

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**AGENTE INFILTRADO: GARANTIR OU PUNIR (A
DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE)**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Eduardo Pacheco de Mello Lima

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2014**

AGENTE INFILTRADO: GARANTIR OU PUNIR (A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE)

Eduardo Pacheco de Mello Lima

Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ulysses Fonseca Louzada

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**AGENTE INFILTRADO: GARANTIR OU PUNIR (A
DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE)**

elaborada por

Eduardo Pacheco de Mello Lima

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ulysses Fonseca Louzada
(Orientador)

Prof(a). Mestre Letícia Thomasi Jahnke
(ULBRA Santa Maria)

Mestrando Cristiano Vinícios Marion
(Universidade Federal de Santa Maria)

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2014**

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

AGENTE INFILTRADO: GARANTIR OU PUNIR (A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE)

AUTOR: Eduardo Pacheco de Mello Lima
ORIENTADOR: Dr. Ulysses Fonseca Louzada

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 1º de dezembro de 2014.

O presente trabalho tem como norte estudar a nova Lei 12.850/13 que definiu organização criminosa e regulamentou os meios extraordinários de obtenção de provas para combatê-las. Em especial, será analisado o meio de prova intitulado como infiltração de agentes e seus reflexos gerados nos direitos fundamentais dos investigados e dos cidadãos não envolvidos na empreitada criminosa. Ainda, será abordada a responsabilidade penal do agente infiltrado, referente aos crimes praticados no âmbito da investigação policial. Assim, o estudo tem como objetivo averiguar se a infiltração de agentes é um meio manifestamente inconstitucional por ferir drasticamente os direitos fundamentais de envergadura liberal como, por exemplo, o direito à vida, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o direito à intimidade e à vida privada. No mais, observar-se-á se a infiltração de agentes tem o condão de macular o princípio constitucional da moralidade. Ou, por outro lado, a infiltração de agentes é um meio apto ao combate às organizações criminosas de alta periculosidade social que causam sérios prejuízos aos mais diversos bens jurídicos, devendo, portanto, prevalecer a necessidade de eficiência do *jus puniendi*. Para tanto, será realizado um estudo dialético entre o que parte da doutrina convencionou chamar de garantismo penal unidimensional/monocular/hiperbólica com o garantismo penal dito “integral”. Dessa forma, a pesquisa pautou-se sobre o exame da dupla face do princípio da proporcionalidade: Proibição de medidas excessivas pelo Estado e a proibição de proteção deficiente.

Palavras-Chaves: Agente infiltrado; Direitos fundamentais; Organizações criminosas; Princípio da Proporcionalidade; Proibição de proteção deficiente; Proibição de excesso.

ABSTRACT

Graduation Monograph

Law School

Federal University of Santa Maria

UNDERCOVER AGENT: ENSURE OR PUNISH (DOUBLE SIDE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY)

Author: Eduardo Pacheco de Mello Lima

Adviser: Dr. Ulysses Fonseca Louzada

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 1^o, 2014.

This paper aims to study the new Law 12,850/13 which defined criminal organization and regulated extraordinary means of obtaining evidence to combat them. In particular, it will be analyzed the evidence titled as undercover agent and their reflections generated in the fundamental rights of the investigated and citizens not involved in the criminal enterprise. Still, be dealt with criminal liability of the undercover agent, referring to crimes committed under police investigation. Thus, the study aims to investigate the infiltration of agents is a means manifestly unconstitutional by drastically hurt the fundamental rights of liberal scale, for example, the right to life, the right not to produce evidence against himself, the right intimacy and privacy. In the most, shall be observed to infiltration of agents have the power to tarnish the constitutional principle of morality. Or, on the other hand, the infiltration of agents is a suitable means to combat criminal organizations of high social dangerousness that cause serious damage to various legal interests, and must therefore prevail the need to jus efficiency *puniendi*. Therefore, there will be a dialectical study of what part of the doctrine -called criminal garantismo dimensional/ monocular/ hyperbolic with criminal garantismo said "integral". Thus, the research was based on the examination of the double face of the principle of proportionality: Prohibition of excessive measures by the state and the prohibition of poor protection.

Key-Words: Undercover agent; Fundamental rights; Criminal organization; Principle of proportionality; Prohibition of excessive measures; Prohibition of poor protectio

Sumário

INTRODUÇÃO	06
1 DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DE ALTA PERICULOSIDADE SOCIAL.....	10
1.1 Obscuridade normativa: Conceito de organização criminosa antes da Lei 12.850/13.....	12
1.2 Um novo paradigma: Conceito atual de organização criminosa.....	16
1.3 Por que conceituar organização criminosa? Limitação do jus puniedi.....	18
1.4 A Infiltração de agentes como meio extraordinário de prova contra as organizações criminosas.....	20
1.5 Responsabilidade penal do agente infiltrado.....	22
1.6 Consequências da infiltração de agentes: Lesão aos bens jurídicos dos administrados (sociedade em geral).....	25
2 DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DE ALTA PERICULOSIDADE SOCIAL.....	29
2.1 Direito de não produzir prova contra si mesmo	29
2.2 Direito à ampla defesa e ao contraditório	31
2.3 Direito à intimidade e à vida privada	34
2.4 Postulado da proporcionalidade: É necessário, adequado ou proporcional em sentido estrito o uso do agente infiltrado?	37
2.5 Uma das faces do Princípio da Proporcionalidade: Proibição de excesso.....	42
2.6 A outra face do Princípio da Proporcionalidade: Proibição de proteção deficiente.....	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

A recente lei 12.850/13, responsável por clarear nebulosa ausência legislativa acerca da definição de organização criminosa, estabeleceu em seu corpo, diversos meios de obtenção de provas, regulando os procedimentos a serem seguidos. Por se tratar de uma legislação recente e de conteúdo direcionado ao combate da nefasta proliferação do crime organizado no Brasil é digna de uma atenção cuidadosa do intérprete e do aplicador do direito. Algumas lacunas merecem ser superadas, certos pontos melhorados, outros talvez estejam maculados pela veste da inconstitucionalidade, por isso o estudo aprofundado e atento sobre a novel lei, tratando de um tema sensível que é o combate ao crime organizado, exige melhor atenção por parte dos estudiosos do direito.

Os meios de reunir provas, previstos na lei 12.850/13, em especial a infiltração de agentes e a possibilidade legal para a prática de delitos no âmbito das investigações policiais, desde que sem excessos e na devida proporcionalidade, é merecedora de um aprofundamento teórico. Causa, no mínimo, estranheza, pensar que servidores públicos (agentes infiltrados) poderão transpor os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, bem como renegar direitos fundamentais individuais, tão arduamente conquistados, em nome da obtenção de provas para esfacelar à organização criminosa.

Porém, o tema é tormentoso. Não há dúvidas que as consequências do crime organizado são nefastas para a paz social. Nesse viés, tráfico internacional de drogas, exploração sexual, crimes contra o sistema financeiro, dentre outros, estão cada vez mais organizados, causando profundos prejuízos no seio da sociedade. Dessa forma, é evidente que a criminalidade deverá ser combatida arduamente pelo Estado. Entretanto, em um Estado dito Democrático de Direito é imperioso o estabelecimento de limites, para que não voltemos à caça às bruxas, renegando os direitos humanos conquistados por sofridas lutas durante toda a história da humanidade.

Sendo assim, na busca de produção de provas para desmembrar as organizações criminosas, seria crível o Estado, pelas mãos de seus agentes, praticar o engodo, a dissimulação e mais radicalmente praticar crimes? Seriam os fins justificadores dos meios a serem empregados?

No mais, há certos crimes que se forem praticados pelos agentes infiltrados poderão atingir seriamente o interesse individual dos administrados (sociedade em geral), sendo de extrema periculosidade e lesividade para os direitos fundamentais de cunho liberal. Crimes que, embora praticados com proporcionalidade entre a conduta exigida e o que poderia ser realizado no caso concreto, causariam verdadeiras agressões aos direitos fundamentais dos cidadãos. Por exemplo, o que esperar do agente infiltrado que se depara com a condição imposta pelo grupo criminoso de tráfico de drogas, exigindo por parte do agente infiltrado o assassinato de um arquirrival? Se recusar estará pondo em cheque seu disfarce e, conseqüentemente, sua própria vida. Então, matará sobre a proteção da proporcionalidade.

Em outro caso, não menos drástico, imagine a necessidade de o agente infiltrado ter que violentar sexualmente uma garota inocente, para não ser descoberto no âmago de uma organização criminosa de tráfico internacional de mulheres para prostituição, qual seria a conduta exigida? E se for exigido que pratique tortura ou tenha que presenciar a prática de tortura como castigo às tentativas de fuga pelas “prostitutas” exploradas pela organização? Fará, ou morrerá! Mais uma vez estaríamos abrigados, *a priori*, pela proporcionalidade. Novamente, em relação às organizações criminosas voltadas ao tráfico internacional de entorpecentes, nada menos proporcional do que o uso de drogas pelo agente infiltrado para provar sua lealdade.

