medo da violência que sempre caracterizou o crime organizado (SILVA, 2014, p. 3- 4).

A mais antiga dentre as que existem até hoje são as Tríades chinesas, que datam da primeira metade do século XVII, formada quando da expulsão dos invasores do império Ming. No século XIX, quando Hong Kong passou a ser uma colônia britânica, as Tríades transferiram-se para lá e estimularam os camponeses a cultivarem papoula. Em 40 anos, 20 milhões de chineses já estavam empregados no cultivo desses gêneros. Uma situação ainda mais favorável, em certa medida, ocorreu quando, um século depois, foi proibido o comércio de ópio em todas as suas formas: as Tríades ficaram sozinhas no topo do lucrativo mercado da venda de heroína. (SILVA, 2014, p.4)

No Japão, a famigerada Yakuza é uma organização criminoso que atua, dentro e fora do país, através de ramificações relativamente independentes (*Yamaguchigumi, Toa Yuai Jigio Kumiai, Inagawakai*, etc.) que integram a sua rede básica de operações nos Estados

Unidos, na Alemanha, na Rússia, na China, na Colômbia e no Brasil. Datam dos tempos do feudalismo japonês, o shogunato, ainda no século XVIII. Longe dos olhos das autoridades, explorava cassinos, prostíbulos, turismo pornográfico, tráfico de mulheres, drogas, armas, lavagem de dinheiro e usura, além de atividades legalizadas, como casas noturnas, agências de teatro, cinemas e publicidade, eventos esportivos, etc., usadas principalmente para dar publicidade à organização e torná-la “palatável” ao povo. Com a rápida industrialização, no século XX, que o país experimentou no pós-Guerra, algo ilustrativo de como funciona a criminalidade organizada ocorreu: a Yakuza criou um ramo novo, adaptado às mudanças nos meios de produção do país. Agentes foram designados para atuar na prática das chamadas “chantagens corporativas”, recebendo treinamento para tornarem-se *sokaiya* (chantagistas profissionais), que, após adquirirem ações de empresas, exigiam lucros exorbitantes em troca da manutenção de segredos corporativos em face das concorrentes. Aproveitaram-se, inclusive, de curioso traço cultural dos japoneses, especialmente envergonhados de estar no polo passivo de uma chantagem, o que, aliado ao temor gerado da própria Yakuza, vem garantindo um baixo índice de notícia desse braço especializado da criminalidade organizada para as autoridades policiais. (MAIEROVITCH, 1995, p. 74 *apud* FERRO, 2012, p.3)

Na Itália, a organização que conhecemos modernamente como Máfia, elevada a um arquétipo, quase um sinônimo do fenômeno plural da criminalidade organizada, começou como um movimento rural de resistência a um decreto do rei de Nápoles, que abalou privilégios dos príncipes feudais e desorganizou a estrutura agrária da Sicília. Os príncipes contrataram *uomini d'onore* para proteger-se das investidas reais contra a região. Eles constituíram organizações secretas denominadas *mafias*. Em 1865, com a unificação forçada da Itália, episódio conhecido como *Risorgimento*, esses homens passaram a resistir contra as forças invasoras, na luta pela independência da região em face da unificação central, o que lhes possibilitou amearhar a simpatia dos camponeses pela ligação à sua identidade regional. A partir da segunda metade do século XX, somente, é que seus membros passaram a se dedicar a atividades criminosas, e o movimento do sul da Itália dividiu-se em algumas facções: a *Cosa Nostra* da Sicília, considerada o mais poderoso agrupamento, em número de clãs e ligações com as autoridades; a Camorra, do interior de Nápoles, conhecida por sua truculência, em oposição à premeditação e relativa sutileza da primeira, a Sacra Corona Unita, que atua na costa do mar Adriático, e a N'Dranghetta, considerada a menor. O núcleo da primeira remonta a uma associação de *uomini d'onore* chamada *I Beati Paoli*, que lutava pela independência da Sicília, marginalizada pelo governo, situado em Roma, de forma que até

quem nada tinha a ver com suas atividades acostumou-se a ter a Justiça da máfia em mais alta conta que a do Estado. Tal fato evidencia, novamente, o traço comum de abandono do poder público que estimula o surgimento de germes da criminalidade organizada (FERNANDES; FERNANDES *apud* ENDO, 2014, p. 2-3) (PELLEGRINI; COSTA JR., 2008, p.5 a 17).

O terrorismo é tema obviamente conexo com o assunto. No Oriente Médio e em parte do continente africano, a força adquirida por movimentos islâmicos radicais corporificou-se no surgimento de diversas organizações terroristas nas décadas recentes, com finalidades que variam da criação de Estados Islâmicos independentes (Turquia, Argélia, Sri Lanka e Egito) até a indiscriminada aversão à influência ocidental na cultura de seus países, em especial aos Estados Unidos da América. Tais grupos protagonizaram uma escalada do terrorismo desde 1973, e foram responsáveis pelo atentado de 11 de setembro de 2001, em Manhattan e no Pentágono, que vitimaram milhares de pessoas.

Alguns dos principais nomes associados a essa modalidade de crime organizado no mundo islâmico são: o *Hezbollah* (Partido de Deus), organização islâmica libanesa que luta pela criação de um Estado islâmico no Líbano e pela expulsão completa da influência ocidental do país, figurando como suspeita da autoria de um atentado contra a embaixada israelense e uma entidade judaica argentina em 1994, considerado o pior ataque terrorista da história do país, tendo deixado 85 mortos; o *Hamas* (Movimento de Resistência Islâmica), organização palestina que data do meio dos anos 80 e tem um braço armado, de nome Al-Qassam, responsável por vários atentados em Israel. Não aceita os acordos de Oslo, pelo qual os principais líderes palestinos reconheceram a existência do Estado de Israel; o GIA (Grupo Armado Islâmico) – surgiu em 1992, depois que o governo argelino recusou-se a reconhecer a vitória da Frente de Salvação Islâmica nas eleições legislativas, e tem o objetivo de instaurar um Estado Islâmico na Argélia, realizando massacres civis e atentados contra intelectuais e estrangeiros. Por fim, cite-se a Al Qaeda, fundada em 1990 pelo milionário saudita Osama Bin Laden, auxiliado anteriormente pelo governo norte-americano, tanto militar quanto financeiramente, quando da Guerra do Afeganistão, uma década antes. Tem como objetivo, ironicamente, lutar contra a influência dos Estados Unidos no mundo islâmico como um todo, e é o principal suspeito pelos atentados de 11 de setembro, em Washington e Nova York. (WELLAUSEN, 2002, p.12-13)

Mais próxima da realidade do crime organizado do nosso país, é possível analisar a criminalidade organizada dos Estados Unidos, interessante para o realce de elementos

pertinentes ao surgimento e crescimento desse fenômeno na América. A proibição irrestrita da comercialização do álcool, na década de 1920 e 1930, tratando-se de um produto com demanda tão alta e generalizada, logo ensejou o surgimento de grupos (*gangs*) dedicados ao contrabando da bebida, de forma organizada e estável, primeiro mediante chantagem de empresários, e com o enriquecimento dos grupos, mediante corrupção de autoridades da alfândega, de prefeituras e departamentos de polícia. Com o passar dos anos, tais associações passaram a explorar outras atividades ilícitas, como os jogos e os prostíbulos, e ficaram especialmente fortes no desenvolvimento econômico dos Estados Unidos do pós-Guerra. A migração de alguns clãs da *Cosa Nostra*, vindos da Sicília e com expertise nas atividades já desenvolvidas em solo americano, instalou a máfia ítalo-americana no país, que passou a atuar em todos os ramos que as *gangs* originais trabalhavam, além de introduzir o tráfico de entorpecentes à lista (SILVA, 2014, p.7-8).

Por fim, após o excursão histórico e análise dos caracteres internacionais do fenômeno, podemos voltar a atenção à realidade brasileira. A primeira ocorrência de infração penal organizada em nosso país, porém, data da metade do século passado e tem uma origem pouco usual, em comparação com as outras organizações que abordamos anteriormente: o Barão de Drumond criou um jogo de azar para arrecadar dinheiro em prol dos animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. A iniciativa, porém, foi imitada por grupos organizados, posteriormente, que passaram a monopolizar o jogo mediante a corrupção de políticos e policiais. Nos anos 80, os donos do esquema chegaram a movimentar meio milhão de dólares por dia, e uma parte considerável do faturamento ia para banqueiros associados.

Mais recentes e violentas são as surgidas em penitenciárias do Rio de Janeiro, nos anos de 1970 e 1980: a “Falange Vermelha”, berço das vindouras, formada por quadrilhas de roubo a banco, nascida no presídio de Ilha Grande, que deu origem ao Comando Vermelho, mais voltado ao narcotráfico, que tomou corpo em Bangu 1, por volta de meados dos anos 70. O Terceiro Comando, dissidência do Comando Vermelho, foi formado por presos que não concordavam com a prática de determinados crimes por parte do grupo e queriam a “especialização funcional” deste.

Em São Paulo, nos anos 90, surgiu num presídio de Taubaté a organização criminosa conhecida como PCC – Primeiro Comando da Capital, que logo expandiu sua atuação criminosa para outros estados. Patrocinava a fuga de presos, roubava bancos, extorquia mediante sequestro e traficava substâncias entorpecentes, com conexões internacionais. Ficou

famosa pelos métodos extremamente violentos de manutenção do poder, com o assassinio de membros de facções rivais de formas completamente cruéis dentro dos estabelecimentos prisionais, sua marca registrada. (SILVA, 2014, p.7-8)

A análise das plurais e diversas manifestações açambarcadas pela tarja de “crime organizado”, em diferentes contextos culturais e históricos, é imprescindível na tarefa de pôr em relevo os pontos constantes da criminalidade organizada, percorrendo o caminho mais lógico e empírico para conceituá-la. Depois dessa tarefa inicial, podemos passar a uma tarefa mais técnico-jurídica, que é a de analisar os desafios que cercam a tipificação desse crime, comparar as leis que se propuseram a tal e compreender os avanços ou retrocessos que eventualmente foram positivados em nossa trajetória legislativa no tema.

Num rol introdutório, a partir da análise empreendida anteriormente, podemos citar alguns traços comuns entre as diversas organizações criminosas: a maioria originou-se de agitações populares contra o Estado, o que já, de antemão, põe sua natureza mais próxima do povo do que o poder público o é, e isso facilitou, em geral, sua aceitação nas respectivas comunidades locais. Tal proximidade é mantida por meio do uso de seu poderio econômico e sua intimidação para prover o que o Estado negligencia a áreas de pouca visibilidade, em geral, coletividades pobres. Acerca desse aspecto, Carlos Amorim narra:

O processo de conscientização das comunidades pobres, que conta com o incentivo governamental para a organização de entidades representativas, permitiu que o Comando Vermelho, agindo à sombra do processo legal, obtivesse a liderança de cerca de 35% de todas as instituições desse tipo na cidade do Rio de Janeiro. Pelo voto direto. (...) nos anos 1980/90, o crime organizado havia encontrado uma forma de expressão política aberta. Os líderes comunitários apresentavam junto ao poder público aquelas reivindicações que interessavam às populações, enquanto que os chefes do tráfico ficavam com a fama de terem resolvido os problemas, relacionados ao abastecimento de água, luz, à colocação de asfalto, à instalação de creches etc. Ou seja: tudo o que os governantes deveriam ter resolvido por iniciativa própria. (2010, p.120)

Além disso, as organizações atuam sobre vácuos criados por proibições estatais (exploração de prostituição, jogos de azar, venda de entorpecentes, de armas sofisticadas ou mesmo de álcool); combinado a isso, contam com a conivência dos agentes fiscalizadores do Estado para manter suas atividades. O poder de corrupção é consequência direta do acúmulo de poder econômico, que tem como alvo as várias autoridades dos três poderes do Estado: a Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário, altas esferas do Poder Executivo e os responsáveis pelo processo legislativo. Eles contribuem não apenas com a paralisação seletiva

do aparelho voltado à repressão criminal, mas também com um fluxo privilegiado de informações, especialmente de ordem econômica, financeira e legislativa. Em outro trecho de sua obra “Assalto ao Poder”, Carlos Amorim prossegue:

Na segunda-feira, 25 de junho de 2007, o governo mexicano afastou 284 chefes de polícia de suas funções, todos ligados à área de atuação federal. Eram suspeitos de ligação com o tráfico. O expurgo “temporário” visava garantir a lisura da investigação. (...) O México parece naufragar também em denúncias contra políticos e autoridades, como aqui, nas terras brasileiras.(2010, p.177)

A acumulação de poder econômico é um traço definidor da criminalidade organizada, corolário do fato de atuarem no vácuo de uma proibição estatal, o que resulta em lucros extraordinários. A relação capital/lucro sobre o comércio proibido, como afirma José de Faria Costa, é incrivelmente favorável em relação ao lucro, pois de um capital relativamente pequeno há a expectativa dum lucro fabulosamente alto. Segundo o relatório divulgado em 2008 pela Agência para Drogas e Crime Organizado das Nações Unidas, só a renda obtida com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, uma das muitas fontes de renda do crime organizado, corresponde a cerca de US\$ 322 bilhões por ano. (2001, p.11 *apud* SILVA, 2014, p.14)

Uma necessidade comum a todas as atividades ilícitas e, sobremaneira, ao crime organizado, é a de “legalizar” o lucro obtido de fontes proibidas. O processo de “lavar” o dinheiro para que volte ao mercado financeiro sem traços de sua origem é considerada a parte mais vulnerável do esquema inteiro, pois os processos de “reciclagem” do dinheiro são os de mais fácil percepção pelas autoridades que se dedicam a combater o crime organizado. Consiste, em geral, em colocar o dinheiro *ilícito* no mercado econômico por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou de bens; através de formas sutis de não alarmar fiscalizações, como o fracionamento dos valores que transitam pelo mercado; a utilização de estabelecimentos que trabalham com dinheiro em espécie e a interposição de pessoas físicas insuspeitas ou sociedades comerciais entre o dono do dinheiro “sujo” e os depósitos. Seguido disso, há procedimentos de ocultação para dificultar a identificação do rastro contábil dos recursos e, por último, investimentos em empreendimentos que facilitem as atividades criminosas da organização. Jean Ziegler descreve alguns dos “segredos” que protegem a identidade dos criminosos correntistas dos bancos suíços:

1. Primeiro segredo: o agente da morte desejoso de lavar seu dinheiro na Suíça dirige-se primeiro ao escritório de um advogado. Este abre uma conta sob mandato, fiduciariamente. O que quer dizer isto? É o advogado que

assina o documento de abertura da conta com seu próprio nome, sem deixar de indicar que age por conta de um cliente. Recusará identificar esse cliente invocando o segredo profissional. (...)