Todos os exemplos são hipotéticos e extremos é verdade, mas não impossíveis de ocorrer no mundo da diversidade dos fatos. Devemos no mínimo, no campo abstrato, imaginar os mais diversos crimes que poderão ser realizados pelos agentes infiltrados, só assim, evitaremos surpresas indesejadas na aplicação da infiltração de agentes.

Ainda, percebe-se que a infiltração de agentes em organizações criminosas acarreta limitações aos direitos dos investigados (membros da organização criminosa). Assim, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o direito à ampla defesa, o direito à intimidade e à vida privada sofreriam restrições significativas com o uso desse meio. Dessa forma, o Estado, no âmbito das investigações policiais, visando reunir provas para esfacelar às organizações criminosas, relativizaria os direitos fundamentais de alcance individual com o intuito de proteger os direitos também fundamentais, porém de relevância coletiva.

Apesar disso, não se pode olvidar, que a organização criminosa é um mal a ser combatido. A questão a ser levantada, para nos meios a serem utilizados na sua persecução penal. Assim, a utilização do avanço da tecnologia, por meio de sofisticadas escutas telefônicas, somada a interceptação de dados e gravação de imagens, não seriam meios menos ofensivos as garantias e aos direitos fundamentais previstos no Estado Democrático de Direito, do que pôr em perigo um agente do Estado, autorizando-o a causar novos crimes, no âmbito da investigação, quando necessários?

O que deve prevalecer nesses casos, o *jus puniendi* ou os direitos fundamentais e as garantias constitucionais individuais do investigado?

A fim de responder tais indagações, será realizado como método de abordagem um estudo dialético acerca daquilo que parte da doutrina convencionou chamar de garantismo penal unidimensional/monocular/hiperbólica, que visa à intervenção praticamente nula do Estado, respeitando unicamente os direitos fundamentais individuais de forma exacerbada. Por outro lado, dialogar com uma perspectiva “integral” do garantismo penal no sentido de considerar a organização criminosa danosa aos bens jurídicos da coletividade. Nestes termos, deveria haver uma atuação enérgica e eficiente do Estado para que coexistam em sintonia os interesses da coletividade com os direitos e garantias individuais.

Além disso, será utilizado o método procedimental funcionalista, ou seja, a conduta criminosa praticada pelo agente infiltrado será analisada sobre a sua função e seus reflexos na sociedade. O Estado possui a responsabilidade de manter a paz social e garantir os direitos coletivos e individuais. Assim, o agente infiltrado tem como finalidade dismantelar as organizações criminosas que lesam os bens jurídicos da coletividade, porém, os direitos fundamentais individuais dos cidadãos não poderão sofrer restrições imoderadas e abusivas pelo Estado.

Diante dessa dicotomia, a pesquisa se pautará em averiguar a oportunidade e os riscos na utilização do agente infiltrado como meio de alcançar provas. Dessa forma, busca-se alcançar um equilíbrio na estrutura social, preservando os direitos fundamentais individuais com a utilização, concomitante, de mecanismos para a destruição das organizações criminosas.

Partindo dessa árdua colisão de valores, o presente trabalho tem como escopo fazer um estudo pautado na infiltração de agentes como meio extraordinário de obtenção de prova contra as organizações criminosas. Ainda, analisar a

responsabilidade penal dos agentes infiltrados pelos crimes cometidos durante a infiltração, bem como as consequências que esses atos causam na esfera dos direitos dos administrados em geral.

Por fim, almeja-se explicar as implicações que tais condutas provocarão na esfera dos direitos fundamentais individuais dos investigados. Dessa forma, o enfoque se dará sob o duplo viés da proporcionalidade, ou seja, buscando um equilíbrio entre a proibição de proteção deficiente, protegendo os direitos coletivos, e, por outro lado, a proibição de excesso na persecução penal por parte do Estado, preservando os direitos individuais.

1 DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DE ALTA PERICULOSIDADE SOCIAL

A criminalidade moderna perpassa por uma fase paradigmática. A conduta delitiva ultrapassa o antigo estágio meramente individual, em que Tício matava Mévio, para uma complexa e inflada rede delitiva, com características sofisticadas e alcance transnacional. Assim, a sociedade sofre ataque atroz de grupos criminosos imbuídos de técnicas especializadas e causadoras de massiva lesão à paz pública.

Deve-se deixar claro que não se está a menosprezar o crime de natureza individual ou relegar a um patamar inferior. É sabido que a criminalidade individual está em ascensão na sociedade, assolando bens jurídicos de real importância os quais também devem ser protegidos pelo Estado. Assim, “não se quer dizer que desapareceram os crimes contra bens jurídicos individuais nem que tenha desaparecido o crime individual. O que ocorre é que o Direito Penal ainda não encontrou resposta adequada às modalidades modernas de criminalidade (...)”.¹

No entanto, o presente trabalho tem como norte estudar a intensa lesividade que as organizações criminosas de caráter violento impõem à sociedade e aos bens jurídicos de natureza coletiva, bem como os meios utilizados para combatê-las. Tal diagnóstico, pode ser extraído de algumas características peculiares que as envolvem.

À vista disso, pode-se dizer que o sucesso de tais organizações criminosas surge da sua grande capacidade de superação dos instrumentos persecutórios do Estado. Assim, costumam ser extremamente versáteis nas suas empreitadas criminosas, estando sempre um passo a frente do poder punitivo estatal. Protegem-se como um grupo de felinos selvagens que, no momento oportuno, utilizam-se de ataque feroz e amedrontador a menor ameaça, visando proteger seus interesses. Igualmente, vivem como camaleões, adaptando-se no seu nicho de atuação. Ainda, à semelhança das bactérias, que após intenso e duradouro uso de antibióticos, tornam-se resistentes ao medicamento de combate. Nesse ponto, vale destacar os ensinamentos de Marcelo Batlouni Mendroni:

Embora sigamos com especificação de alguns de seus elementos essenciais que se verificam na grande maioria das organizações criminosas, é preciso destacar que elas evoluem em velocidade muito maior do que a capacidade da justiça de percebê-las, analisá-las e principalmente

¹ FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de organização criminosa Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 10.

combatê-las. Assim como a vacina sempre persegue a doença, os meios de combate à criminalidade organizada sempre correm atrás de estragos causados pela sua atividade. Amanha e depois seguramente surgirão outras formas novas, que, pela simples verificação de atividades organizadas para a prática de crimes, serão consideradas também organizações criminosas.²

Para tanto, as organizações criminosas atuam de maneira diversificada nos mais diferentes ramos criminosos, a citar, a exploração sexual de crianças, o tráfico de drogas, o tráfico internacional de pessoas para exploração sexual, venda de órgãos ou trabalho escravo, o roubo de mercadorias transportadas por caminhões ou o roubo de estabelecimentos bancários, bem como em crimes contra o sistema financeiro, econômico e tributário. Diante disso, não há dúvidas que os bens jurídicos da coletividade restam ameaçados, gerando perturbação à segurança pública, à ordem social, econômica e financeira de um Estado Democrático de Direito.

Destaca-se que as organizações criminosas dispõem de um poderio tecnológico diferenciado, com o uso de técnicas avançadas de informática, capazes de “invadir” sistemas de redes estatais ou de grandes multinacionais. Assim, conseguem obter informações preciosas e salutares para concretizar seus objetivos sem serem inibidas pelo Estado. Da mesma forma, escondem-se detrás da chamada “deep web” (conteúdo da internet que não pode ser encontrado pelos mecanismos de busca padrão, possuindo complexo mecanismo de criptografia das informações) para cometer os mais diversos crimes.

Ainda, costumam empregar ações violentas àqueles que intentam contra a empreitada criminosa ou ousem delatar os acontecimentos criminosos. Com isso, observa-se um alto poder de intimidação, configurando uma verdadeira “lei do silêncio” entre seus membros, bem como persuasão da sociedade em geral que vive com medo de represálias. Dessa forma, mecanismos clássicos de obtenção de provas, como por exemplo a prova testemunhal, torna-se obsoleto, frente ao caráter ameaçador e violento que geralmente reveste esse tipo de organização criminosa.

No mais, possuem como característica o exorbitante acúmulo de poder econômico de seus integrantes. Aliás, como enfatiza Marcelo Mendroni “as organizações criminosas operam sempre sobre o eixo dinheiro-poder. O dinheiro

² MENTRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 21.

gera poder e vice-versa, o poder gera dinheiro.”³. Dessa forma, diante do extraordinário lucro de sua empreitada criminoso, corrompem membros do Estado, infiltrando agentes corruptos nos quadros da Administração Pública, angariando, mais uma vez, informações preciosas para a concretização de suas finalidades ilícitas.

De outro vértice, já com a vultuosa monta derivada da atuação criminoso, cria-se a necessidade de legalizar o lucro obtido. Assim, as organizações criminosas utilizam-se de sofisticadas técnicas de lavagem de dinheiro, bem como, muitas vezes, destinam o dinheiro para o exterior de maneira irregular, configurando, portanto, o crime de evasão de divisas.