2. Segundo segredo: o agente da morte, já protegido pelo segredo profissional de seu advogado, rejeita fazer o depósito de sua riqueza na conta numerada de um banco. Desconfiado por natureza, prefere interpor uma barreira suplementar entre o advogado e o banco: o que lhe proporcionará uma sociedade fiduciária ou um administrador de riquezas reconhecido. Também nesse caso, os recentes escândalos – e, mais ainda, um sadio temor de concorrência – levaram a associação Suíça dos Bancos a exigir de seus interlocutores a assinatura de um formulário garantindo a proveniência legal dos fundos. A “Declaração por Ocasão da Abertura de uma Conta ou de um Depósito”, cuja assinatura a Associação Suíça dos Bancos sugere aos fiduciários e aos administradores de riquezas, é formulada em termos próximos aos enunciados anteriormente. Infelizmente, inúmeros administradores de riquezas e sociedades fiduciárias recusam-se a assiná-la.

3. Terceiro segredo: o segredo bancário (artigo 47 da lei federal sobre os bancos e as caixas econômicas). Protege com um muro dificilmente transponível a riqueza ensanguentada dos agentes da morte. (1990, p.86-88)

A dificuldade diante da lavagem de dinheiro no exterior é ainda maior, pois, quando ela segue um procedimento formal-jurídico legitimador desde seu início, os meios de provas tradicionais da processualística penal são ainda mais ineficazes para debelar esse ponto do esquema geral. Dificuldades assim motivaram a admissão e regulamentação nos ordenamentos jurídicos mais modernos das interceptações de comunicação telefônica, postal e escutas ambientais. A quebra dos sigilos bancário e fiscal, pela mesma razão, é autorizada em certas ocasiões previstas em lei, mas apenas com a anuência do juiz, pelo enorme grau de invasão da intimidade de uma pessoa que não foi ainda condenada pelo delito em análise.

O poder de intimidação é outra marca registrada do crime organizado. A “lei do silêncio” (a *omertà* das máfias italianas), uma imposição a qualquer um que se relacione eventualmente com a organização, é mantida mediante violência cruenta e divulgada, tanto contra delatores, quanto contra testemunhas e membros de grupos rivais, estendendo-se, não raro, aos familiares destes. É um dogma capital dos códigos regentes dessas atividades ilícitas, e data, em geral de suas próprias origens, embora hoje em dia, alerta José de Faria Costa, os códigos de honra são somente um passado romântico. Em razão dos lucros exorbitantes, a própria segurança dos membros entre si é posta em cheque, transformando o empreendimento da criminalidade organizada num “negócio de risco”. Para organizações poderosas, a intimidação é executada mesmo contra figuras centrais do poder político:

Virgilio Barco, apoiado por George Bush, recusa apoio a Pablo Escobar. Atrás de Barco encontra-se uma mulher excepcionalmente inteligente,

determinada e audaciosa: Monica de Grieff, trinta e seis anos, ministra da Justiça. Ela é o sexto ministro de Justiça desde 1986, início do mandato de Barco. Um de seus predecessores, Lara Bonnillo, foi assassinado pelos *sicarios*; outro, Enrique Parijo, gravemente ferido. Os outros ministros da Justiça – com pouca vocação para *camicases*- cederam sucessivamente à chantagem: o cartel tem o delicioso costume de enviar uma foto de família e um pequeno caixão de madeira preto a suas futuras vítimas. Um após outro, os ministros se demitiram. (ZIEGLER, 1990, p. 85)

Por último, a propriedade organizacional das atividades em tela, sua estrutura piramidal, à maneira de uma empresa, distingue sua atuação escalonada da do crime atomizado: contam com um elevado número de soldados, um *boss* e alguns intermediários entre os dois polos. Não raro, dispõem de recursos tecnológicos para integrar todos os seus membros com segurança, diminuindo a possibilidade de interceptação pelas autoridades investigativas (GOMES, 1997, p. 72)

1.2 A EVOLUÇÃO DA TIPIFICAÇÃO

A dogmática penal moderna foi pensada para a repressão de delitos de eventos pontuais, no sentido de possuírem marcos inicial e final claros e prolação no tempo definida, lesivos de bens jurídicos individuais. Uma lida rápida em nosso Código Penal e na doutrina pode asseverar tal tendência. O crime organizado, porém, é um crime associativo, que, nas altas esferas dos grupos que o praticam, pouco se exterioriza por comportamentos agressivos de interesses meramente individuais (e sim supraindividuais), com início de difícil especificação e encerramento incerto, posto que permanece funcionando com a mesma estrutura, mesmo diante do isolamento de seus mentores. Constitui-se, pois, em desafio à tipificação do Direito Penal do século recém-chegado, e nossa técnica jurídico-legislativa vem sendo burilada para conseguir apreender os caracteres fáticos do fenômeno em estudo.

Busca-se um tipo penal que não estenda a tutela penal mais severa a atividades delituosas que não justifiquem tal tratamento, mas que também não deixe ao largo de sua severidade ocorrências dignas da tarja de periculosidade distinta da do crime “comum” por conta de algum elemento do tipo que não reste devidamente satisfeito.

No Brasil, a trajetória legislativa no sentido duma tipificação que enfrentasse o problema aqui abordado começou com a lei 9.034, de 3 de maio de 1995. Foi unânime a doutrina em considerá-la insuficiente. Porquanto editada como instrumento dispendioso “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por

organizações criminosas”, na contramão da tendência contemporânea de separar as diversas modalidades de agrupamento criminoso para reservar apenas às mais graves uma tutela mais invasiva, logo em seu art. 1º, dispõe: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. Igualou, portanto, a organização criminosa aos atos das quadrilhas e bandos; igualou o tratamento processual e investigativo dispensado a uma gangue que furta fios de cobre com contumácia e o dado ao Primeiro Comando da Capital, por exemplo. O desacordo com o princípio da proporcionalidade era patente:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a *proporcionalidade* entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada, *in verbis*: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15). No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). Exige-se moderação, contudo, como destacam Edilson Bonfim e Fernando Capez, para *infrações de menor potencial ofensivo* (art. 98, I). (...) Para concluir, com base no *princípio da proporcionalidade* é que se pode afirmar que um *sistema penal* somente estará justificado *quando a soma das violências* — crimes, vinganças e punições arbitrárias — *que ele pode prevenir* for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los (BITENCOURT, 2012, p. 54).

Posteriormente, foi editada a lei 10.217, em 11 de abril de 2001, que modificou o art. 1º da lei 9034/95 para a seguinte redação: “Esta lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Visível que em vez de eliminar o problema, manteve o erro e criou mais uma questão:

De início, chama a atenção o surgimento da diferenciação entre “associações” e “organizações”. Eduardo Araujo da Silva especula que tal binômio se deva ao termo presente na então vigente lei 6.368/76 (antecessora direta da atual lei de Drogas, que só viria em 2006), art.14, que previa o crime de associação para fins de praticar infrações previstas na Lei de Tóxico. Diferença inócua: nem na doutrina, nem na jurisprudência, essa cisão é levada a efeito por meio de duas definições diferentes.

Apesar de diferenciar “quadrilha” e “bando” de “organizações ou associações de qualquer tipo”, eximiu-se de conceituar as últimas. Dentro do Direito Penal, por conta do

princípio da legalidade, manejar essa categoria postulada sem nenhuma definição estrita positivada seria de controversa legalidade. Erro, inclusive, evitável por exemplos no campo do Direito Comparado, aparentemente ignorados pelo legislador. Sobre a Espanha, por exemplo:

A ausência, até recentemente, do crime organizado como um tópico independente nas descobertas dos relatórios oficiais se deve também à razão da tradicional inexistência duma definição legal positivada na legislação interna da Espanha. Pertencer a uma organização criminosa é visto pelo Código Penal espanhol como uma circunstância agravante de certos crimes, mas nenhuma definição do que seja isso é dada. É trabalho da jurisprudência estabelecer o conceito de “organização criminosa”, em particular, em conexão com o tráfico de drogas, onde desde 1983 ser o mentor de uma organização – mesmo que só parcialmente ou ocasionalmente dedicada ao tráfico ou só transitoriamente constituída – tem sido considerado uma circunstância agravante pelo Código espanhol. (...) Fora do Código Penal, participação numa organização criminosa (com uma disciplina interna) é também considerada pela legislação carcerária para fins de classificar internos no regime fechado. Mas, aqui também, definição alguma é fornecida (Tradução livre) (CUESTA, 2004, p. 796-797).

A nova lei de Drogas, 11.343/06, no art. 33, parágrafo quarto, faz menção ao termo e, novamente, não define o fenômeno:

Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização.

As tentativas de definir juridicamente o fenômeno estudado neste trabalho vinham, há décadas, buscando socorro em outras searas do conhecimento, em especial, a criminologia e a história, que disputavam a capacidade de fornecer a análise mais satisfatória. Observou-se, entretanto, que a adoção isolada das respostas de cada um desses campos de conhecimento não supriria a demanda do Direito por um conceito instrumental. A mescla dessas respostas, porém, guarda, em geral, três aspectos que se repetem: um aspecto estrutural (número mínimo de pessoas integrantes), finalístico (rol de crimes a ser considerado como de criminalidade organizada) e temporal (extensão temporal do vínculo de associação criminosa). (BORRALLO, 1999 *apud* CUESTA, 2004, p. 797).

Em completo acordo com o ensinamento de Enrique Anarte Borrallo, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, adotado em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, mais conhecido como Tratado de Palermo (que foi ratificado pelo

decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004), classificou como “grupo organizado” aquele que é:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada.

Perceptíveis são os traços sumarizados pelo autor: o estrutural (“três ou mais pessoas”), o temporal (“existente há algum tempo”) e finalístico (“com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente convenção”).

Apenas em 2012, no bojo da Lei 12.694, que dispunha sobre *o processo e julgamento em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa*, pela primeira vez no ordenamento doméstico, definiu-se organização criminosa:

Associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Não criou, porém, uma figura típica específica para apenar a participação.

Esta veio com a lei 12.850/13. Ela *define organização criminosa e dispõe sobre a organização criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*. Nasceu das discussões duma parte específica da Comissão Especial Mista do Congresso Nacional para levantar e diagnosticar as causas e os efeitos da violência. O sub-relator dos grupos de discussão do tema *crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro* foi o Deputado Federal Magno Malta, auxiliado por um grupo de trabalho organizado pelo CNPJ – Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça.

O legislador brasileiro assim definiu crime organizado, na lei em estudo:

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

A lei, portanto, contempla o entendimento citado anteriormente, constante do art. 2º da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Delinquência Organizada Transnacional, mesmo porque já estava ela incorporada em nosso ordenamento pelo decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

No requisito estrutural houve, por parte da lei 12.850/13, em relação à 12.694/12, uma inovação restritiva: só quatro ou mais pessoas configuram crime organizado. A anterior redação do art. 288 do Código Penal foi alterada para evitar colisão, exigindo para o crime de *associação* o conluio de três ou mais pessoas (antes eram apenas mais de três), tratando-se nesse ponto de *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir para prejudicar o réu.

Além disso, deve haver certo grau de organização, ainda que informal (não necessariamente algo meticulosamente definido e com significativo grau de especialização dos membros em algumas tarefas), com atribuição de tarefas diferentes aos membros nas ações. O intuito aqui foi separar o tratamento dispensado ao crime organizado, nesta lei, do dado a bandos desorganizados, sem mentores definidos, que praticam todos o mesmo crime de forma coletiva e indiferenciada.

Assim como o crime de *associação*, sucessor do de *quadrilha ou bando*, porém, o crime que está previsto no artigo também é crime formal. Mesmo que o bando, se estável e duradouro, não tenha cometido nenhuma das infrações previstas na lei, já o crime de participação na organização resta perfeito. A mera intenção, como reza a redação do artigo, o *objetivo* de obter qualquer vantagem, é suficiente para o tipo.

No requisito temporal, apesar de não ter feito menção expressa à estabilidade do vínculo que se desejou tutelar na figura típica, é mister aplicá-lo como necessário, por duas razões. Primeiramente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado aponta para essa direção, e tal diploma foi trazido para o ordenamento interno por meio do Decreto 5.015 de 2004. Outra razão é que a jurisprudência já havia criado o mesmo viés interpretativo para o modificado artigo 288 do Código Penal, para evitar que se punisse a título de tipo penal independente o mero concurso de agentes. (SILVA, 2014, p. 26)

Quanto ao requisito finalístico, a lei optou por expressar gravidade através das penas intentadas ou praticadas pela organização: quando o máximo da pena for superior a quatro anos *ou* quando tiver caráter transnacional.