Ante o exposto, conclui-se que a espécie de organização criminoso por ora abordada concretiza as mais diversas práticas criminosas, mediante um forte aparato tecnológico, com artifícios violentos e invasivos, fazendo valer “a lei do silêncio”. A intenção primordial é o lucro estratosférico, servindo-se de artifícios ilícitos para “lavar o dinheiro” obtido. Desse modo, os bens jurídicos de relevância social e natureza coletiva sofrem sérios riscos de lesão e perecimento, causando evidente abalo à paz social e atingindo um número ilimitado de vítimas.

1.1 Obscuridade normativa: Conceito de organização criminoso antes da Lei 12.850/13

Frente aos crimes praticados pelas organizações criminosas com repercussão danosa ao corpo social, pela complexidade das condutas criminosas realizadas por seus membros, bem como pelos instrumentos tipificados no Estado liberal e, até então, utilizados sem êxito no combate ao crime organizado, o legislador brasileiro viu-se, por convenção, encontrar mecanismos para mudar esse quadro. Dessa forma, durante as últimas décadas, a legislação brasileira, embora com muita confusão, esforçou-se em buscar soluções contra o crime organizado, dentre elas a previsão do que vem a ser organização criminoso, bem como a criação de instrumentos extraordinários de obtenção de prova.

O primeiro Projeto de Lei relacionado ao tema foi o Projeto de Lei n. 3.516, de 1989 (Projeto Miro Teixeira), tendo como norte tratar da criminalidade e das

³ MENTRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 25.

formas de combatê-la. O projeto Miro Teixeira foi o primeiro a conceituar organização criminosa, no seu art. 2º, como “aquela que, por suas características demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional”⁴.

No entanto, o conceito original de organização criminosa foi modificado pelo Projeto de Lei nº 62, cuja redação final seguiu os seguintes termos: “Art. 2º Considera-se crime organizado o conjunto dos atos delituosos que decorram ou resultem das atividades de quadrilha ou bando, definidos no par. 1 art. 288 do Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”⁵. Tal projeto, deu origem a Lei nº 9.034/95.

Por sua vez, a Lei nº 9.034/95 que foi aprovada às pressas, tendo em vista o temor que tomou conta da sociedade durante a década de noventa, em decorrência da crescente onda de violência comanda de dentro dos presídios. Entretanto, a lei deixou evidente lacuna normativa ao não prever um conceito bem delimitado de organização criminosa, causando perplexidade na doutrina ao aproximá-lo do conceito de quadrilha ou bando, conforme se desprende do seu art. 1º: “Define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Nesse sentido, destaca-se a crítica de Maria Jamile José:

“Como se vê, o legislador aproveitou a estrutura de um tipo convencional – o delito de quadrilha ou bando, tipificado no artigo 288 do Código Penal – e definiu nova modalidade criminosa, com linguagem bastante abrangente e confusa. No entanto, é imprescindível que se compreenda que o conceito de crime organizado é amplo, não se situando exclusivamente no âmbito das atividades das quadrilhas e dos bandos.”⁶

Ainda, a Lei nº 9.034/95, no seu art. 2º, apesar da confusão conceitual do que vem a ser organização criminosa, enumerou meios extraordinários de obtenção de provas para dismantelar as organizações criminosas, em particular a infiltração de agentes, porém sem regulamentar as regras processuais a serem obedecidas na implementação de tais meios de prova. Com isso, os direitos individuais dos investigados ficaram desguarnecidos, não havendo claros limites de atuação do *jus*

⁴JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. São Paulo: USP, 2010. 191 p. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 38.

⁵*Ibidem*, p. 39.

⁶*Ibidem*, p. 41.

puniendi.

Diante desse quadro, reinou por anos, a ausência de um conceito bem estruturado de organização criminosa, bem como a falta de requisitos a serem obedecidos, quando da aplicação dos meios extraordinários de prova. Dessa forma, a legislação brasileira, no que tange aos meios de investigação, visando combater as organizações criminosas, aproximou-se do sistema processual inquisitório e antiguarantista, conforme se extrai da lição de Maria Jamile José:

Primeiramente, quanto aos meios excepcionais de obtenção de prova em si, enumerados no artigo 2º da referida lei, é plausível anotar que o texto legislativo em questão parece abrigar uma concepção ilimitada da verdade, própria dos sistemas autoritários. (...)

Além disso, o artigo 3º da referida lei, que atribui ao próprio juiz – o mesmo que, mais à frente no procedimento, julgará a questão – a faculdade de realizar diligências que visam à colheita de provas, revestindo, ainda, de sigilo o resultado de tais diligências, a pretexto de resguardar a intimidade das partes. Tais disposições, ao resgatarem a figura dos juiz-inquisidor – tão característico do já ultrapassado modelo inquisitório de processo penal-, vulneram o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição da República de 1988.⁷

Em contrapartida, a Lei nº 10.217/01 alterou o artigo 1º da Lei nº 9.034/95, distinguindo, então, os delitos de organização criminosa dos delitos de quadrilha ou bando. No entanto, estabeleceu que os meios extraordinários de obtenção de provas poderiam ser aplicados em ambos. No mais, a ausência conceitual de organização criminosa persistiu e criou-se um novo problema ao estender a aplicação dos meios extraordinários de prova aos crimes de quadrilha ou bando, que possuem uma menor periculosidade social.⁸

A Convenção de Palermo, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.015/04, em fim, defini o conceito de organização criminosa. Todavia, não traz um tipo penal incriminador, apenas recomenda aos Estados partes medidas a serem tomadas no combate ao crime organizado. Assim, o artigo 2 do Decreto 5.015/04 define a terminologia de grupo criminoso organizado, nos seguinte termos:

Artigo 2

⁷JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada.** São Paulo: USP, 2010. 191 p. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 43.

⁸JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada.** São Paulo: USP, 2010. 191 p. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 48.

Terminologia

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;⁹

Por sua vez, a Lei nº 12.694/12, no art. 2º, absorve o conceito de organização criminosa estabelecido na Convenção de Palermo, somente retirando a expressão "existente há algum tempo". A lei em questão, refere-se ao processo e julgamento colegiado em primeiro grau dos crimes praticados por organização criminosa, quando houver risco à integridade física do juiz natural da causa por fatos praticados pela organização. Assim, organização criminosa, para os efeitos da lei, é a associação de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Destaca-se que a Lei 12.850/13 conceituou organização criminosa como sendo a associação de no mínimo 4 (quatro) integrantes, divergindo, portanto, do limite mínimo de 3 (três) membros, previsto na Lei 12.694/12. Nesse momento, vale registrar a lição de Pacelli que:

"Embora a Lei 12.850/13 não se refira à eventual revogação *parcial* da Lei 12.694/12, precisamente no que respeita à definição de organização criminosa, pensamos não ser mais possível aceitar a superposição de conceitos de tamanha magnitude. Do contrário teríamos que conviver com um conceito de organização criminosa especificamente ligada à formação do colegiado de primeiro grau (Lei 12.694/12), e com outro, da lei 12.850/13, aplicável as demais situações."¹⁰

⁹BRASIL, Decreto N° 5.015/04. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm> Acesso em: 06/11/14.

¹⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p.6. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.editoraatlas.com.br%2Fatl%2Fwebapp%2Fdownload_file.aspx%3Ff%3D4eK6NAIvqIXreXNoCp32prSVq39XG7u0q4wsaLsbygBiOQmU5cZAXmRhikGfSI8yjFd33ty57f0lhOh6L6dljpC7zoBB7V8vz6nObenfWJY1&ei=g5qjU9vSLZTRsASx9IDIDA>. Acesso em: 19 jun. 2014.

Diante desse breve resgate histórico, pode-se concluir que a conceituação de organização criminosa, no ordenamento jurídico brasileiro, perpassou por um profundo e tormentoso déficit estrutural. Do mesmo modo, a infiltração de agentes como meio de galgar provas não teve a devida regulamentação normativa, provocando notório prejuízo às garantias e direitos fundamentais dos investigados. Dessa forma, a Lei 12.850/13 entrou em vigor, visando por fim ao desgaste conceitual pelo qual a legislação “tupiniquim” amargurou nas últimas décadas, bem como criar critérios para a aplicação da infiltração de agentes sem incorrer em arbitrariedades.