Ilícitos penais de pena máxima menor que 4 anos, inclusive contravenções (englobadas pelo gênero “infrações”, que tem como espécies o crime e a contravenção), podem ser punidos, pois, em duas circunstâncias: quando aplicável a lei brasileira segundo as regras de territorialidade e extraterritorialidade (arts. 5º, 6º e 7º do Código Penal) e quando a soma dos delitos pretendidos alcançar o patamar mínimo de 4 anos. Decorre esta possibilidade da redação do §1º, art. 1º da Lei 12.850/13. É importante lembrar a razão de ser da criminalização de práticas contravencionais pela lei 12.850/13, visto que a exploração de redes de jogos de azar está na própria gênese do fenômeno do crime organizado em nosso território, como analisamos em ponto pretérito deste texto.

O Art. 2º tipifica, finalmente, o crime de participação em organização criminosa.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I - se há participação de criança ou adolescente; II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. § 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual. § 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena. § 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

Os bens jurídicos tutelados por esses crimes são a paz pública e a segurança interna do Estado. As organizações criminosas infiltram-se na máquina estatal, inutilizam e cooptam as instâncias que, de outra forma, serviriam para coibir sua forma de obter lucros. Jean Ziegler

escreveu, com propriedade, que “o dinheiro da droga (...) corrompe os homens e arruína suas instituições” (1990, p.18). Além disso, a eventual violência perpetrada por elas não se assemelha às desencontradas ocorrências de crimes contra a vida ou contra a pessoa, frutos de episódios fatídicos, mas do cotidiano: é uma violência sistêmica, propagandeada para evitar que se tenha coragem de enfrentar seus autores, pensada estrategicamente e estável ao longo do tempo.

Os verbos nucleares da conduta proibida são promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. “Promover” significa estimular de qualquer forma, ainda que não componha os quadros da organização, pois para esta ação há um verbo específico (“*integrar* organização criminosa”). “Constituir” é iniciar a organização, fazê-la existir; “financiar” é fornecê-la dinheiro ou bens para seu funcionamento.

Trata-se de crime de perigo presumido, uma vez que não é necessário provar o dano à paz pública ou à segurança interna do Estado. Também é crime comum, uma vez que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo dele, não exigindo qualquer condição especial do seu agente. Seus eventuais sujeitos passivos são a coletividade, o Estado e as pessoas lesadas pelas atividades da organização. Admite-se tentativa nas modalidades típicas de promover e financiar a rede criminosa, caso a finalidade do ato não se consume (depositar dinheiro numa conta e a soma não houver caído, ou não conseguir distribuir panfleto elogioso com a história da organização porque o encarregado de sua divulgação foi interceptado, por exemplo). Para os outros verbos, não se vislumbra situação em que o momento consumativo não seja imediato. (SILVA, 2014, p. 28)

Questão interessante cerca o §1º do art. 2º, que incrimina igualmente o agente que incorre nas condutas do *caput* e aquele que impede, ou de qualquer forma embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Impedir é inviabilizar o prosseguimento do ato investigatório, embaraçar é criar dificuldades à atuação da Polícia Civil ou do Ministério Público na apuração dos fatos em questão.

É de constitucionalidade controversa, porém, que a pena aplicada a alguém que obstrui de alguma forma a investigação em curso deva ser a mesma de alguém que chegou a integrar a organização. A primeira conduta é visivelmente menos gravosa que a segunda, e deveria estar disposta em outra seção da lei, a de “Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova”, cujas penas cominadas são inferiores à do delito disposto no art. 2º. Outro aspecto

importante desse parágrafo é não confundí-lo com a destruição de provas contra si próprio, corolário do direito à não autoincriminação, que pode até justificar um decreto cautelar de prisão, mas não o crime específico referido acima (SILVA, 2014, p. 30).

O objeto jurídico do crime é a administração da Justiça, pois o Estado está interessado em elucidar os crimes cuja investigação foi obstaculizada pelo agente. A tentativa é admitida quando alguém pratica ato tendente à obstrução do procedimento e não alcança o fim pretendido.

1.3 OS MEIOS DE PROVA NA LEI 12.850/13

Em decorrência das características supracitadas, algumas formas de obtenção de prova do procedimento criminal comum, se mantidas iguais ao padrão vigente, não surtem efeito no combate ao crime organizado.

Decorre tal nuance da própria natureza diferenciada do seu objeto, por seu alto poder de intimidação, fruto da propaganda de violência destinada a intimidar os populares das cercanias de atuação dos grupos. Completamente diferente da violência pontual urbana, como roubos desencontrados, tentativas de homicídio em eventos entre conhecidos, com frequente consumo de álcool, brigas de torcidas organizadas inteiras entre si, onde nenhum dos agressores tem rosto ou *expertise*, o crime organizado é sistemático e até previsível em suas represálias, embora também implacável e brutal.

Por essa razão, é lugar comum na história da repressão legal ao crime organizado que as possíveis testemunhas nada digam à polícia, não deponham em juízo; se depõem no inquérito, na fase processual alteram completamente o que disseram, por medo da vingança dos criminosos ou porque já foram, de fato, subornadas ou ameaçadas.

Sobre o assunto, o jornalista Carlos Amorim, que devotou vinte e cinco anos à pesquisa de como se desenvolve o narcotráfico em São Paulo e no Rio de Janeiro, além de observar até onde vai seu poder, escreve:

Várias declarações citadas neste volume partem de pessoas que não são identificadas – ou que são designadas apenas por apelidos ou iniciais. Hoje é praticamente impossível obter declarações de viva voz, acompanhadas de um nome completo. Os telejornais nos mostram toda noite aquelas vozes tecnicamente distorcidas e aqueles rostos cobertos por réticulas eletrônicas. Somos um país com medo, que mergulha mais e mais na clandestinidade. Mesmo no banal, no vulgar das coisas. A vítima de

um assalto sai da delegacia cobrindo o rosto com a camiseta. A vítima. Ela teme a represália que pode vir do mundo do crime. O bandido é vizinho, é a pior ameaça. Está no mesmo bairro. A poucos quilômetros de distância (...) (AMORIM, 2010, p. 26)

Se é assim na situação descrita, que dirá em sede de audiência de instrução e julgamento, que, caso seja seguido o procedimento penal tradicional, comportará vítima, testemunha e réu na mesma sala, aquela estando obrigada a contar o que sabe dos delitos de um acusado de participar de esquemas criminosos sofisticados e poderosos.

Mesmo os magistrados estão submetidos a risco quando se trata de réus tão poderosos, com influência dentro da máquina estatal e que não temem mesmo as altas instâncias da Justiça. Jean Ziegler, sobre a atuação do Cartel de Medellín, nosso vizinho latino-americano, conta:

Desde 1982, a Colômbia é o maior exportador de cocaína do mundo. Os barões da droga formam um Estado dentro do Estado. Suas armas: *plata y plomo* (dinheiro e chumbo). Ou corrompem, ou matam. Desde 1982, mandaram assassinar (...) 221 juízes e mais de dois mil policiais. (1990, p. 66)

Por essa razão, a Lei Estadual 6.806/2007, de Alagoas, que criou a 17ª Vara Criminal da Capital, com competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados pelo crime organizado naquele estado, um dos mais violentos do nordeste, previa os julgamentos colegiados em primeira instância. Um dos dispositivos dessa lei, que foi inteira objeto da ADI 4414, foi a criação de colegiados de juízes em primeira instância para proferir decisões em processos sobre a matéria aqui analisada, de forma a tornar o juiz “invisível” (FONSECA, 2012).

Os ministros do Supremo entenderam que há lacuna em nossa carta constitucional quanto à criação de juízos colegiados em primeira instância, e que Alagoas não a estaria contrariando ao exercer sua prerrogativa de legislar complementarmente à Constituição. A decisão do tribunal teve repercussão para o resto do país, abrindo caminho para a disseminação das estruturas especializadas. Posteriormente, a lei 12.694/12 consagrou esse entendimento, dispondo, entre outras matérias, de garantias de segurança ao juiz que julga réus acusados de integrar o crime organizado.

No Brasil, em 2011, a juíza Patrícia Acioli, reconhecida no meio jurídico por emitir sentenças contundentes contra o crime organizado do Rio, foi assassinada com vinte e um tiros em uma emboscada na porta de casa, em Niterói. De acordo com o inquérito da polícia, a magistrada

estava em uma lista de pessoas marcadas para morrer. Tendo em vista casos como esse que a decisão sobre o caso de Alagoas foi dada pelo STF (COSTA, 2012).

Argumenta-se em parte da doutrina que há a vulneração de garantias individuais no direito penal, processual penal e constitucional com tais medidas de produção de provas. A Lei 12.850, diante das realidades que pretende tutelar, disponibiliza aos órgãos investigativo e acusatório os seguintes meios de obtenção de prova:

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

Nota-se, então, que no plano processual penal, uma inegável tendência restritiva de certos direitos fundamentais dos investigados e réus perpassa a legislação em tela.

Parte da doutrina argumenta que não está o diploma, porém, à margem da Constituição e das garantias construídas historicamente para os indivíduos. Começa-se por evidenciar o comando implícito através do texto constitucional, na medida em que o legislador originário prescreveu tratamentos diferenciados para matérias de natureza díspar: tornou inafiançáveis algumas formas de crimes graves (art. 5º, XLIII), enquanto para outros tantos, pinçados pela quantidade de pena máxima abstratamente cominada ao tipo penal, admitiu procedimento mais célere e transação penal, nominando-os de “delitos de menor potencial ofensivo”. Consentiu a violabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação e processo penal, uma vez que o juiz as tenha permitido (art. 5º, incisos XI e XII), em que pese a regra ser a preservação da intimidade e a vida privada dos cidadãos. É visível que o diploma norteador de nosso ordenamento jurídico enxergou a necessidade da diferenciação dos procedimentos persecutórios penais em relação ao que está sendo apurado, ainda que, logicamente, não se tenha chegado à condenação definitiva (SILVA, 2014, p.46).

Por fim, analisa Lênio Streck, acerca da hierarquia axiológica que defendem os penalistas pátrios. A visão de que o Estado só exerceria o princípio da proporcionalidade negativamente, ou seja, excluindo penas para que se compatibilizem com outras de mesma

natureza mas de mais branda quantidade, é um cacoete liberal que não mais se coaduna com os desafios de proteção a bens jurídicos transindividuais que nossos ordenamentos enfrentam:

Sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido² - *Sinngebung*) válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença “faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional”*. Um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) jamais é interpretado *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. (...) Estando isto claro, vale registrar, no particular, a existência de uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito (bem jurídico) a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, que defendem uma compreensão demasiadamente restrita do conceito, e aqueles que defendem o reconhecimento jurídico-penal de valores supra-individuais, cuja posição quanto à funcionalidade dessa instituição jurídica assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social. Essa contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, *e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza*. A transferência desta – ainda não resolvida – controvérsia para as práticas legislativas e judiciais faz com que surjam leis (v.g., Leis 10.259/01 e 10.741/03) em que bens jurídicos que claramente traduzem interesses de grandes camadas sociais são *rebaixados axiologicamente* e equiparados a outros bens de relevância individual, privilegiando-se o individual em detrimento do coletivo, questão sutilmente presente, por exemplo, na legislação que trata dos crimes de sonegação fiscal no Brasil, como é possível perceber até mesmo na recente Lei 10.684/03, sancionada já no governo Luis Inácio Lula da Silva, e que será objeto de análise mais adiante. O que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exacerbado ao liberalismo e os que buscam a guarida penal de bens supra-individuais, é que estes buscam introjetar na concepção de bem jurídico penal *a ideia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam de proteção penal*, enquanto aqueles (apegados à concepções do liberalismo clássico), resistem a tanto, obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de que tal concepção implicaria uma “indesejada ampliação das barreiras do direito penal”. De certo modo, continuam a pensar o direito a partir da ideia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o direito (penal) teria a função de “proteger” o Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas brasileiros de orientação crítica fazem essa leitura do garantismo tão-somente pelo viés negativo. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. indivíduo dessa opressão. Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do *Leviatã*, ripristinando – para mim de forma equivocada – antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic) (STRECK, 2013, p. 4 a 6)

Exposta tal posição, não é difícil ver que há pelo menos um salto argumentativo indevido em seu seio. A disposição implícita que nos autoriza a dispor do procedimento judicial de acordo com a natureza do tipo penal investigado, porquanto exista, não é,

obviamente, o mesmo que dar carta branca ao legislador infraconstitucional para positivar qualquer grau de invasão aos direitos fundamentais.

Esse tipo de solução, que se vende como uma enérgica resposta das leis penais e processuais penais a uma criminalidade crescente, encontra legitimação popular por meio de um mecanismo de populismo alarmista midiático. A criminalidade de massa, desorganizada, acéfala e pontual, propagandeada pelos meios de comunicação, é motivo de um sentimento de insegurança desproporcional na população que acaba sendo saciada em reações contra criminalidades até de natureza diferente da que infundiu o medo no povo, como a criminalidade organizada. (BITENCOURT, 2013, p. 6 a 10). Nasce aí a legitimidade popular do direito de exceção.

Por direito penal de exceção devemos compreender uma legislação penal excepcional frente à Constituição. Caracteriza-se por algumas características dentre as listadas: ampliação dos poderes da polícia, pelo interrogatório sem a presença do defensor, flexibilização dos requisitos para concessão de interceptação telefônica, tipos penais semanticamente abertos, prisões cautelares praticamente compulsórias dos imputados, ampliação do tempo destas, premiação dos delatores, valor de prova plena aos depoimentos colhidos na investigação, a imparcialidade judiciária é substituída pelo princípio inquisitivo e a lógica amigo/inimigo, entre outras. Foram adotados, por exemplo, na Itália, notadamente entre 1974 e até os anos 90, transformando o processo penal numa máquina incontrolável e distante das garantias tradicionais em favor dos investigados e réus, em nome da repressão às organizações mafiosas que existem ao longo do país. A base dela foi a substituição das razões do Direito pelas razões de Estado, de legitimação política em vez de jurídica. A primeira subordina os fins políticos aos meios juridicamente possíveis, fruto da evolução das garantias a tão duras penas conquistadas durante a Idade Moderna; a segunda, subordina os meios jurídicos aos fins políticos por quem detém o poder. A crise de legalidade então, seria mero corolário, facilmente previsível. No caso citado, não tardaram as críticas aos abusos dos juízes italianos ao longo da famigerada Operação Mãos Limpas, em razão do abuso (amparado legalmente) da prisão cautelar, que fez que o povo a conhecesse como “Operação Algemas Fáceis” e uma onda de suicídios explodisse entre os investigados cautelarmente detidos. (GOMES e CERVINI, 1995, p.42 a 44).

Essa reação é completamente simbólica, visto que os mecanismos reativos citados, possibilitados a órgãos repressivos, não surtem efeitos concretos na normalização de um incremento de violência que, por vezes, sequer existe fora da propaganda. Não têm nenhum

sentido empiricamente e o legislador, que sabe que essa política criminal é ineficaz, passa por inquieto e cioso ao grande problema na segurança pública. É uma política desonesta que retira credibilidade do Direito Penal. (HASSEMER *apud* GOMES e CERVINI, 1995, p.45).

Para ilustrar o ponto de que o argumento da permissão constitucional à diferenciação dos procedimentos penais em relação a crimes mais graves é usado de forma abusiva em nosso ordenamento, podemos citar exemplos da Lei 9.034/95.

Como já discutido, o texto legal iniciava por definir o âmbito de sua incidência sobre os imputados segundo o art. 288 do Código Penal, o crime de *quadrilha ou bando*, um delito bastante comum e de complexidade inferior para o aparelho repressivo estatal, o que feria o princípio da proporcionalidade. A questão é que, mesmo entre aqueles juízes que se negavam a aplicar a lei da forma em que expressamente se encontrava, o artifício usado feria um princípio ainda mais caro ao constitucionalismo: o da legalidade.

Nenhuma interpretação jurídica deve deixar de ser sistemática. Afirmar o contrário seria supor que, da forma com que saem do processo legislativo, as leis estão perfeitamente adequadas às normas que lhe são superiores e harmonizadas com as que estão hierarquicamente equivalentes. Portanto, os artigos iniciais, (Art. 1º Esta lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando. Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas.) eram interpretados como tendo criado uma figura jurídica nova, a organização criminosa, de âmbito diferente do da quadrilha ou bando, mas consistiria ela na soma do já definido art. 288 do Código Penal (pois, por óbvio, alguma ligação o legislador postulou entre as figuras) e um *plus* que a lei não descreveu, e que caracterizaria uma norma penal em branco (expediente tão caro ao direito penal de exceção), que caberia ao intérprete autorizado preencher:

É certo que o juiz não pode se encarregar de criar o âmbito do proibido por sua conta. Há limites ao judicial *law-making*. Não se questiona que o juiz não pode jamais criar *ex novo* um tipo penal (só o legislador pode fazê-lo). A discussão, no entanto, é deveras interessante quando o legislador só “enuncia” um conceito tipológico penal e deixa para o juiz a total liberdade de lhe delimitar o âmbito de incidência (isto é, daquilo que é proibido). Há ainda uma outra possibilidade: o legislador “define” de modo incompleto o tipo penal e passa ao juiz a tarefa de completa-lo. Ou lhe outorga a tarefa de dar sentido para expressões normativas. Podemos, de modo nada científico, sintetizar assim: os tipos penais fechados (os que não exigem nenhum complemento do juiz) não se confundem com os tipos penais abertos. Estes, encarados em sentido *lato sensu*, possuem uma graduação: há tipos abertos que definem o delito, mas contêm requisitos normativos ou conceitos jurídicos indeterminados (ex: CP, art. 219 – mulher “honesta”; crime culposos; imperícia, imprudência e negligência; posição de garante, art. 13, §2º, do CP, etc.). Tais tipos penais só exigem do juiz um “complemento *valorativo* ou *conceitual*. Há tipos abertos em sentido estrito que

“definem” o delito mas de modo incompleto (aborto, uso de documento falso, etc.). Estes exigem do juiz um complemento definitório (a lei dá uma parte, o juiz concretiza o âmbito do injusto). Há, por fim, tipos completamente abertos, que só “enunciam” o delito, sem dar-lhe nenhum princípio de “definição” – são meras *cláusulas gerais* (ex.: o adultério do CP, o ato obsceno do CP, a tortura prevista no ECA). Estes últimos exigem do juiz não só uma atividade complementar, senão a tarefa *elementar* de delimitar totalmente o âmbito de incidência (é o juiz que dirá o que é proibido e o que é permitido). Do ponto de vista de um direito penal garantista, é evidente que o *ideal* seria o legislador só estabelecer em lei de tipos penais fechados. (...) Qual seria o limite extremo dos tipos abertos? A resposta a essa indagação tem que partir do que está estatuído no art. 5º, inc. XXXIX, da CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (...) Em síntese, a lei penal precisa “definir” o crime, isto é, não basta enuncia-lo. Como o texto constitucional não exige que a definição seja “completa” (o que seria o ideal), pode-se até admitir a constitucionalidade dos tipos penais abertos “incompletos”, desde que haja um “princípio de definição” por parte do legislador. (...) Estamos diante de um tipo aberto em sentido estrito, onde está totalmente definida. Mas, pelo menos, há um princípio, razão pela qual a tarefa do juiz será somente complementar, não elementar. (GOMES, 1995, p. 79 a 83)

Parece-nos, ao contrário do malabarismo conceitual empreendido pelo eminente penalista, que a permissão judicial de definir o *plus* elementar que separa um tipo apenas “enunciado” no ordenamento de outro “definido”, ainda que aquele parta deste, não deixa de ser a decisão acerca dos elementos da figura criada no âmbito penal. Ao juiz, em nossa Constituição, não foi dada essa atribuição, que fere frontalmente o inc. XXXIX do art. 5º (curiosamente, citado por Luiz Flávio Gomes) e a tripartição de poderes.

Outra saída para contornar o déficit conceitual da lei 9.034/95 foi aplicar a definição constante no Tratado de Palermo, que cuida da criminalidade organizada transnacional. Mais uma patente forma de burlar o princípio da legalidade para salvar a aplicação da lei então aprovada, o que ficou claro na lúcida argumentação exposta no julgamento do HC 97.006, pelo STF. Afirmava-se, antes, que o referido tratado passou a vigorar no Brasil por meio do Decreto nº 5.015/04, logo, restaria satisfeito o princípio da legalidade. Pelos seguintes motivos, porém, isso não poderia prosperar: (a) Só se pode criar crime e pena por meio de uma lei formal (aprovada pelo Parlamento, consoante o procedimento legislativo constitucional); (b) o decreto viola a garantia da *lex Populi*, ou seja, lei aprovada pelo Parlamento (decreto não é lei); (c) quando o Congresso aprova um Tratado ele o ratifica, mas ratificar não é aprovar uma lei; (d) ainda que o tratado tivesse legitimidade formal para criar no Brasil o crime organizado, ainda assim ele não contempla nenhuma pena, e não há crime sem pena. Por último, (e) o Tratado foi pensado para o crime organizado transnacional. Para ser aplicado a crimes internos, deveria ser usado o expediente interpretativo da analogia *in malam partem*, o que é proibido. (BITENCOURT, 2013, p. 22). Além disso, Luiz Flávio

Gomes levantou que a definição da Convenção de Palermo era ampla, genérica e viola a garantia da taxatividade. (GOMES *apud* CUNHA e PINTO, 2014, p.12). Vê-se que, nesse escrito de 2009, felizmente, o penalista adotou entendimento diferente a respeito da importância da taxatividade quanto à definição do crime organizado.

É sintomático o fato de que uma lei não tenha uma só saída interpretativa quanto a seu âmbito de aplicação que goze de incontestável constitucionalidade. Fruto de uma tendência de *law and order* que a fez vir à luz antes de ser gestada responsabilmente, a 9.034/95 sofria de atecias outras que serão explicitadas no próximo capítulo.

Por fim, quanto à passagem de Lênio Streck citada acima, que insinua a desnecessidade do apego tão firme à proteção dos bens jurídicos de Primeira Geração, primeiros frutos do liberalismo aos ordenamentos jurídicos, em detrimento da garantia de bens transindividuais (a que poderíamos, por outro lado, chamar de “razões de Estado”, e não bens transindividuais), basta-nos pensar que para uma enorme parcela de tutelados do sistema penal e carcerário, a demanda por esses bens não está nada ultrapassada. A seletividade do sistema penal e os abusos cometidos no tocante à atuação policial e judiciária – as prisões cautelares que se estendem por anos sem que nada aconteça no processo correspondente, prisões preventivas decretadas com fundamento em interpretações bastante voluntaristas dos requisitos do art. 312 do CPP – contra crimes característicos da criminalidade de massa, nos ensinam que ainda não é hora – supondo que essa hora chegará em algum momento – de adotarmos uma “axiologia diferente” na nossa produção legislativa penal.

2. OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA INDIVIDUALMENTE ANALISADOS

2.1 COLABORAÇÃO PREMIADA

Parte da doutrina trata o instituto da colaboração premiada como equivalente à delação premiada mas com uma diferente nomenclatura, como que uma etiqueta mais palatável para algo já existente. São, entretanto, institutos diferentes, tendo partido aquele de uma modificação deste. Se constitui uma evolução ou mera derivação é o que nos ocupará na atual seção.

Em 3 de maio de 1995, sancionou-se a lei 9034/95, que dispunha “sobre a utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”. Revogada expressamente pela 12.850/13, considerava causa compulsória de diminuição de pena a delação de um dos participantes na organização criminosa. Aliás, na lei 8072/90, Lei dos Crimes Hediondos, o legislador foi mais franco ao nomear o instituto que criara: utilizou o verbo denunciar como sinônimo de delação, enquanto que, no corpo da lei 9034/95, chamou a possibilidade aberta ao réu de colaboração espontânea (nome mantido em sede da lei que vigora agora), como que para escamotear a questionável presença da traição premiada em um diploma legal. Já em 19 de julho do mesmo ano, foi sancionada a lei nº 9.080/95, prevendo, igualmente, a delação como prêmio ao coautor ou partícipe de crime cometido contra o sistema financeiro nacional ou contra a ordem tributária e econômica nacional, e às relações de consumo quando cometidos em coautoria ou participação. Nesta, preferiram chamar de “confissão espontânea” o mesmíssimo artifício. Em 1998, surgiu a lei 9613/98, que dispunha “sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei”. Disciplinava, igualmente, a diminuição de pena para o colaborador espontâneo. (MOREIRA, 2013, p. 45)

O art. 86 da Lei 12.529 de 2011, que “estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”, também estabelece que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem o poder de acordar com pessoas físicas autoras de infração jurídica e econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo de forma a resultar em “I – a identificação dos demais envolvidos na infração e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração notícia da ou sob investigação”. Tal acordo, segundo o art. 87 do mesmo diploma, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na lei nº

8.666, de 21 de junho de 1993, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário do acordo de delação (MOREIRA, 2013, p. 46).

Após o rol histórico acima, é razoável dizer que a delação premiada é o acordo celebrado com um réu ou com um investigado em troca de informações importantes para a elucidação do objeto do inquérito ou do processo, em troca de algum abrandamento da pena que recairia sobre ele, seja esse abrandamento de natureza penal ou processual.

Autores como Rômulo de Andrade Moreira e José Carlos Dias (que chama a figura da delação premiada de “extorsão premiada”) alegam que há um problema na gênese mesma do acordo com um réu, por uma questão de retidão do ordenamento e coerência interna do que este fomenta.

Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último refúgio do seu povo, no sentido de que as proposições enunciativas nela contidas representam um parâmetro de organização ou conduta das pessoas, definindo os limites de suas atuações, é inaceitável que esse mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitamento à transgressão de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo. Como fica o homem de pouca ou nenhuma cultura, ou mesmo aquele desprovido de maiores princípios, diante dessa permissividade imoral ditada pela própria lei? (...) A traição demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. A lei, como já foi dito, deve sempre e sempre indicar condutas sérias, moralmente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a multidão temerosa e indefesa (MOREIRA, 2013, p. 48).

Os argumentos em tela não nos parecem os mais oportunos a serem elencados contra o controverso instituto da delação premiada. Se a traição é sempre um sinal de fraqueza de caráter e a deve ser mantida longe de qualquer estímulo legal, temos como consectário lógico que a lealdade é sempre admirável. Mesmo que sirva aos propósitos de uma organização criminosa, portanto. O “homem de pouca ou nenhuma cultura”, citado pelo autor supracitado, certamente não concordaria com essa consequência de sua emocionada crítica à delação premiada. Outro ponto importante é a inadequação do argumento do incentivo à infração irradiado pela presença de causas de abrandamento da pena em nossas leis: se para alguns crimes, como os financeiros, isso parece ser um fator que suaviza sobremaneira os riscos para os agentes e os encoraja a ir em frente, o mesmo não pode ser dito de um indivíduo que se envolve com o Comando Vermelho, por exemplo: qualquer pessoa sã conhece o risco a que expõe sua vida, bem jurídico mais caro que o patrimônio, ao adentrar uma organização assim. Não é razoável imaginar que alguém já se sentiu tentado a ascender numa “hierarquia

criminosa” tendo em mente que se tudo desse errado, bastaria delatar seus chefes para o Estado. A lei do silêncio vigora com força aterradora no seio dessa forma de criminalidade: as represálias são exemplares e inafastáveis.