1.2 Um novo paradigma: Conceito atual de organização criminosa

A recente Lei 12.850/13 teve como um de seus escopos a árdua tarefa de definir o conceito de organização criminosa e por fim à celeuma que se instaurou, no ordenamento jurídico brasileiro, durante as últimas décadas, em torno do tema. Assim, para a novel lei, já no seu art. 1º, § 1º, prevê que:

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.¹¹

De imediato, observa-se que o legislador optou em estruturar o conceito de organização criminosa em quatro pilares: o primeiro equivale ao número mínimo de 4 (quatro) membros os quais devem integrar a organização (aspecto quantitativo); o segundo refere-se ao *modus operandi*, que obedecerá uma estrutura ordenada e com divisão de tarefas entre seus membros (aspecto formal); o terceiro está relacionado a intenção de obtenção de vantagem ilícita (aspecto finalístico) e, por fim, a gravidade das infrações penais a serem praticadas, devendo as penas máximas serem superiores a 4 (quatro) anos, ou que as infrações sejam de caráter transnacional (aspecto qualitativo).

¹¹ BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

Destaca-se que para Eduardo Araujo da Silva a tendência contemporânea para a conceituação de crime organizado paira na mesclagem do critério estrutural, finalístico e temporal.

Todavia, observou-se que a adoção isolada de cada um desses critérios conceituais não se mostrava suficiente para delimitar com segurança um conceito de crime organizado. À vista dessa constatação, nota-se uma tendência contemporânea para a mesclagem desses critérios com a finalidade de complementá-los e evitar imprecisão na interpretação da matéria, sendo possível identificar, nesse sentido, três requisitos comuns para uma aproximação de um conceito normativo ou jurídico-penal do fenômeno: estrutural (número mínimo de pessoas integrantes), finalístico (rol de crimes a ser considerado como de criminalidade organizada) e temporal (permanência e reiteração do vínculo associativo).¹²

Ainda, a lei 12.850/13 distinguiu a organização criminosa do crime de associação criminosa. Nesse ponto, observa-se que o antigo crime de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do Código Penal Brasileiro, teve a redação alterada para associação criminosa. Assim, a definição de associação criminosa ficou estipulada como a associação 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Logo, existe um ponto em comum com a organização criminosa, ou seja, é necessário a prática reiterada de crimes (continuidade e durabilidade). Porém, os crimes podem ser de menor gravidade, pois o art. 288 do Código Penal não menciona pena máxima a ser obedecida. Por outro lado, a associação criminosa perfectibiliza-se com no mínimo 3 (três) integrantes, diferentemente da organização criminosa que precisa de no mínimo 4 (quatro).

Por fim, vale destacar que organização criminosa não se confunde com as máfias nem com grupos terroristas. Embora pratiquem crimes graves de maneira organizada, com características semelhantes ao crime organizado, as máfias possuem como atributo marcante o fato de se desenvolverem no âmbito de grupos familiares. Por isso não se deve confundir os dois organismos. Da mesma forma, os grupos terroristas se diferem das organizações criminosas, pois aqueles apresentam conotação ideológica, não havendo como finalidade primordial a obtenção de vantagens financeiras. Assim, pode-se dizer que a organização criminosa, as máfias e os grupos terroristas são espécies do crime organizado, possuindo características peculiares que não permitem situá-las em um mesmo conceito.

¹²DA SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009, p. 22.

Desse modo, o ordenamento jurídico, após longo tempo de omissão, prevê atualmente um conceito de crime organizado fundamentado em elemento quantitativo (quatro ou mais membros), formal (estrutura organizada e direcionada a prática de infrações penais), finalístico (obtenção de vantagem ilícita) e qualitativo (realização de crimes graves). Da mesma maneira, foi estabelecida distinção com o conceito de quadrilha ou bando (leia-se associação criminosa). Assim, limitou-se o uso dos meios extraordinários de prova pelo Estado punitivo, apenas contra o crime organizado e contra as extensões consolidadas na lei 12.850/13, como se verá a seguir.

1.3 Por que conceituar organização criminosa? Limitação do *jus puniedi*

Primeiramente, constata-se que o conceito por ora delimitado pelo legislador é de fulcral importância, não só para os bancos acadêmicos, mas também para o combate das organizações criminosas. De igual maneira, a definição de organização criminosa permitirá que o Estado atue contra o que vem a ser uma das vertentes do crime organizado, sem desrespeitar de modo arbitrário os direitos fundamentais dos investigados.

Por ora, cabe trazer à tona, que a lei em análise, tipificou como crime promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, culminando pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. Dessa forma, em consonância com o princípio da legalidade, ao se estabelecer como típicas os atos de atuação elencados acima, deve-se, no mínimo, deixar claro o que vem a ser organização criminosa.

De outra senda, e sendo de maior pertinência para o presente trabalho, a conceituação bem delimitada de organização criminosa, permite ao intérprete e ao aplicador do direito, trabalhar com os meios de prova, previstos na Lei 12.850/13, sem incorrer em arbitrariedades.

Os meios de prova, em especial a infiltração de agente, estabelecidos para desmantelar as organizações criminosas, notoriamente restringem os direitos e garantias fundamentais dos investigados. Com isso, a Lei 12.850/13 estabeleceu uma rígida limitação ao direito de punição estatal, ao reduzir a utilização dos meios de prova extraordinários aos crimes praticados pelas organizações criminosas, cujas

penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou aos crimes de caráter transnacional.

Faz-se imperioso destacar, nesse momento, que a Lei 12.850/13 também se aplica “I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”. Da mesma forma, aplica-se “II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional”, nos termos do art. 1º, § 2º¹³.

Dessa forma, estende-se a aplicação de todos os meios de prova, elencados no art. 3º, também aos delitos acima mencionados. Aqui, vale destacar a lição de Guilherme de Souza Nucci que faz brilhante diagnóstico sobre as duas causas de extensão de aplicação da Lei 12.850/13, que vão além dos crimes perpetrados pela organização criminosa, já vistos anteriormente.

Em face disso, o crime previsto no art. 231 do Código Penal (tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual), ainda que cometido por um só agente, admite a inserção no contexto da Lei 12.850/2013. Ilustrando, pode-se utilizar a ação controlada. Sob outro aspecto, o crime de tráfico ilícito de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33), quando transnacional, embora praticado por apenas três agentes, comporta, exemplificando, a colaboração premiada, nos termos da nova Lei 12.850/2013.¹⁴

Ainda, no que se refere à hipótese do art. 1º, § 2º:

A segunda concerne às organizações terroristas internacionais, cuja conceituação é ainda mais fluida e complexa, sendo impossível buscar um padrão único. Por isso, a lei aponta para o seu reconhecimento segundo as normas de direito internacional, que podem advir de tratado, convenção, costumes e jurisprudência de tribunais internacionais. Noutros termos, a definição de organização criminosa, prevista no art. 1º, §1., da Lei 12.850/13, não prevalece no contexto do terrorismo internacional. Ilustrando, se três terroristas se organizarem e assim forem reconhecidos pela comunidade internacional, aplica-se a novel Lei 12.850/2013, no seu

¹³ BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº-2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: Comentários à lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 18.

cenário processual.¹⁵

Ante o exposto, o atual conceito de organização criminosa e as duas causas de extensão de aplicação da Lei 12.850/13, têm como ponto marcante, limitar a utilização dos excepcionais meios de prova previstos no art. 3º. Assim, durante a persecução penal, o Estado para poder utilizar dos meios extraordinários de investigação, em particular a infiltração de agentes, deverá respeitar os limites impostos pela novel lei. Dessa forma, preserva-se os direitos fundamentais de envergadura individual dos investigados, tornando-se claro até que ponto o *jus puniedi* estatal estará albergado de legitimidade no combate ao crime organizado.

1.4 A Infiltração de agentes como meio extraordinário de prova contra as organizações criminosas

O crime organizado, como visto, tem assombrado a sociedade moderna, violando o bem jurídico da paz social e pondo em risco a segurança pública. Nesse viés, a Lei 12.850/13 previu e regulamentou a figura do agente infiltrado com a intenção de obter provas no âmago das organizações criminosas. Destaca-se que a recente lei se utilizou da infiltração de agentes como mecanismo de concretizar a persecução penal, por meio de técnica de investigação policial a ser utilizada como meio de prova. Diante disso, surge o embate entre o meio a ser utilizado para galgar provas da existência fática do crime organizado com o respeito aos direitos fundamentais individuais, que, eventualmente, possam ser lesados pela infiltração de policiais.

Nesse contexto, a infiltração tem como base por um servidor público do Estado (agente policial) dentro de uma organização criminosa, visando de forma meticulosa e dissimulada, buscar provas da materialidade e autoria dos crimes praticados pela organização. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci conceituou a figura do agente infiltrado:

O instituto da *infiltração* de *agentes* destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação possam, ingressar, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como *integrantes*, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua a estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna. Nessa atividade, o agente infiltrado pode valer-se da *ação controlada* – descrita no

¹⁵*Ibidem.*

capítulo anterior – para mais adequadamente desenvolver seus objetivos.¹⁶

Observa-se, em apertada síntese, que a Lei 12.850/13, no capítulo 2, seção III, art. 10 e seguintes, estabeleceu como requisitos para a infiltração de agentes alguns cuidados específicos. A preocupação pautou-se na necessidade de limitar a atuação estatal no uso de instrumento invasivo aos direitos fundamentais individuais, quando o intento é fomentar um juízo condenatório.

À vista disso, apenas agente policial federal ou estadual poderão ser inseridos nas organizações criminosas. Assim, não é cabível infiltrar policiais militares, agentes de inteligência de outros órgãos diversos da polícia, ou civis dentro das organizações criminosas, cabendo tal mister exclusivamente à polícia judiciária investigativa.

Por sua vez, deve-se respeitar uma investigação formal, ou seja, é essencial a instauração de inquérito policial, em caráter sigiloso, para que se faça a infiltração. Para tanto, será necessário representação do delegado de polícia ou o requerimento do *parquet* para a instauração do inquérito. Caso seja feita a representação pelo delegado de polícia, o Ministério Público deverá ser ouvido. Em ambos os casos, o delegado deverá se manifestar de maneira técnica, informando a viabilidade da operação e a real necessidade de empregá-la.

Após, a infiltração passa pelo crivo da análise do magistrado, que diante de razões fundadas, autorizará ou não de forma fundamentada e racional a utilização desse meio de prova. A decisão do juiz, em caso de autorização, deverá se ater ao máximo de detalhes possíveis a serem seguidos pelo agente policial, prevendo, sempre que possível, o espaço de atuação e a intensidade de suas condutas. Aqui, colaciona-se a ressalva elaborada por Pacelli ao afirmar que “o alcance da tarefa dos agentes, o que somente poderá ser objeto de *especulação*, até por que, em princípio, nada se saberá acerca do modo em que será recebida a infiltração pela organização criminosa”¹⁷.

Após ter sido autorizada a infiltração, o juiz realizará o controle externo da

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: Comentários à lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

¹⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p.38. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.editoraatlas.com.br%2FAtlas%2Fwebapp%2Fdownload_file.aspx%3Ff%3D4eK6NAIvqIXreXNoCp32prSVq39XG7u0q4wsaLsbygBiOQmU5cZAxmRhikGfSI8yjFd33ty57f0lhOh6L6dljpC7zoBB7V8vz6nObenfWJY1&ei=g5qjU9vSLZTRsASx9IDIDA>. Acesso em: 19 jun. 2014.

legalidade dos atos praticados durante o curso da diligência e também analisará a necessidade de sua manutenção. Diante disso, poder-se-ia afirmar que a imparcialidade do juiz, uma vez que sua atuação se aproxima do sistema inquisitório, estaria maculada. Porém, acompanha-se a observação feita por Guilherme de Souza Nucci:

Cabe ao juiz, que acompanha o desenvolvimento da investigação criminal, autorizar a infiltração de agentes em organização criminosa. Poder-se-ia argumentar não ser ideal a participação ativa do magistrado nesta fase da investigação criminal, porque ele poderia comprometer a sua isenção. Tal alegação, em nosso entendimento não é válida: a) o juiz que acompanha qualquer inquérito, no Brasil, como regra, não é o mesmo a julgar o feito; b) nas Comarcas menores, onde o juiz exerce todas as funções, deve atuar com a mesma imparcialidade que lhe é exigida quando decreta uma quebra de sigilo, uma interceptação telefônica ou uma prisão temporária, durante o inquérito, para, depois receber eventual denúncia e julgar o caso; (...).¹⁸

Ainda, é imperioso existir indícios fortes de materialidade, mediante um mínimo de lastro probatório que demostre a existência da organização criminosa. Registre-se que a infiltração deve ser vista como a *ultima ratio* das medidas investigativas, não sendo, portanto, possível produzir a prova de outro modo. Por fim, deve-se obedecer o prazo máximo de seis meses para a implementação das diligências, cabendo novas prorrogações, desde que devidamente motivadas pelo juízo.

Dessa forma, a novel Lei 12.850/13 estabeleceu requisitos sólidos a serem observados, quando da autorização e manutenção da infiltração de agentes policiais, sob pena de o meio de prova revestir-se de flagrante ilegalidade, não podendo ser aproveitado na fase processual. Assim, deve-se respeitar rigidamente as atuais limitações impostas ao poder estatal, para que se possa utilizar a infiltração de agentes como meio extraordinário de obtenção de prova contra as organizações criminosas.

1.5 Responsabilidade penal do agente infiltrado

Respeitando-se tais premissas, o inquérito policial cujo objetivo é a investigação de organizações criminosas com a utilização de agentes infiltrados, estará legalmente constituído. Porém, surge a seguinte indagação de ordem prática:

¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: Comentários à lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.76.

Como será a responsabilidade penal do agente infiltrado em relação as suas condutas criminosas praticadas no âmbito da investigação? Nessa perspectiva, a Lei 12.850/15, no seu art. 13, parágrafo único, previu:

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

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.¹⁹

Frente a tal dispositivo, extrai-se que o agente infiltrado, ao efetuar diligências no núcleo da organização criminosa, poderá praticar infrações penais, desde que sejam proporcionais às investigações. Nesses termos, é a balizada doutrina de Tucci:

A infiltração de agentes policiais no crime organizado permite, por razões óbvias, que o referido infiltrado participe ou até mesmo pratique algumas infrações penais, seja para mostrar lealdade e confiança nos líderes, seja para acompanhar os demais.²⁰

Como visto, a permissão dada, atualmente, ao agente infiltrado poder praticar crime, desde que obedecida à devida proporcionalidade, configura-se, conforme previsto no art. 13, verdadeira inexigibilidade de conduta diversa, excluindo, portanto, a sua culpabilidade. Diante disso, a conduta praticada pelo agente será típica e ilícita, porém, ocorrerá a isenção da pena.

Assim, não se está a exigir ato de heroísmo do agente infiltrado, devendo, no caso concreto, quando não houver outro comportamento menos danoso, optar com prudência na escolha dos bens a serem sacrificados. Nesse sentido, colaciona-se os ensinamentos de Bitencourt:

Enfim, após constatada a tipicidade e antijuridicidade da conduta, passar-se-á à análise da culpabilidade, que, contudo, poderá, eventualmente, caracterizar inexigibilidade de conduta diversa, elemento sem o qual não haverá culpabilidade. Exemplo típico dessa situação poderá ocorrer na chamada colisão de deveres, onde o agente deve optar por uma alternativa, isto é, pelo cumprimento de um dever em detrimento de outro, e a sua escolha pode não recair exatamente naquela mais adequada aos fins do

¹⁹ BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº-2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: Comentários à lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.82.

Direito, mas, nas circunstâncias, por razões pessoais de tal significação, ser-lhe-ia impossível exigir um comportamento diverso, a não ser que se lhe exija um ato de heroísmo. A colisão de deveres pode, como veremos no tópico seguinte, configurar uma espécie de estado de necessidade, na medida em que todo dever está vinculado a um determinado bem jurídico.²¹

Nada mais justo, uma vez que atuando no âmago da organização criminosa, precisará conquistar a confiança, bem como agir de forma congruente com os seus membros. Em outros termos, terá que praticar crimes em nome do grupo e para o grupo, caso queira alcançar a devida eficácia na produção de provas. Aqui, a lógica estabelecida por Eugenio Pacelli de Oliveira toma sua devida importância:

Nesse passo, teríamos a seguinte equação: quanto mais baixa a posição do infiltrado na organização, menor a possibilidade de sua participação direta nos delitos. E vice-versa.

Todavia, outra operação se impõe no mesmo plano lógico: quanto menor a participação do agente, menor a sua importância para fins de coleta de provas! É vice-versa também! Ou seja, a indispensabilidade da atuação do infiltrado balançaria conforme o grau de exigibilidade de sua participação nos eventos.²²

Nessa esteira, pode-se concluir junto com Pacelli que no Brasil:

Parece-nos evidente que as organizações criminosas para as quais se pretende a infiltração de agentes não são aquelas que efetivamente causam maiores danos à sociedade brasileira. Para essas, talvez, as medidas de infiltração sequer seriam eficazes, tendo em vista o avanço e o grau de sofisticação de sua estrutura criminosa. O alvo parece ser outro, mas empobrecido e, por isso, mais acessível e permeável a tais ações.²³

Diante disso, não obstante se compreenda que a infiltração - sem atuação profunda e duradoura do agente - possa ter pouca eficácia em relação às organizações criminosas de grande periculosidade, em decorrência do grau de sofisticação de sua estrutura criminosa. Neste trabalho, far-se-á essencial esforço hermenêutico, visando compreender a eventual importância para a coletividade, bem como o grau de lesividade para os direitos humanos individuais, quando ocorrer a infiltração nessas complexas organizações, todavia com atuação enérgica do agente e por longo período de tempo.

²¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 414.

²²OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p.33. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.editoraatlas.com.br%2Fatlas%2Fwebapp%2Fdownload_file.aspx%3Ff%3D4eK6NAIvqIXreXNoCp32prSVq39XG7u0q4wsaLsbygBiOQmU5cZAxmRhikGfSI8yjFd33ty57f0lhOh6L6dljpC7zoBB7V8vz6nObenfWJY1&ei=g5qjU9vSLZTRsASx9IDIDA>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²³ *Ibidem*, p. 35.