É salutar lembrar que, para a colaboração prevista na lei 12.850/13, não é estritamente necessário para a concessão de mercê que o agente delate seus comparsas. Na dicção dos incisos IV e V da parte do art. 4º que dispõe os critérios de eficácia da parceria com o processo, há a possibilidade da contribuição resultar na indicação do local onde se encontra a vítima, ou do esconderijo dos bens oriundos da atividade criminosa. (CUNHA, 2014, p.38)

Em momento posterior, ao tratar da lei 12.850/13, porém, Rômulo de Andrade Moreira lembra-nos pertinentemente da incapacidade do Estado brasileiro de garantir a segurança do *delator criminis* e de sua família. (2013, p. 46).

Além disso, uma desarmonia significativa pode ser vista como fruto das disposições que permitem a delação premiada no conjunto de leis citadas anteriormente. Analisemos, por exemplo, os crimes fiscais. Seguindo a tradição inaugurada pela Lei 9.249/95, que, no art. 34, estabelece nada menos que a extinção de punibilidade dos crimes fiscais pelo ressarcimento do montante sonegado caso tal devolução ocorresse antes do recebimento da denúncia, foi promulgada, já no governo Lula, a Lei 10.684, que, no seu art. 9º, estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referentemente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, e nos arts. 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. Mais ainda, estabeleceu a nova lei a extinção da punibilidade dos crimes antes referidos quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

De pronto, cabe referir que inexistente semelhante favor legal aos agentes acusados da prática dos delitos do art. 155 (furto), 168 *caput* (apropriação indébita) e 171 (estelionato) do Código Penal, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos. Tal circunstância demonstra, já de início, a visão de mundo do legislador (e do Poder Executivo) acerca da teoria do bem jurídico. Ou seja, para o *establishment*, é mais grave furto e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais (STRECK, 2013, p.18).

Da mesma forma, temos as variantes da delação premiada, com diversos nomes e até incrementos, como veremos que é o caso da colaboração premiada na lei 12.850/13, disposta apenas para crimes cujo bem jurídico são de tamanha monta que são invulneráveis a lesões

perpetradas por associações desorganizadas para infrações. Dito de outra forma: não é uma figura que assista aos réus do art. 288 do Código Penal (antiga *quadriilha e bando*, atual associação criminosa), nem os delitos mais comuns quando praticados em estrutura de coautoria ou participação. Um exemplo claro de como a seletividade penal age já no nível da lei promulgada, e não só no arbítrio dos juízes de execução ou no interior do sistema carcerário, como pode parecer aos que não se dedicam ao tema.

Tratemos agora da colaboração premiada nos moldes em que está disposta na lei 12.850/13:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados.

A colaboração premiada ocorre quando o acusado, seja na fase processual, seja na fase investigatória, seja mesmo na fase de execução, evita que outras infrações venham a se consumir (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). Trata-se, pois, de instituto bem mais diversificado que o da delação premiada até então vigente em nosso ordenamento, visto que prevê não só uma declaração por parte do colaborador, mas sua participação ativa como um ajudante do juízo ou do delegado, inclusive integrando diligências de produção probatória. Seu exemplo histórico mais conhecido é o do direito italiano, em que sua adoção foi incentivada nos anos 1970 para o combate dos atos de terrorismo e, mais ainda, nos anos 1980 e 1990 no decorrer da Operação Mãos Limpas, no combate à criminalidade organizada clássica da região, as máfias. O assim chamado *pentitismo* deu às autoridades uma visão do alcance e da operatividade das Máfias nunca antes visto, o que determinou a ampliação de sua estrutura legislativa e a criação de uma estrutura administrativa para a sua gestão operativa e logística (Setor de Colaboradores da Justiça). Por outro lado, não se deve olvidar uma das consequências nefastas do hábito de legislar sob o efeito de um sucesso recente ou de um medo generalizado: houve inflação de “arrepentidos” em busca dos benefícios legais previstos, e, de repente, muitos indivíduos se entregaram ao Estado alegando gozar de um prestígio e um comando dentro dos clãs da máfia que, na verdade, não tinham (SILVA, 2014, p. 52).

É indiscutível que o instituto em tela tornou-se uma tendência dos ordenamentos mundiais no combate à criminalidade organizada. A Convenção das Nações Unidas contra o

Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, e ratificada no direito pátrio pelo Decreto nº 5.015/04, dispõe no seu art. 26:

Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: I) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; III) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; III) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, suscetível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados de seus recursos ou do produto do crime.

A consonância do disposto no diploma internacional e a forma que adquiriu a disposição dos critérios na lei 12.850/13, cujo artigo citamos anteriormente, é patente. Suas consequências para o colaborador é que ficaram a cargo do legislador interno, que variam em relação ao momento da persecução penal em que é proposto o acordo: se na fase pré-processual, há a discricionariedade regrada na própria propositura da ação penal (§4º do art. 2º); no *caput*, foi disposto o efeito na fase judicial, de efeitos materiais (diminuição da pena privativa de liberdade e perdão judicial, além da suspensão do processo por seis meses, disposta no §3º); por fim, na fase pós-processual, o prêmio do condenado é a redução da pena em até ½ ou a progressão de regime independente até de algum de seus requisitos objetivos básicos (tempo de regime e bom comportamento carcerário).

O *caput* do art. 4º, ao disciplinar a colaboração processual, elenca critérios, verdadeiros pressupostos, para a validade do uso do instrumento em tela: a efetividade, e a voluntariedade.

A voluntariedade consiste na espontaneidade da colaboração prestada pelo acusado, que deve ser sempre um norteador da atuação do Ministério Público e do delegado de polícia. É um ponto sensível do acordo, posta a real possibilidade de coação para um acordo eficaz. Para evitar a ilicitude na prova, colhida por meios ilegítimos, previu a lei a remessa do respectivo termo de colaboração, acompanhado das declarações do colaborador e da cópia da investigação, para que o juiz homologue o que foi decidido entre as partes. (CUNHA, 2014, p. 50)

Num primeiro momento, pode-se dizer que é salutar a previsão da tutela judicial nessa fase do procedimento, de forma a velar pelo devido processo legal na colheita da prova. Se, por exemplo, temos o § 14º dispondo que nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, temos a disposição de um direito basilar e de estirpe constitucional

do acusado, que é o da não autoincriminação. Isso atrai o *judicial control*. A norma do art. 129 de nossa Carta Magna deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 5º, LIV, onde se requer a observância do devido processo legal para se empreender medida de limitação ou supressão da liberdade (GOMES, 1997, p. 98). Homologar o acordado entre as partes significa, em tese, restringir-se o juiz à observância dos pressupostos e requisitos legais, como determina o §8º do art. 4º da lei (que remete aos critérios do *caput*)

Por outro lado, temos que, para a homologação pode o juiz, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. Vai a lei ainda mais longe quando prevê que mesmo quando o beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo por iniciativa da autoridade judicial. É sutil a linha que separa a análise judicial para a inquirição da lisura da colheita de provas e consequente homologação e a colheita de provas de ofício por parte do juiz, mas é bastante sugestivo que tal fronteira foi cruzada ao permitir que o juiz usufrua do colaborador independentemente da iniciativa do órgão do *parquet*, titular acusatório do processo por expresso comando constitucional, tendo como alvo pessoa que já cumpriu sua parte no acordo que fez com a Justiça em troca de não mais ser sujeito processual daquela lide, visto que nem denunciado foi. O processo andou, ele foi premiado pelo Estado com o afastamento do evento penal e logo depois, traído pelo mesmo Estado, na figura do juiz, que o convoca de volta.

Restam no processo penal brasileiro, no atual cenário, poucas reminiscências do sistema inquisitório, principalmente depois da não recepção dos art. 26 e 531 do Código de Processo Penal, que admitiam ao juiz a possibilidade de iniciar a ação penal em algumas infrações. A Constituição Federal de 1988 estatuiu claramente uma divisão de funções entre os sujeitos do processo no ordenamento pátrio: as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais incumbem às polícias civis e à federal – art. 144 e §§ - e que o poder de acusar em sede de ação pública é pertencente somente ao Ministério Público (art. 129). Quando fala do judiciário, no Capítulo devido, refere-se à palavra jurisdição, que é a atividade de “dizer o direito” (GOMES, 1995, p. 106). FERRAJOLI (1990, p. 574 e ss.), caracteriza o processo acusatório como aquele em que há rígida separação entre juiz e acusador, a paridade entre a acusação e a defesa, a publicidade e a oralidade dos atos processuais etc.; de outro lado, o que caracteriza o processo inquisitório é a iniciativa do juiz no campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa, o caráter sigiloso e secreto da instrução.

Fica clara a aproximação, nesse ponto do tratamento dispensado ao instituto pela lei 12.850/13, de uma perspectiva ultrapassada e até expressamente desaconselhada pela nossa

Constituição da separação de funções ao longo do processo penal, pois interfere na imparcialidade do juiz, que estará mentalmente mais propenso a manter sua postura acusatória após já ter abandonado sua função judicante para procurar o que julgava existir, em termos de culpa do réu. Para consagrar a imissão indevida da inquisição em nossa legislação, é ilustrativo lembrar que após colher essa prova desmotivadamente, o juiz, por força do art. 83 do Código de Processo Penal, será o competente por prevenção, (paradoxalmente) por já ter praticado um ato anterior à denúncia. Entendemos, junto com Rômulo de Andrade Moreira, que longe de atrair a competência, num Estado Democrático de Direito, deveria excluí-la, visto que afeta inegavelmente a imparcialidade do julgador, em prol de um ideal de um magistrado diferente para as duas fases, pré-processual e processual:

Observe-se, por exemplo, que para se decretar a prisão preventiva o Juiz deve obrigatoriamente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, admitir a “existência do crime e indício suficiente de autoria”, o que já significa um posicionamento quanto ao mérito da causa penal e, por conseguinte, não deixa de ser um pré-julgamento. Não por menos que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem decidindo reiteradamente pela exclusão do julgador que, de alguma forma, interferiu na fase investigatória, segundo nos informa Aury Lopes Júnior. Para esse autor, ‘sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquérito, pois em vez de caminhar em direção à figura do *juiz garante* ou de *garantias*, alheio à investigação e verdadeiro órgão suprapartes, está sendo tomado o caminho errado do juiz instrutor. (MOREIRA, 2013, p.55)

Outro ponto bastante controverso dessa parte da lei é o § 14 do art. 4º, que prevê que nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. Ora, é estranho que numa disposição infraconstitucional haja a imposição, o dever, de renunciar a direito constitucionalmente declarado. É renunciável, obviamente, por livre e espontânea vontade do réu, e, por isso mesmo, a *não autoincriminação* exige que leiamos o trecho em tela com o seguinte temperamento: dos depoimentos que prestar, o colaborador *poderá* renunciar, na presença de seu defensor, ao direito de silêncio. (MOREIRA, 2013, p. 51). O controle sobre a qualidade do que foi dado pela via da colaboração é medido, outrossim, pela veracidade do que foi dito – no lugar da quantidade do não dito – e pela consecução dos fins dispostos segundo o critério da eficácia do instituto. O que nos lança de volta ao caput, para a análise dos outros requisitos lá dispostos.

A efetividade desta é a medida da assiduidade da ajuda prestada pelo colaborador às autoridades, colocando-se integralmente à disposição das demandas probatórias surgidas no decorrer da persecução penal. Envolve a necessidade de comparecer perante a autoridade

policial e judiciária todas as vezes que for solicitado, ou ainda acompanhar atos de diligência, quando necessário e não prejudicial a sua segurança, uma vez que a represália da organização criminosa pode, muito previsivelmente, voltar-se contra ele nesse momento. Deve ser um dos alvos de maior atenção do juiz quando da homologação do termo de colaboração, posto que, na ausência de critérios objetivos para a mensuração do grau de esforço do réu beneficiário, deve-se evitar que o membro do Ministério Público explore essa lacuna legal para revogar o avençado depois de colher o que de bom o acusado poderia oferecer ao órgão acusatório. (SILVA, 2014, p.58)

Por fim, a eficácia é o fruto advindo do manuseio do instrumento disposto no art. 4º. Dos requisitos, é o mais bem tutelado pela lei 12.850, com um rol de resultados a serem obtidos pelo réu ou acusado caso queira gozar dos benefícios prometidos a título de recompensa pela contribuição.

Eis o conteúdo dos incisos do art. 4º:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Não são, entretanto, requisitos cumulativos: basta que um deles seja alcançado para que o requisito em tela reste satisfeito. Vê-se, ainda, que é injusto taxar, *a priori*, o colaborador de imoral: há fins perfeitamente preventivos de lesão de bens jurídicos e de fácil detecção pelo juiz, em caso de sucesso da informação prestada pelo agente, o que demonstra técnica por parte do legislador, que diminuiu a discricionariedade da decisão do juiz sem engessar a praticidade do instituto.

Estudados os critérios para a homologação do acordo de colaboração premiada, ainda nos resta, num percurso lógico, a análise da legitimidade ativa para a proposição desta figura da lei. O §2º do art. 4º prevê que o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado, nos autos do inquérito policial, com a mera manifestação do membro do *parquet*, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Código de Processo Penal.

A lei promulgada apresentou redação diferente do decidido na proposta inicial do Grupo de Trabalho que elaborou o anteprojeto que, à luz da titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público, por força do art. 129, inciso I, da Constituição da

República (“promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”), só concedeu a possibilidade de oferecimento de acordo aos representantes ministeriais. Nada mais acertado. Como poderia o delegado dispor de um poder que, expressamente, é privativo do promotor? A lei é, destarte, inconstitucional, ao conceder tal poder ao delegado, mesmo prevendo que o parecer do Ministério Público é necessário. Observe-se que trata a lei de mero parecer, que, inclusive não vincula o juiz em sua atividade de homologar o termo de colaboração. O ideal seria, portanto, que o delegado representasse para o promotor, que realizaria o acordo na presença do defensor do colaborador, e só depois encaminharia os autos ao juiz (SILVA, 2014, p. 60).