Assim, a presente pesquisa está pautada na infiltração de agentes de forma intensiva nas grandes e perigosas organizações criminosas, devendo o policial penetrar e agir de maneira profunda e duradoura na organização. Nota-se a complexidade da tarefa e o alto grau de exposição que está submetido o agente.

Como visto alhures, é nessa modalidade de infiltração que paira a maior eficácia na obtenção de provas, mas em contrapartida, exige-se do agente do Estado intensa atuação criminosa. Ainda, conforme Pacelli, a indispensabilidade na utilização da figura do agente infiltrado estaria situada justamente na infiltração intensiva. Sendo assim, parte-se, neste momento, para uma análise fulcrada nos direitos humanos individuais atingidos pelas condutas criminosas praticadas pelos agentes infiltrados de forma intensiva nas perigosas organizações criminosas.

1.6 Consequências da infiltração de agentes: Lesão aos bens jurídicos dos administrados (sociedade em geral) e o garantismo “integral”

Primeiramente, as infrações que podem ser realizadas pelos agentes infiltrados deverão figurar, como visto, de maneira proporcional às investigações realizadas. Por exemplo, mostra-se proporcional o agente cometer uma falsificação de moeda e/ou de documento quando estiver imerso em uma organização criminosa voltada a realização de crimes financeiros e/ou tributários. Por outro lado, resta totalmente desproporcional a prática de um homicídio para adquirir confiança dos líderes dessas mesmas organizações.

Todavia, há casos que se demonstram paradigmáticos, cita-se a possibilidade do agente praticar crimes contra a dignidade sexual (estupro) ou até mesmo contra a vida (homicídio), ao atuar em organizações criminosas de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual ou em organizações direcionadas ao tráfico de drogas. Poder-se-ia dizer que a conduta do agente infiltrado ao praticar tais crimes, a depender das peculiaridades do caso concreto, estaria albergada sobre o manto da proporcionalidade.

Em decorrência disso, qual conduta seria exigível do agente infiltrado intensamente em uma organização criminosa de tráfico de drogas, quando for exigida pelos membros do grupo a morte de um arque rival? Neste caso seu disfarce estaria posto em jogo e, conseqüentemente, sua vida estaria em perigo, caso não cometesse o crime de homicídio. Logo, não seria exigível conduta diversa, além da

consumação do delito.

Assim, embora, em tese, compreenda-se como proporcional a conduta do agente que resultou na consumação do tipo penal do homicídio, não se pode olvidar a lesividade que tal conduta acarreta aos direitos humanos individuais dos administrados, no caso, a vida. Diante disso, a infiltração de agentes parece ser de duvidosa constitucionalidade.

Poder-se-ia dizer que, na visão do garantismo penal “unidimensional”, aqui, surgiria uma grande perturbação aos direitos individuais, causando séria e injusta limitação às liberdades individuais, mediante o uso do poder punitivo estatal. Logo, exaltando o bem jurídico maior que é a vida, estar-se-ia sendo utilizado um meio de prova manifestamente inconstitucional, por ferir os valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

De outra forma, faz-se necessário colacionar a crítica realizada por Vlamir Costa Magalhães ao considerar que se presencia, atualmente no Brasil, uma visão fetichista dos direitos individuais. Para Magalhães, parte da doutrina científica brasileira, defende de forma exacerbada as garantias individuais, levando muitas vezes a empecilhos no combate ao crime organizado. A crítica está fundamentada, no uso distorcido da teoria clássica de Luigi Ferrajoli, limitando-se apenas à atuação negativa do Estado diante das liberdades individuais.

Contudo, com tal crítica, não se estaria a defender a persecução penal arbitrária do Estado. Não há dúvidas que o Direito Penal deve ter uma intervenção mínima no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando ao máximo as garantias individuais. Por outro lado, a persecução penal não pode ser ineficiente, deixando ao avilte a proteção dos interesses coletivos.

Desta maneira, é fundamental haver um equilíbrio entre a atuação positiva do Estado na defesa dos direitos fundamentais coletivos com a defesa dos direitos de cunho individual. Assim, esclarece Magalhães:

O tradicional garantismo penal negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, denominada de função liberal iluminista, ao passo que a visão mais atual preconiza a existência de um duplo viés (negativo e positivo) na teoria garantista. Este último aspecto é sustentado no neoconstitucionalismo – *locus* da própria construção da moderna teoria do bem jurídico-penal (STRECK,2009, p.51) - e numa nova visão sobre o princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público (sobretudo os normativos), possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso; e, de outro, a proibição de proteção ineficiente. É exatamente o mandamento proibitivo de proteção deficiente que impede

que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude.²⁴

É indubitável que as organizações criminosas são responsáveis por lesar severamente os mais diversos bens jurídicos sociais e individuais. Pode-se destacar, a paz pública, o direito à vida, a proteção do patrimônio, o direito à saúde pública e à dignidade sexual como apenas alguns dos bens jurídicos seriamente atingidos pelo crime organizado. Sendo assim, o Estado está legitimamente obrigado a proteger tais bens jurídicos com eficiência.

Nesse sentido, estrutura-se os pilares do garantismo penal “integral” com a finalidade de harmonizar os valores coletivos com a proteção dos direitos individuais, sendo dever do Estado a proteção de todos os direitos fundamentais de maneira equilibrada, ponderando, por sua vez, o real sentido da norma. Assim sendo, sob a ótica do garantismo penal integral a utilização do agente infiltrado não deve ser vislumbrada pelo viés estritamente individual dos direitos humanos. O Estado deve atuar de maneira ampla diante das formas de criminalidade moderna, protegendo de modo integral tanto os bens jurídicos difusos, quanto os bens jurídicos individuais.

A partir das considerações tecidas, é imprescindível destacar as lições de Ingo Wolfgang Sarlet que, ao tratar da titularidade dos direitos fundamentais, ensina não haver distinção entre direitos individuais e sociais em razão da titularidade, mas a diferença recai na natureza do objeto do direito em cada caso.

O que há de ser devidamente enfatizado, é a circunstância de que direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam eles sociais, econômicos e culturais (assim como ambientais, em certo sentido), são sempre direitos referidos em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência. Possivelmente o exemplo mais contundente desta titularidade individual dos direitos sociais esteja atualmente associado ao assim designado direito (garantia) ao mínimo existencial, por sua vez, fundado essencialmente na conjugação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, e que, precisamente esta fundamentação, não pode ter sua titularidade individual afastada, por dissolvida numa dimensão coletiva.²⁵

Como visto, a titularidade de todos os direitos humanos, em especial os

²⁴MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v.17, n.29, p. 190, dez.2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/205/205> Acesso em: 19 jun. 2014.

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 217.

direitos coletivos, tem como fundamento a proteção da pessoa considerada individualmente. Portanto, quando o Estado utiliza o agente infiltrado como meio de angariar provas e, conseqüentemente, dismantelar as organizações criminosas, visando proteger os direitos transindividuais, na verdade, está a assegurar conjuntamente os direitos fundamentais individuais.

Frente ao exposto, a novel Lei 12.850/13 autorizou o agente policial a praticar condutas ilícitas, quando infiltrado em organizações criminosas, podendo, em tese, até mesmo lesar bens jurídicos como a vida e a dignidade sexual, por meio de torturas, homicídios e estupros, desde que obedecida a devida proporcionalidade. Assim, não se pode esquecer que os direitos de cunho liberal e de envergadura constitucional dos administrados (todos os cidadãos) sofrem sérias limitações com o uso desse meio de prova.

Por outro lado, previu-se um extraordinário meio de prova que, se utilizado com prudência e respeito às limitações legais impostas, poderá servir como instrumento no combate ao crime organizado de caráter extremamente perigoso e violento. Dessa forma, garantir-se-ia a proteção de direitos humanos fundamentais de envergadura coletiva e os direitos individuais dos administrados.

2 INFILTRAÇÃO DE AGENTES: RELATIVIZANDO OS DIREITOS INDIVIDUAIS DOS INVESTIGADOS

Ultrapassado o ponto relativo a responsabilidade penal do agente infiltrado, bem como as consequências que as condutas ilícitas praticadas por ele possam causar na esfera de direitos individuais dos administrados (sociedade em geral). Passa-se a averiguar a restrição causada com a utilização de tal instrumento aos direitos e garantias individuais dos investigados (membros da organização criminosa). Por outro lado, observar-se-á a obrigação do Estado de conduzir uma investigação sólida com o intuito de desenvolver provas suficientes para comprovar a materialidade dos crimes perpetrados pela organização criminosa e desvendar os autores de tais delitos.