Se tal cuidado não for adotado, é fácil vislumbrar uma teratologia possível na propositura do acordo: o Ministério Público se posiciona negativamente à sua celebração em seu parecer, mas o acordo firmado pelo delegado é homologado pelo juiz. Nas palavras de Eduardo Araujo da Silva, teríamos a hipótese de o delegado de polícia “atar” a disponibilidade da sanção penal e ao exercício do direito de punir do Estado, pela figura do perdão judicial, por cima da discordância do titular da ação pública, o que configuraria um cerceamento em juízo do poder conferido constitucionalmente ao membro ministerial. Quando se discutiu nos Tribunais Superiores o acerto da disposição que permitia, no art. 89 da Lei nº 9.099/95 (a que dispõe sobre os Juizados Especiais), o acordo entre acusado e magistrado para suspensão condicional do procedimento *ex officio*, ficou pacificado o entendimento de que seria impossível outro órgão dispor da ação penal (2014, p. 60).

Por fim, é importante falar de especificidades do termo de colaboração. Os §§1º e 2º do art. 7º disciplinam regras especiais para o sigilo dos autos, e um sigilo de intensidade diferente do já existente no ordenamento vigente. Assim:

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. § 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Há desarmonia flagrante dessas disposições com o que diz a Súmula Vinculante nº14 do STF, encarnação jurisprudencial do princípio do contraditório e do devido processo legal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício da defesa”. A previsão do §3º do mesmo

artigo, que determina o acesso dos demais denunciados e acusados aos termos do acordo quando do recebimento da denúncia em nada compatibiliza o texto da lei ao entendimento consolidado, sumulado e cogente do Supremo Tribunal Federal, posto que não deixa a prova produzida contra os outros réus em sede de inquérito ser conhecida por seus defensores, nem mesmo ao fim das diligências e colaborações do réu que se “aliou” ao Estado. É, em outras palavras, dizer: só com o fim do inquérito como um todo é que poderão ter acesso à prova especificamente advinda da colaboração.

No bojo do art. 5º, entre as dezenas de garantias fundamentais, o inciso LX prevê “que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; certamente, expressão tão semanticamente frouxa quanto “interesse social” legitimaria o encaixe da segurança do colaborador e, muito mais, a efetividade das medidas investigativas resultantes da colaboração, em prol da administração da Justiça. Entretanto, há disposição constitucional posterior que, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o inciso IX do art. 93 prevê o princípio da publicidade novamente, mas dispõe acerca de detalhes da concretização da única exceção constitucionalmente aceita a ele:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A publicidade tem um significado profundo para o Estado Democrático de Direito. Como assinala a doutrina espanhola acerca das decisões do Tribunal Constitucional daquele país, o princípio da publicidade tem duas funções: por um lado, não deixa as partes processuais à mercê de uma justiça subtraída do espaço público, por outro, consolida a credibilidade dos jurisdicionados, que podem acompanhar o processo decisório dos seus juízes. É daí, aliás, que retiram sua legitimidade, visto que juízes não são eleitos democraticamente. O controle público da atividade jurisdicional se faz pela motivação e pela publicação das decisões; é esse, inclusive, o controle “externo” da jurisdição. (GOMES, 1995, p. 117).

A homologação do acordo nos termos sigilosos dispostos na lei, acrescido da ocasião prevista para a liberação do conteúdo da colaboração para os outros réus e respectivos defensores, é uma afronta a um dos subprincípios que corporificam o *due process of law* em nosso ordenamento.

2.2 INFILTRAÇÃO POLICIAL

O conceito da infiltração policial é bastante intuitivo e à mente vêm diversas figuras da literatura e do cinema que se passaram por integrantes das organizações criminosas que desejavam combater. E é esse mesmo o significado do instituto: introdução de agentes de polícia ou de inteligência no meio da organização com o desconhecimento geral dos outros integrantes, para nela atuar e com ela conviver diariamente por tempo determinado, objetivando descobrir o *modus operandi* do grupo, os pontos fracos do esquema, quem exatamente a integra e qual a importância e a função de cada suspeito, quem os financia, quem consome os serviços que porventura ofereçam, entre outras informações relevantes para o processo penal que será eventualmente movido contra aquelas pessoas.

Jean Ziegler cita exemplos históricos para ilustrar a importância do agente infiltrado em experiências bem sucedidas de combate a poderosas organizações criminosas dedicadas ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes: nos Estados Unidos, houve a atuação dos agentes Kathleen C. Erikson e Robert Mazuir, responsáveis pelo desmantelamento do império ilegal de Agha Hasan Abedi, responsável pela proteção e acumulação das fortunas de Saddam Hussein, Abdu Nidal, General Noriega e dos traficantes de cocaína do Cartel de Medellín. Outro estadunidense infiltrado, a quem só chamam de “Sam, o Louro”, na Suíça, desmantelou o bando de Yassar Mussululu e de Haci Mirza, traficantes da chamada máfia turco-libanesa, de escala intercontinental, que gozavam de ótima circulabilidade em grandes bancos de Zurique e possuíam amigos poderosos no Palácio Federal de Berna (ZIEGLER, 1990, p. 119).

Os policiais escolhidos para a infiltração, em geral, estão entre os novatos, que ficarão num treinamento intensivo para agir sem levantar suspeitas e evitar certas complicações legais decorrentes desse procedimento probatório, das quais trataremos a seguir. A predileção pelos recém-ingressos nos quadros policiais deve-se ao fato de que não adquiriram ainda o linguajar e maneirismos típicos da classe, e também porque dificilmente seriam reconhecidos e abordados por polícias regulares que porventura encontrassem, o que, do contrário, poderia levar à sua descoberta e, mais do que frustrar as investigações em andamento, pôr a vida do infiltrado em risco. (PINTO, 2007, p.69)

A lei 10.217, de 11 de abril de 2001, modificou a lei 9.034 de 1995 e tentou corrigir alguns de seus defeitos. Alterou o artigo 1º, acerca do âmbito de abrangência da lei, adicionando as figuras da “associação” e “organização criminosas”. De forma infeliz, como

vimos anteriormente, não as definiu legalmente e tornou o conceito de difícil e traiçoeira aplicabilidade em nosso ordenamento.

Semelhante postura tomou o legislador ao inserir os dois seguintes incisos no artigo 2º, que dispunha dos meios de prova no processo penal referente ao crime organizado:

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração."

Passou então a lei a determinar que a infiltração seria antecedida de autorização judicial. Não foi, entretanto, especificado qual o procedimento a ser seguido para tanto; mais grave que isso, não nos deu os critérios que o juiz deve seguir para autorizar tal grau de invasão dos direitos dos acusados e nem mesmo definiu quem teria legitimidade ativa para requerer tal medida. Não disse se o juiz poderia indicá-la de ofício ou apenas motivadamente, por quanto tempo perduraria a autorização da infiltração, se seria possível sua renovação, quantas vezes poderia ser renovada, se e como deveriam as informações obtidas pelo infiltrado ser remetidas ao juiz. Para usá-la, aplicava-se analogicamente o procedimento previsto na lei 9.296, de 1996, que trata das Interceptações das Comunicações Telefônicas. (PINTO, 2007, p. 71). Apesar de se tratar de medida bastante invasiva da privacidade dos investigados, seria adequado que o regramento da infiltração fosse ainda mais meticuloso, visto que esta é ainda mais delicada em termos de garantias do investigado, que veremos ao tratar do problema dos flagrantes gerados pelo infiltrado.

A redação do original projeto de lei nº 3.275 de 2000, que originou a lei 10.217/01, modificativa da 9.034/95, vedava, quando da infiltração do agente, “qualquer coparticipação delituosa, ressalvado o disposto no art. 288, do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), ou da mesma espécie, de cuja ação fica excluída antijuridicidade”. O parágrafo, porém, foi vetado por ocasião de sanção presidencial. (CUNHA, 2014, p.103). Não tem o veto, porém, muita diferença prática: se algo fez, foi explicitar que uma excludente de ilicitude seria usada para legitimar o início da infiltração do agente. Com a previsão desse meio de prova no inciso V, seria absurdo pensar que a lei disponibiliza uma conduta, um artifício na investigação, mas pune o policial que usá-lo. Com ou sem veto, já se amoldaria a conduta do policial ao *estrito cumprimento do dever legal*. Senão, vejamos a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Quem pratica uma ação em cumprimento de um dever imposto por lei não comete crime, de acordo com a norma permissiva inscrita no art. 23, III, do nosso Código Penal. Ocorrem situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face da qual, embora típica, não será ilícita, ainda que cause lesão a um bem juridicamente tutelado. Nessas circunstâncias, isto é, no estrito cumprimento de dever legal, não constituem crimes a ação do carrasco que executa a sentença de morte decretada pelo Estado, do carcereiro que encarcera o criminoso sob o amparo de ordem judicial, do policial que prende o infrator em flagrante delito etc. (BITENCOURT, 2013, p.380)

Dois requisitos, certamente, devem ser observados com rigor para caracterizar tal excludente: a) estrito cumprimento — somente os atos perfeitamente amoldados ao comando lícito legitimam o comportamento típico; b) dever legal — o dever deve ser indiscutivelmente proveniente de lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religiosa. A norma da qual emana o dever tem de ser jurídica, e de caráter geral: lei, decreto, regulamento etc. Se for uma norma mais particular, de natureza administrativa, poderá, se for o caso, configurar a obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte, do CP), mas nunca a excludente aqui estudada. (JESUS, 2014, p. 141).

Não se limitou a atecnia a esse, por assim dizer, pleonasma jurídico. Mais grave ainda é a inelutável interpretação de que apenas a participação na organização criminosa estaria perdoada ao agente infiltrado, quando tutelado pela lei 9.034/95. Certamente, em meio à infiltração, para conseguir informações relevantes para a investigação acerca dos altos escalões do esquema ilícito, não raro precisa, mais que integrar a organização, ascender nesta. A estrutura empresarial de sua gestão, comumente, impede que o fluxo de informações desça aos “soldados”, os membros de menor potencial ofensivo ao sistema, perpetradores da criminalidade de massa a serviço da criminalidade arquitetada e meticulosa.

Essa subida na hierarquia não se dá sem que o agente seja posto à prova, lhe sendo determinadas práticas de delitos como coautor ou partícipe. Soraya Moradillo Pinto ilustra, como exemplo, dois casos hipotéticos: 1) o policial infiltrado escalado pela organização para efetuar uma extorsão mediante sequestro juntamente com outros agentes do grupo e 2) um dos chefes comanda que o infiltrado atire na vítima em lugar fatal e não dispondo de meios críveis para se eximir de tomar parte em tal ação, ou mesmo porque outros membros do grupo desconfiam de sua real identidade, ele o faz. Em configuração tal dos fatos, para a juíza, resta aplicar o princípio da proporcionalidade constitucional (inscrito na doutrina alemã com o nome de *Verhältnismäßigkeitsgrusatz*), segundo o qual, numa situação de conflito entre dois princípios de estatura constitucional, como no caso da extorsão mediante sequestro (em que conflitam o direito à liberdade da vítima e o direito à vida do infiltrado), aplica-se ao caso o

de maior valor, que é o direito à vida. No caso do comando de matar vindo do chefe, por sua vez, em jogo estão dois princípios constitucionais de igual valor, a saber, a vida do infiltrado e a vida da vítima, visto que o policial certamente levantará suspeitas e porá sua vida em risco em caso de desobediência. Num caso assim, preleciona a autora, seria cabível a alegação de inexigibilidade de conduta diversa, que ilidira a culpabilidade do agente. Mas o contratempo gerado inibia a aplicabilidade do instituto: por não haver determinação expressa na lei, o agente dependeria de discussão judicial para o reconhecimento da excludente de culpabilidade, além de só poder alega-la em situações extremas que a infiltração pudesse gerar. Do contrário, seria condenado como qualquer um dos acusados que investigava disfarçado e que tivesse tomado parte no ato específico do qual participou o policial. (2007, p. 78 a 79). O atual delegado da Delegacia de Repressão ao Crime Organizado do Distrito Federal, Luiz Fernando Cocito, que já esteve à frente de duas investigações que se usaram do expediente do agente infiltrado, conta que os agentes viam com bastante desconfiança o destacamento de policiais para esse tipo de ação, visto que a lei não os amparava com o instrumental necessário para a realização da infiltração a contento e, em algum momento, precisariam escolher entre a segurança pessoal advinda da confiança dos acusados e o estrito cumprimento da lei.

O promotor Renato Brasileiro de Lima, sobre o tema, escreve que o que o *undercover agent* não poderá ser responsabilizado pelas infrações dispostas no art. 2º da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosas), nem tampouco associações criminosas (v.g., art. 35 da Lei nº 11.343/06 ou art. 288 do CP). É evidente que a prévia autorização judicial para a utilização dessa técnica especial de investigação tem o condão de afastar a ilicitude de sua conduta, diante do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23, III). Já no caso do infiltrado ser coagido a praticar outros crimes (tráfico de drogas, receptação), caso analisado há pouco, correndo o risco de ter sua identidade revelada, a posição mais acertada é reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa, que tem como corolário a exclusão da culpabilidade, desde que respeitada a proporcionalidade entre os fins da investigação e o bem jurídico que será vulnerado. É o que dispõe o artigo 13 como critério (não obstante padeça do defeito de ser aberto) de aferição de limite da prática delituosa pelo policial disfarçado. Assim, Renato Brasileiro sumariza:

É evidente que, em prol da infiltração do agente, nada justifica o sacrifício de uma vida. No entanto, se um policial infiltrado, impossibilitado de impedir o pior, se ver obrigado a atirar contra uma pessoa por ter uma arma apontada para sua própria cabeça, não se pode estabelecer um juízo de

reprovação sobre sua conduta, porquanto, no caso concreto, não lhe era possível exigir conduta diversa (2014, p. 571).