2.1 Direito de não produzir prova contra si mesmo

O direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) está intimamente interligado com outros princípios constitucionais como, por exemplo, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), o princípio da ampla defesa (art. LV) e o princípio do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). **Assim, a priori, ninguém é obrigado a se auto-incriminar, fornecendo involuntariamente qualquer tipo de elemento que o inclua direta ou indiretamente na prática delitiva.**

Destaca-se que o princípio da presunção de inocência subsiste para, no âmbito das investigações policiais, reduzir as medidas que restrinjam os direitos dos investigados, proporcionando-lhes segurança contra intervenções abusivas do Estado. Assim, Aury Lopes Jr. manifesta-se:

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue FERRAJOLI, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.²⁶

²⁶JR., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

Em relação ao direito de manter-se em silêncio, a Constituição Federal, no seu art. 5º, LXIII, determina que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer em silêncio. Por sua vez, o Código de Processo Penal prevê no seu art. 186 que, antes de iniciar o interrogatório, o Juiz indicará ao réu o seu direito de permanecer em silêncio. O eventual silêncio do réu não importará em presunção de culpabilidade, não podendo ser usado em seu desfavor. Salienta-se a observação de Pacelli acerca da necessidade de a autoridade policial informar ao investigado o seu direito de manter-se em silêncio:

Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, caput, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, *Miranda vs. Arizona*, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC no 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.4.1999. Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a *ratio essendi* da norma.²⁷

Já quanto ao direito de autodefesa, decorrente do direito à ampla defesa, pode ser subdividido em autodefesa positiva ou negativa. Assim, conforme explana Aury Lopes:

Já a defesa pessoal ou autodefesa é a possibilidade de o sujeito passivo resistir pessoalmente à pretensão acusatória, seja através de atuações positivas ou negativas. A autodefesa positiva deve ser compreendida como direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais etc. A defesa pessoal negativa, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito de o imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (direito de calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais etc.) (...).²⁸

Tecida tais considerações, poder-se-ia afirmar que a infiltração de agentes está revestido pela manta da inconstitucionalidade por ferir o princípio do *nemo tenetur se deteger*. É indubitável que, durante as diligências da infiltração, o investigado atuará fortemente na produção de provas contra si mesmo.

Diante disso, o agente infiltrado, após conquistar a confiança da organização

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 388.

²⁸ JR., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435.

criminosa, fará parte dela, tendo contato íntimo com as atividades ilícitas. Sendo assim, os membros da organização desvendarão as tarefas realizadas pelo grupo, como por exemplo, o seu *modus operandi*, atuando-se, portanto, ativamente na produção de provas que serão usadas em seu desfavor. De modo mais claro, confessariam sua própria culpa.

Indo mais além, seria possível indagar, por conjectura, que a atuação do agente infiltrado faria as vezes de um interrogatório camuflado, pois o agente policial faz contato direto com os membros da organização criminosa, retirando informações incriminadoras, porém, sem informar ao investigado o seu direito de manter-se em silêncio.

Dessa forma, embora tentador, tal raciocínio não parece ser o mais correto, uma vez que exaure por completo a utilização da infiltração de agentes como meio extraordinário de prova, em detrimento de uma análise inflada das liberdades individuais. Não parece ser crível comparar as informações prestadas pelos membros da organização criminosa ao agente infiltrado com o interrogatório prestado frente a autoridade policial ou do magistrado. Saliencia-se que o inciso V do art. 6º do CPP remete a autoridade policial ao art. 185 e seguintes, ressalvando a sua observância “no que for aplicável”.

2.2 Direito à ampla defesa e ao contraditório

A ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais previstos expressamente no art. 5º, LV, da Constituição Federal do Brasil de 1988. Pode-se dizer que, além de direitos fundamentais, são garantias básicas de todos os cidadãos envolvidos em processo judicial ou em processo administrativo. Assim, para se garantir o devido processo legal e, conseqüentemente, um julgamento justo é necessário proporcionar, oportunamente, a ampla defesa e o contraditório aos envolvidos na fase processual, bem como, no que couber, na fase investigativa.

A infiltração de agentes será autorizada, no âmbito da investigação policial, com o intuito de levantar provas da materialidade e autoria dos delitos praticados pelas organizações criminosas. Para tanto, o delegado de polícia instaurará inquérito policial prevendo a utilização da infiltração de agentes, após a oitiva do Ministério Público e diante de motivada autorização judicial.

Destaca-se que o inquérito policial é um procedimento pré-processual de

natureza inquisitiva, não estando formada ainda a relação jurídica entre o agente titular da ação penal (Ministério Público ou querelante), com a parte ré acusada de autoria de determinado ato tipificado como crime, ambos sob os auspícios de um órgão julgador equidistante delas. O que há de fato é um procedimento investigatório responsável por colher informação capaz de proporcionalizar um suporte probatório para uma eventual proposição da ação penal.

Em virtude disso, a defesa do investigado é limitada nessa fase, porém não eliminada por completo. Vislumbra-se tal situação com a previsão do art. 14 do Código de Processo Penal ao estabelecer que o ofendido e o indiciado poderão requerer medidas investigativas, porém, cabe ao delegado de polícia acolher tais manifestações. Ainda, a autoridade policial poderá negar a realização de perícia requerida pelo investigado, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade (art. 184, CPP). No entanto, há diligências que não poderão ser negadas ao indiciado pelo delegado, como é o caso do pedido de realização de exame de corpo de delito para demonstrar a materialidade dos crimes que deixam vestígios.²⁹

Outra característica do inquérito policial que reduz a ampla defesa e o contraditório do investigado é o seu caráter sigiloso. Assim, a dicção do art. 20 do CPP estabelece que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.” Salieta-se que o caráter sigiloso do inquérito se estende às pessoas estranhas ao procedimento (público em geral), não se aplicando por óbvio ao Ministério Público que possui a função de controle externo da atuação policial, bem como ao juiz que é responsável por garantir o cumprimento das garantias do investigado.

Por outro lado, o advogado possui a liberdade de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”, conforme se desprende do art. 7º, XIV, da Lei 8.906/1996 (Estatuto da Advocacia e da OAB). A Súmula Vinculante 14 do STF reforçou o direito do investigado a ter acesso amplo aos elementos de prova já produzidos na fase investigativa por meio do seu advogado. Assim, “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

²⁹AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 166.

judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Dessa forma, embora se compreenda que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza o acesso aos autos do inquérito policial pelo advogado do investigado, entretanto não deve ser estendido o alcance às diligências ainda não realizadas. Assim, o investigado possui o direito de acompanhar as diligências já findas, o que aumenta a garantia da ampla defesa na fase inquisitorial. Por outro lado, esse direito não tem força de albergar as medidas investigativas ainda em curso.

No mesmo sentido, o art. 23 da Lei 12.830/13³⁰ estabelece que “o sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, 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.”

Tal dispositivo, parece ter pecado pelo excesso, uma vez que prevê a necessidade de autorização judicial para que se possa ter acesso as diligências já produzidas. Dessa forma, o advogado deverá dirigir-se ao magistrado com o fito de obter uma ordem judicial para, só assim, poder valer do seu direito de amplo acesso aos elementos de prova já realizados (Súmula Vinculante 14 do STF).

De outra forma, destaca-se que a infiltração de agentes pela sua própria natureza não permite o acesso do advogado às diligências em curso. Não resta dúvidas que a eficácia na utilização de agentes infiltrados paira justamente no absoluto sigilo da operação, caso contrário não surtiria nenhum efeito prático, pois os membros da organização criminosa não desvendariam suas condutas criminosas a um policial. Ainda, é inegável que a vida do agente infiltrado estaria em perigo, uma vez descoberta sua identidade. Desse modo, a publicidade do inquérito policial, durante o seu desenrolar, com o uso da infiltração de agentes, deve ser restrita, em caráter sigiloso, apenas ao delegado de polícia, ao membro do Ministério Público e ao juiz competente.

Registre-se que a determinação do sigilo do inquérito policial não irá tolher o

³⁰BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

direito a ampla defesa do cidadão, apenas tem o condão de limitar a ampla defesa do investigado na fase de investigação, referente às medidas ainda não realizadas, respeitando, desse modo, o interesse público envolvido. Assim, o contraditório é diferido para o futuro, possibilitando a ampla defesa do acusado na fase processual.

Diante disso, a Lei 12.850/13, no art. 12,³¹ determinou que o “pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.”

Frente a necessidade de sigilo do inquérito policial, algumas providências deverão ser tomadas para manter o absoluto sigilo das investigações, bem como da segurança do agente infiltrado. Dentre elas, o §1º do art. 12, determina que o pedido com as informações da necessidade da infiltração de agentes será remetido diretamente ao magistrado o qual deverá, após a oitiva do Ministério Público (na hipótese de não ter requerido o pedido), decidir em 24 (vinte e quatro) horas. Assim, o juiz deverá, nesse momento, tomar o cuidado de limitar ao máximo o acesso dos servidores do cartório às informações do pedido de infiltração do agente.