Com o advento da lei 12.850, a discussão aqui abordada parece ter sido, assim, suavizada. O parágrafo único do art. 13 é bastante claro quando dispõe que “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”. Concordamos com a posição de Damásio de Jesus (*apud* CUNHA, 2014, p. 115), que, em face da não especificação da natureza da excludente presente nesse trecho, temos meios suficientes para afirmar que é a excludente de punibilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Superada ao menos a inefetividade do instituto quando da passagem do diploma anterior para o atualmente vigente, podemos estudar um problema que persiste na atual legislação, talvez o mais delicado e de difícil solução. Para tanto, será oportuna uma digressão a respeito da processualística penal. Mais especificamente, trataremos das modalidades de flagrante catalogadas em nossa doutrina.

O flagrante próprio, que é nossa ideia inicial de flagrante, é quando o agente é surpreendido no momento do cometimento da infração penal, em situação que faça presumir que é o autor. Goza, pois, de absoluta imediatidade em relação à descoberta policial. O flagrante impróprio, que se confunde com o flagrante ficto pela imprecisão da terminologia que denota proximidade entre o fim da ação delitativa e a descoberta pelos policiais, por sua vez, acontece quando o agente é perseguido logo após o cometimento do delito. Se a perseguição policial iniciada imediatamente depois do acontecido perdurar por dias, ininterruptamente, por dias perdurará o estado flagrancial e os poderes que o policial tem quando amparado por tal situação. Temos, além desses, o flagrante esperado, fruto duma atividade policial planejada e regada a informações precisas, que consiste no simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento e instigação. (CAPEZ, 2011, p. 329)

Por fim, e o que mais nos interessa, é a modalidade conhecida como “flagrante provocado”, também chamada de “crime putativo”, “delito de ensaio”, “delito de experiência”. Ocorre quando alguém, de forma insidiosa, provoca o agente à prática de um crime. Não raro, já até toma providências para que este não se consume. Pode tratar-se de modalidade de crime impossível, porque embora o meio empregado e o objeto caracterizem o crime, há uma série de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade de ocorrência do resultado. (CAPEZ, 2011, p. 328)

Há, portanto, dois requisitos presentes na doutrina sobre o flagrante preparado: o vício da vontade do agente e a impossibilidade de consumação do resultado. Pelo viés da impossibilidade do resultado, o entendimento jurisprudencial é tão consolidado que já constitui súmula do Supremo Tribunal Federal, a saber, a de nº 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante torna impossível a sua consumação”. Pelo viés do vício da vontade, por outro lado, há também vasta jurisprudência. Cite-se, aqui, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Se o agente policial induz ou instiga o acusado a fornecer-lhe a droga que no momento não a possuía, porém saindo do local e retornando minutos depois com certa quantidade de entorpecente pedido pelo policial que, no ato de entrega, lhe dá voz de prisão, cumpre reconhecer a ocorrência de flagrante preparado” (RT, 707/293)

É desse ponto de vista que a atividade do infiltrado é questionável. Até que ponto integrar uma organização criminoso diariamente, participar do seu sucesso cotidianamente, não macula, em algum grau a vontade dos investigados? Mais grave ainda é o caso daquele agente que precisa ascender dentro da organização para obter mais informações. Se lhe é dado um papel de liderança, com alguns homens sob seu comando: é preciso que ordens sejam dadas, e eles delinquirão sob sua batuta. Não se amoldaria perfeitamente o ocorrido no conceito do flagrante preparado? O delegado da DECO, Fernando Cocito, afirmou, em entrevista, que os agentes que empreendem a infiltração recebem um treinamento que os prepara para evitar o incitamento de condutas. A questão é que os usos que dele fizeram no Distrito Federal presididos pela autoridade entrevistada foram em casos de desbaratamento de esquemas de *jogo do bicho*, em que os policiais ocupavam posições bastante subalternas na hierarquia investigada, como encarregados da manutenção das máquinas caça-níqueis. Se necessário fosse uma penetração mais efetiva em um esquema de narcotráfico, por exemplo, é visível que a orientação do treinamento seria posta à prova com muito rigor, na prática cotidiana do infiltrado. É imprescindível que o Ministério Público e o juiz estejam atentos ao que ocorre na operação, para que não se corra o risco de usar expediente investigativo tão gravoso e acabar a acusação com um rol de provas inutilizável, porque maculada pela ilegalidade.

Por fim, de forma resumida, porque já tratamos do assunto na seção dedicada à colaboração premiada, é importante ressaltar que surgem críticas às disposições do art. 10 e seguintes da lei 12.850. Eles envolvem o juiz efetivamente com a infiltração policial, tornando humanamente inviável que, mais à frente, a demanda seja julgada com imparcialidade e equidistância da defesa e da acusação que são características da atividade

judicante. Tanto no recebimento da denúncia quanto na sentença de mérito, o órgão do judiciário que participar da ação do agente infiltrado dificilmente conseguirá se desvencilhar do seu impulso inquisidor. A experiência diária com interceptações telefônicas e outras quebras de sigilo demonstra a ligação emocional e de raciocínio do magistrado com suas próprias decisões que, compreensivelmente, legitimar-se-ão apenas com a confirmação das suspeitas que o levaram a permitir o uso de tais métodos. (SICA *apud* CUNHA, 2014, p. 100)

2.3. AÇÃO CONTROLADA

Para finalizar o assunto das modalidades de flagrante, iniciado na sessão anterior, cumpre abordar um flagrante específico que só tem aplicação no bojo do processo criminal disposto na Lei de Drogas (11.343/06), que o prevê no seu art. 53, inciso II, e na lei 12.850/13, atual lei do crime organizado. Trata-se do “flagrante retardado” ou “ação esperada”.

A regra para flagrantes vistos por autoridade policial, segundo leciona Fernando Capez, é o “flagrante compulsório” ou “obrigatório”. Tem fulcro no artigo 301 do Código de Processo Penal (“...as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”). O agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. (2011, p. 328)

A experiência policial, porém, demonstra que é estrategicamente mais interessante retardar a prisão em flagrante quando do início do delito, caso só participem dele membros de baixa hierarquia da organização investigada, ou se houver a fundada expectativa de que a prova obtida será mais robusta e contundente dentro de algum tempo. Assim, desde a lei 9.034/95, há a previsão dessa exceção à regra do flagrante compulsório. Para exemplificar, o promotor paulista Rogério Sanches Cunha narra situações hipotéticas, mas ilustrativas do uso do instituto:

Em determinada diligência, policiais de atalaia, próximos de uma festa em que há consumo de bebida contrabandeada, ao invés de apreenderem de pronto a mercadoria, esperam a chegada de um grande lote de drogas que, de antemão, sabiam que seria entregue no local. Sacrifica-se, com isso, a apuração de um crime de menor gravidade para se flagrar os componentes de organização especializada no tráfico de entorpecentes. Outro: tendo conhecimento que quadrilha que rouba veículos está prestes a escondê-los em determinado local, os policiais não prendem o primeiro dos “motoristas”, mas, ao revés, prorrogam sua ação até a chegada dos demais membros do grupo, obtendo assim maior eficácia na diligência em si (mais automóveis serão apreendidos, mais vítimas serão reparadas) (2014, p. 91).

No bojo da lei 9.034/95, cuidava-se de atividade policial completamente discricionária. A conveniência e a oportunidade da ação controlada estavam a cargo somente do policial, de seu juízo de valor. Não havia a lei estabelecido nenhuma forma de supervisão da ação controlada: prescindia da autorização judicial para acontecer, e nem mesmo o Ministério Público era ouvido se a polícia decidia por esse curso de ação. O membro do *parquet* só seria cientificado de que a ação controlada estaria acontecendo. Não sem razão, ficou conhecido o expediente em tela por “ação descontrolada”: subtraía do âmbito do filtro da violência estatal, da tutela da legalidade e da lisura do procedimento - funções características do magistrado e do Ministério Público - uma exceção ao flagrante previsto em nosso Código de Processo Penal. O Poder Político, à medida que concede poderes, deve prever formas de controle deste, especialmente no que toca o monopólio da violência por parte do poder público, ponto que, se mal gerido, pode retirar legitimidade das autoridades de segurança pública e nos levar a um estado de insegurança do qual, há séculos, tentamos nos livrar por meio da constitucionalização das garantias contra o Estado. (GOMES, 1997, p. 94) (MENDRONI, 2009, p. 107)

Ainda sobre o regramento da ação controlada na lei anterior à 12.850/13, a decisão pelo flagrante prorrogado era facultada ao policial quando supusesse que “ação fosse praticada por organizações criminosas ou a elas vinculadas”. Ora, esse critério, que objetivava exercer algum limite sobre a enorme discricionariedade da ação controlada, em nada contribuiu com a delimitação de seu âmbito. Toda e qualquer prevaricação da autoridade policial poderia ser perdoada sob o argumento da “suposição” de organização criminosa, caso interpretação literal do dispositivo fosse adotada. Vê-se, inclusive, como essa enorme liberdade poderia, facilmente, se voltar contra os próprios policiais: na eventualidade de, pelo uso da ação controlada, o flagrante desaparecer, essa falta de comunicação, controle e limites poderia dar ensejo a inúmeras desconfianças sobre que razões levaram ao “insucesso” da diligência dos agentes de polícia. (GOMES, 1997, p.94 a 95)

Questão interessante, portanto, surge quando nos deparamos com a possibilidade de o retardamento do flagrante resultar, isso sim, na perda completa do momento flagrancial. Analisemos, para continuar a crítica ao instituto, o art. 319 do Código Penal, o tipo penal da prevaricação: “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Mesmo na vigência da lei anterior, responderiam os policiais envolvidos pelo crime supracitado? Pensamos que não. O insucesso de uma diligência é um resultado possível e com

o qual o sistema arca ao possibilitar sua prorrogação no tempo. Tendo agido os policiais de boa-fé, não há que se cogitar de prevaricação, uma vez que o dolo específico do crime não estaria presente. (CUNHA, 2014, p. 92).

O problema aqui analisado foi suavizado com a chegada da lei que atualmente vige acerca do assunto, a 12.850/13:

Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. § 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. § 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

Cogita-se, aqui, de mera comunicação judicial, e não de autorização judicial, mas com a permissão para que o magistrado estabeleça limites à discricionariedade policial, com direito a oitiva do agente ministerial, que é quem dispõe da acusação e terá que manejar a prova colhida na fase pré-processual, arcando com as máculas ou louros da colheita advinda do flagrante retardado. Pensamos, concordando com o magistério de Renato Brasileiro de Lima (2014, p.555) que seja a atitude mais acertada: condicionar a ação controlada à autorização judicial seria um exagero. Não que controle de direitos fundamentais (no caso, a privacidade dos acusados, que pode ser ferida caso a observação necessária para o flagrante retardado se prolongue demasiadamente) seja demais. Aqui, se cuida, isso sim, da oportunidade da medida em meio ao dinamismo que é exigido da polícia em sua atividade investigativa: esperar por uma autorização prévia judicial certamente inutilizaria o instituto em comento pelo simples fato de que essa viria sempre a destempo: o momento flagrancial prolongado no tempo já teria acabado e a prova robusta que se desejasse colher já estaria fora de alcance. Seria uma permissão inócua para a investigação (CUNHA, 2014, p. 94). Além disso, em caso de excesso no tempo de campana dos agentes policiais, certamente a dilação do excesso permitiria que a objeção judicial, em caso de o magistrado reconhecê-la quando da comunicação pela autoridade policial, viesse em tempo oportuno.

Adotou-se, portanto, solução diferente da que o legislador optou em sede da Lei 13.343 de 2006 (atual Lei de Drogas), que facultou às autoridades, “*mediante autorização judicial*” (grifo nosso) e ouvido o Ministério Público, a não atuação policial sobre os

portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível”. Outro exemplo de regramento quanto à participação do juiz em instituto análogo (não se trata da mesma figura, pois) está no texto da Lei nº 9.613/98, em seu art. 4º-B, (com texto modificado por conta da Lei nº 12.683/12), que prevê uma variação de ação controlada: o juiz suspende a ordem de prisão de pessoas ou das medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores, com oitiva prévia do Ministério Público, quando, se executada imediatamente, puder levantar o alerta dos investigados e frustrar as investigações, ao obstaculizar o apontamento de outros indivíduos com ligação com o esquema de lavagem de valores, ou mesmo ao impossibilitar a descoberta de outros bens objeto dos crimes (princípio da oportunidade). O expediente de requerer com antecedência a autorização judicial para prorrogar a prisão no tempo confere algum tempo aos policiais, pois quando chegar a hora de executar a prisão, não mais se perderá tempo com a tramitação do pedido. Trata-se aqui, obviamente, de modalidade de prisão provisória, e não de prisão em flagrante, visto que esta prescinde de autorização do magistrado (LIMA, 2014, p.552).

Note-se, além disso, que a Lei 12.850/ 13 prevê a possibilidade de retardamento da intervenção administrativa, como a advinda de agentes da Receita Federal, auditores fiscais, etc. É essa permissão bastante estranha à nossa divisão de poderes constitucionalmente consolidada. O art. 144, §1º, inciso I, e §4º, da Constituição da República, já citado anteriormente neste texto, reserva às polícias judiciárias a prática da colheita de provas. Está fulminado, portanto, de inconstitucionalidade, e não deveria ser aplicado pelas autoridades administrativas contempladas.

Há considerações pertinentes a serem feitas sobre a comparação do instituto da ação controlada e a súmula 145 do STF. Segundo ela, não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Assim, conceitua Fernando Capez o crime impossível: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (CAPEZ, 2007, p. 256). Se o policial está de campana, com todo o aparato necessário para a interrupção da ação delituosa disponível no momento, argumenta-se que o desenrolar dos fatos, em termos de sucesso do crime que está sendo vigiado, é meramente fantasioso, uma figuração falsa da percepção do criminoso e advinda do desconhecimento de estar sendo observado pela autoridade competente.

Duas objeções podem ser levantadas a esse posicionamento. Primeiro, existe uma sensível diferença entre o flagrante preparado e o flagrante adiado em sede de ação controlada. Como visto anteriormente, na sessão que trata dos agentes infiltrados, o flagrante preparado ocorre quando o agente policial, de forma insidiosa, provoca o agente à prática do crime e concomitantemente arma situação tal para que este não se consume (JESUS, 2014, p. 80). A espera vigiada do agente pode configurar a tal situação que impediria a consumação, mas de forma alguma o criminoso está sendo compelido a delinquir por interferência de qualquer natureza; não está maculado seu dolo por incitamento do órgão investigativo, que só observa e espera o melhor momento para realizar a prisão em flagrante. (GOMES, 2010). Assim, um dos requisitos de aplicação da súmula não fica configurado, o que, de pronto, torna o entendimento inaplicável ao caso.

Segundo é que o crime impossível exige a não existência de chance do aperfeiçoamento do delito, sua consumação inconteste. Ora, se em sede de doutrina, há a discussão acerca do risco da perda do momento flagrancial pro culpa do retardamento do flagrante na ação controlada, é de se esperar que há risco de sucesso na ação dos criminosos e, portanto, não há crime impossível, somando outro argumento à inaplicabilidade da súmula 145 ao expediente de obtenção de prova em comento, na Lei 12.850/13.

3. CONCLUSÃO

Poucos países, nas últimas décadas, não experienciaram um colossal aumento em suas estatísticas de criminalidade violenta (UNODC, 2013). Essa tendência vem fomentando o anseio popular por políticas criminais mais rígidas, como se a resposta estatal criminalizadora de condutas e cominadora de penas progressivamente mais gravosas guardasse a panaceia de nossos problemas. Houve, internacionalmente, a onda inicial de combate ao tráfico (que, em nosso direito doméstico, pode ser exemplificada com a anterioridade visível da lei de tóxicos revogada, que data de 1976). Depois, tivemos a guerra aos crimes violentos, cuja safra nos legou a Lei dos Crimes Hediondos, que, para responder a uma demanda punitivista dos cidadãos de bem, estabeleceu um rol que, em parte, é midiático, e em parte é arbitrário e seletivo (no sentido de socialmente segregador), de delitos especialmente merecedores de uma execução penal mais gravosa e, em muitos pontos, inconstitucional (STRECK, 2013, p. 9). O adversário hodierno, fruto da sociedade de consumo em massa, que se aproveita da restrição de mercados gerada pelas normas penalizadoras para lucrar exorbitantemente e espalhar um paraestado onde o Estado não chega, é o crime organizado.

Quando nossa sociedade alcançou um nível de ocorrência de ilícitos penais que o senso comum convencionou doentio (sem nunca desconfiar que, em certo sentido, e para certos tipos penais, quem cria o ilícito é o legislador, e não o criminoso), o terreno tornou-se fértil para modelos criminais retribucionistas, e a tendência político-penal do *law and order*, de caráter marcadamente “positivista”, voltou a florescer. A visão de que o criminoso é o *pathos*, o outro, o inimigo de uma sociedade que se sustenta sobre o trabalho de homens que não cometem pequenas infrações diárias (nem sequer infrações de trânsito), livres da delinquência, livres do “jeitinho”(GOMES, 1997, p. 37), cria a legitimidade para uma lei penal que prescindir das garantias fundamentais liberais, as de primeira geração, que são afirmações do espaço individual de liberdade dos cidadãos oposto, principalmente, às ingerências do poder público. Os desdobramentos penais e processuais penais desses direitos que perpassam a evolução do constitucionalismo numa constante ressignificação e atualização podem ser deixados de lado, uma vez que nem o legislador nem os legislados sofrerão os efeitos desse eficientismo exacerbado: o infrator não é um de nós, nenhum de nós jamais sofrerá com os poderes que estamos concedendo ao aparelho detentor do poder de polícia estatal.

Essa despreocupação com que tipo de precedente estaríamos inaugurando com o tratamento dispensado a algumas figuras presentes na lei 9.034/95, somados à ótima aceitação da população brasileira a qualquer grau de punitivismo quando se trata do Primeiro Comando da Capital, do Comando Vermelho, da Amigos dos Amigos e até mesmo do Mensalão, mais recente e de natureza socioeconômica diferente das anteriormente citadas, ensejou a promulgação da lei anterior de combate ao crime organizado. O seu âmbito de incidência era demasiado largo, pois se abatia sobre todas as quadrilhas e bandos que “coubessem” no art. 288 do Código Penal, o que feria o princípio da proporcionalidade, diante do procedimento visivelmente mais invasivo que vinculava a esses delitos. A lei 10.217, do ano de 2001, vinda com o intuito de corrigir as duas mais gritantes críticas da doutrina em relação à lei de 1995, produziu pífios consertos, se é que não podemos dizer que apenas manteve o âmbito de aplicação desta igualmente inacessível e ainda aprofundou o problema dos meios probatórios ao prever figuras sem regulação legal alguma. Toda tentativa de aplicação e modernização do diploma aqui referido, para adequar-nos a padrões internacionais de tratamento do tema a que nos vinculamos, estavam eivados de inconstitucionalidade e defeitos de aplicação principiológica penal, como abordado no 1º capítulo.

Quando tivemos a nova lei, nº 12.850/13, alguns defeitos foram finalmente sanados. Uma definição mais adequada foi dada ao crime organizado, além de um tipo penal que condenava várias formas de vínculo com ele, com uma pena razoável em termos comparativos. As “gambiarras” interpretativas eram, felizmente, capítulo passado na evolução da tipificação dessa modalidade associativa ilegal em nosso direito interno.

A delação premiada, por sua vez, havia ganhado força e virado um instituto de nome mais brando, mas de execução mais invasiva para o acusado ou réu beneficiado pelo acordo de cooperação com o processo: tínhamos a assim chamada colaboração premiada. Alguns defeitos presentes na lei anterior mantiveram-se intactos: a inconstitucionalidade do sigilo que a lei prescreve, em desacordo com a súmula vinculante 14 do STF e com os princípios do contraditório e do devido processo legal. A atitude de não estender o instituto a tipos penais menos gravosos de mesma natureza, como se a polícia tivesse uma taxa de elucidação desse gênero de delito tão alta que deles prescindisse, também revela um defeito que macula a atuação de nosso legislador, que é o reforço da seletividade do nosso direito penal, cada vez mais às claras. As críticas da doutrina acerca do dilema moral que é premiar a traição em uma lei, apesar do apelo duvidoso e emocional, parecem ter sido acolhidas no fazimento da lei quando da enumeração dos critérios de aferição da eficácia da colaboração. Por fim, um

avanço inegável foi a superior pormenorização do procedimento a ser seguido pelo magistrado quando da homologação desses acordos. O que permaneceu nessa escolha política foi o desrespeito à imparcialidade que o juiz deve ter diante da análise das provas na fase processual: o juiz inquisidor não restou superado com a revogação expressa da lei 9.034/95.

A infiltração policial, por sua vez, estava tutelada de maneira completamente insatisfatória na lei de 1995, por modificação da lei nº 10.217. O policial destacado para uma operação dessa natureza estaria certamente condenado a ter que escolher, em algum momento, entre a sua segurança - posta à prova caso não demonstrasse necessários atos de lealdade à organização criminosa - e um processo penal com condenação certa, salvo nos casos onde fosse cabível a excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa. Isso decerto desencorajou a adoção deste frutífero expediente investigativo em muitas ocasiões, até que a lei 12.850/13 viesse e concedesse alguma segurança e margem de “perdão legal” para os ilícitos decorrentes de sua realização. Não está findo, entretanto, o debate sobre até que ponto a infiltração policial não recai numa modalidade de flagrante não aceita em nossa jurisprudência, que ocorre quando a vontade dos agentes do crime perde sua autonomia em face do incentivo da autoridade policial.

Por fim, o meio de prova final analisado pelo trabalho é a ação controlada. Na lei 9.034/95, cuja principal característica - agora já podemos, em retrospecto, afirmar com segurança - é a atribuição exagerada de liberdade tanto aos policiais quanto aos membros ministeriais e juízes, houve a manutenção da tendência quanto ao referido meio de prova. Deu uma discricionariedade pouco salutar a um Estado Democrático de Direito para a escolha da conveniência e da oportunidade por parte dos policiais, bem como aos requisitos ensejadores da permissão à prática dessa figura que excepciona o flagrante obrigatório previsto no art. 302 do Código de Processo Penal. Em sede da lei que vige agora, felizmente, o defeito foi sanado e o legislador previu algum controle diante desse instituto, reforçando o viés do Ministério Público de controle da legalidade da atividade policial, sem burocratizar uma figura que tem tudo a ver com o dinamismo da diligência policial. A inconstitucionalidade cometida nessa seção pela lei foi uma atribuição de poderes a autoridades administrativas, para que apliquem um proceder investigativo característico da atividade privativamente concedida às polícias judiciárias pela Constituição de 1988.

A conclusão a que o trabalho chega é que é precipitado falar em evolução, *simpliciter*, da legislação penal sobre o crime organizado com a revogação da lei antiga pela lei atual. Afora a vitória inegável da tipificação superior da lei 12.850/13, questões principiológicas

basilares não restaram resolvidas com o advento desta, e o espírito de legislação penal de exceção não foi exercizado do tratamento que o direito brasileiro está dando ao tema.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Carlos. *Assalto ao Poder – o Crime Organizado*, 1ª Ed., Rio de Janeiro: Record, 2010.

ARAUJO, Leonardo Amora. *Crime Organizado Transnacional: a Face Oculta do Processo de Globalização*. Disponível em < <http://bdm.unb.br/handle/10483/1054>> Acesso em 12/11/2014

BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras Reflexões sobre Organização Criminosa – Anotações à Lei 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, ano X, n. 55, p. 5-41, 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550 de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Paulo César Corrêa. *Crime Organizado*. 1ª Ed. – São Paulo: Editora UNESP, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Volume 1: parte geral* - 11 Edição revisada e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2007

CAPEZ, Fernando; *Curso de Processo Penal*. 20ª ed. de acordo com a Lei 12.736 – São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Fabiano. *STF autoriza varas de 1º grau para combate ao crime organizado*. G1. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/05/stf-autoriza-varas-de-primeiro-grau-para-combate-ao-crime-organizado.html> Acesso em 30/11/2014

CUESTA, José Luis de la. *Organised Crime Control Policies in Spain: A 'Disorganised' Criminal Policy for 'Organised' Crime*. Disponível em <http://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+65+Organised+crime+control+in+spain.pdf> Acesso em 28/11/2014

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013*. 2ª Ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2014

ENDO, Igor Koiti. *Origens das Organizações Criminosas*. Disponível em <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1242> Acesso em 18/11/2014

FONSECA, Edson Pires da. *STF conclui julgamento de ADI sobre vara para julgar crime organizado em Alagoas*. Jurisciência. Disponível em <<http://www.jurisciencia.com/noticias/stf-conclui-julgamento-de-adi-sobre-vara-para-julgar-crime-organizado-em-alagoas/1349/>> Acesso em 28/11/2014

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Flagrante preparado e esperado: diferenças*. Disponível em <
http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100824200321455&mode=print>
Acesso em 30/11/214

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora Almeida de. *Populismo Penal Midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*, 1ª Ed., São Paulo : Saraiva, 2013

JESUS, Damásio de; *Código Penal Anotado*, 22ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

LIMA, Renato Brasileiro de, *Legislação Especial Comentada*. 2ª Ed. rev. ampl. atualiz. – Salvador: Editora Juspodivm, 2014

LOPES JR., Aury Celso L., *A crise no inquérito policial e a investigação controlada pelo Ministério Público*. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5828 Acesso em 2/11/2014

MENDRONI, Marcelo Batlouni; *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*, 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009

MOREIRA, Rômulo Andrade de. A Nova Lei de Organização Criminosa - Lei 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, ano X, n. 55, p. 42-56, 2013

ONU, United Nations Office on Drugs and Crime; *Global Study on Homicide 2013*. Vienna. Disponível em http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf, Acesso em 29/11/2014

PELLEGRINI, Angiolo; JUNIOR, Paulo José da Costa. *Criminalidade Organizado*, 2ª Ed. , São Paulo: Atlas, 2008

PINTO, Soraya Moradillo. *Infiltração Policial nas Organizações Criminosas*, 1ª Ed. - São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime Organizado no Brasil: Comentários à lei 9.034/95, Aspectos Policiais e Judiciários – Teoria e Prática*. 1ª Ed., São Paulo: Iglu, 1998

SILVA. Eduardo Araujo da Silva. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº12.850/12*. 1ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014

STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de como não há Blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais*. Disponível em <https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao->

[excesso-ubermassverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/](#) Acesso em 5/11/2014

WELLAUSEN, Saly da Silva. *Terrorismo e os Atentados de 11 de setembro*. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/ts/v14n2/v14n2a05.pdf> > Acesso em 12/11/2014

ZIEGLER, Jean; *A Suíça Lava Mais Branco*. 1ª Ed.- Brasília: Editora Brasiliense, 1990