Por fim, tipificou, no seu art. 20, como crime o descumprimento da determinação de sigilo nas investigações envolvendo agentes infiltrados, estipulando pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Dessa forma, o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório está garantido limitadamente na fase de investigação policial. O advogado, no interesse de seu cliente, poderá ter acesso apenas às diligências já realizadas no inquérito policial. Por outro lado, a infiltração de agentes em decorrência de sua natureza não permite que o advogado acompanhe às medidas a serem realizadas na fase pré-processual. Portanto, faz-se necessário decretar o sigilo do inquérito policial, quando se utiliza o instituto da infiltração de agentes, impossibilitando, assim, que o investigado tenha acesso às diligências não findas.

2.3 Direito à intimidade e à vida privada

³¹ BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

O direito fundamental à intimidade e à vida privada é consectário do art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, estando interligado aos ideais do liberalismo burguês. Tem como objetivo a proteção das liberdades individuais e a garantia da dignidade humana, fazendo parte dos chamados direitos de primeira geração. Tal direito, em decorrência de sua relevância é classificado como direito da personalidade, inerente, pois, ao próprio homem.

Destaca-se que a diferença conceitual entre intimidade e vida privada, não está delimitada, uniformemente, na doutrina ou na jurisprudência, conforme aponta Paulo Gustavo Gonet Branco:

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade -, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.³²

De qualquer forma, é imperioso atentar-se ao fato de que a infiltração de agentes ocasiona a limitação do pleno gozo dos direitos fundamentais à vida privada e à intimidade dos investigados. Assim, ao imergir o policial no âmago da organização criminosa estará afetada a intimidade dos membros desta, pois aquele terá acesso ao conjunto de informações referentes à vida pessoal, hábitos, vícios, sentimentos e segredos desconhecidos até mesmo da própria família, como por exemplo, a predileção de praticar condutas criminosas. No que se refere a vida privada, o agente infiltrado terá amplo contato com os membros da organização criminosa, conhecerá, portanto, a rotina, o modo de viver e de se comportar, bem como explorará as condutas praticadas por cada um deles. Note-se que a aquisição de tais informações só é possível em decorrência da confiança adquirida pelo agente infiltrado, mediante a utilização de atitudes dissimuladas a fim de perpetuar o seu disfarce.

No entanto, apesar de o direito à intimidade e à vida privada seja de fulcral importância para a consecução da dignidade humana, não se pode encará-lo como direito absoluto. Assim, deve-se analisar o direito à intimidade e à vida privada em

³²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 420.

harmonia com a eficácia na persecução penal. Dessa forma, configura-se inegável que tal direito não pode ser invocado para esvaziar a punição das organizações criminosas que em decorrência da sua natureza provocam sérios prejuízos à paz social e à segurança pública. Nesse sentido, conta Paulo Gustavo Gonet Branco:

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de “ser deixado só”.³³

Sendo assim, surge verdadeira colisão de direitos em sentido amplo. Por um lado, está em relevo o direito à intimidade e à vida privada do membro da organização criminosa como garantia individual de limitação da atuação estatal, e, de outro, a imprescindibilidade de manter a segurança do Estado frente a atuações do crime organizado. Nesse sentido, proferem-se as palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. (...) Finalmente, mencionem-se as colisões em sentido amplo, que envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes. Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v.g., à utilização da água ou à defesa de um meio ambiente equilibrado. Da mesma forma, não raro surgem conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor constitucional.³⁴

Diante disso, após um juízo de ponderação, parece ser imprescindível, nesse caso, a prevalência do valor constitucional da concretização eficiente do *jus puniend* no combate aos crimes praticados pelas organizações criminosas. Logo, ocorrerá, após o fiel cumprimento de todos os requisitos impostos pela Lei 12.850/13, que são absolutamente necessários para a autorização e manutenção da infiltração de agentes, inevitável limitação do direito à intimidade e à vida privada do investigado, em detrimento da busca de elementos probatórios suficientes para dismantelar a

³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 424.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 376.

organização criminosa, tudo em prol da guarida do interesse coletivo.

Todavia, logicamente, não se está a defender a imersão total e desmedida do agente infiltrado na intimidade e vida privada do membro da organização criminosa, mas sim somente naquelas atividades relacionadas a empreitada criminosa. Evidentemente, na prática, será difícil fazer essa separação. Dessa forma, “de ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.³⁵

Desse modo, é inegável que o direito à intimidade e à vida privada são valores protegidos a nível constitucional, visando a garantia da dignidade humana. Todavia, não há como averiguar tal direito de maneira absoluta e distanciado de outros valores também protegidos constitucionalmente. Assim, para viabilizar a utilização da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas o direito à intimidade e à vida privada deve ser analisado em harmonia com o dever de o Estado atuar com eficiência na proteção da segurança pública, porém, sem exaurir por completo o núcleo essencial daquele direito fundamental.

2.4 Postulado da proporcionalidade: É necessário, adequado ou proporcional em sentido estrito o uso do agente infiltrado?

Vale destacar, nesse espaço, que o princípio da proporcionalidade não é encarado na doutrina de maneira linear. O duplo viés, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, pode ser analisado por diversos ângulos de abordagem. Assim, a proibição de medidas excessivas por parte do Estado pode ser desvinculada do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, Humberto Ávila considera que o postulado normativo da proibição de excesso é investigado separadamente do postulado da proporcionalidade. Para clarear o raciocínio, postulados normativos são normas metódicas responsáveis pela aplicação de outras normas (metanormas), servindo

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 350.

como orientação ao aplicador do direito.

Assim, o postulado da proibição de excesso é considerado como postulado inespecífico ou incondicional, pois seria apenas ideias gerais sob determinado instituto. Com isso, a proibição de excesso é abordado como a proibição da restrição excessiva de qualquer direito fundamental. Dessa forma, o núcleo essencial de um direito fundamental deve ser inviolável, proibindo o Estado de atuar nessa zona intransponível.

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.³⁶

Diante disso, a proibição de excesso limita a atuação do *jus puniendi* na busca de provas contra a organização criminosa. O Estado não poderá retirar o “coração” do direito fundamental atingido pela medida da persecução penal, sob pena de perecer o mínimo essencial de direito a ser protegido por um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o postulado da proporcionalidade é examinado como postulado específico ou condicional, sendo aplicado nas situações de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis (meio e fim)³⁷. No mesmo viés do postulado da proibição de excesso, a proporcionalidade também é utilizado no combate à prática de atos arbitrários pelo Estado. No entanto, deverá existir necessariamente a relação de causalidade entre um meio e um fim.

Com tal característica, o meio é a medida concreta utilizada para se alcançar um determinado fim. O fim é o resultado concreto a ser atingido, segundo um estado desejado de coisas. No presente estudo, o meio pode ser visto como a técnica extraordinária de obtenção prova intitulada como infiltração de agentes, prevista e regulamentada pela Lei 12.850/13. O fim seria as provas a serem almejadas, referentes ao conhecimento dos membros e da estrutura orgânica de funcionamento

³⁶ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 158.

³⁷*Ibidem*, p. 173.

das organizações criminosas. Por fim, a relação entre o meio e o fim se daria com as vantagens e desvantagens da utilização da infiltração de agentes e os impactos, positivos ou negativos, nos direitos fundamentais de alcance tanto individual quanto coletivo.

Por sua vez, o postulado da proporcionalidade é abordado por três ângulos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação é a eficácia que um meio tem para promover o fim, não sendo necessário ser o meio mais intenso, o melhor ou o mais seguro. Assim, “até o momento, basta reconhecer que o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que esse não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro.”³⁸

A organização criminosa, como visto alhures, causa sérios danos aos bens jurídicos da sociedade, cabendo ao Estado impedir a concretização de tais consequências. A infiltração de agentes, no âmbito da investigação policial, foi escolhido como um dos meios para galgar provas e, conseqüentemente, reprimir a atuação das organizações criminosas. Bem ou mal, é um meio adequado a concretizar o fim almejado, tendo em vista que o agente infiltrado terá contato direto com a empreitada criminosa, podendo descobrir a participação delitiva exata de cada membro atuante. No mais, há expressa previsão e regulamentação legal, decorrente de um devido processo legislativo.

Por sua vez, ao verificar a necessidade de uma medida, observar-se-á se há algum outro meio menos restritivo aos direitos fundamentais, dentre todos àqueles adequados e disponíveis para promover a finalidade. Assim, compara-se o grau de restrição de um direito fundamental com a promoção da finalidade pública cobiçada.

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.³⁹

A tarefa não é a das mais fáceis, como bem salienta Humberto Ávila:

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 179.

³⁹ *Ibidem*, p. 182.

O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente. Além disso, a distinção entre os meios será em alguns casos evidente; em outros, obscura. Por último, mas não por fim: alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os outros com ele relacionados, enquanto outros meios promoverão em menor intensidade o fim em exame, mas com mais intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico.⁴⁰

Em relação ao combate das organizações criminosas, poder-se-ia indagar que existem outros meios também adequados a atingir os mesmos fins da infiltração de agentes, porém, com menor restrição aos direitos fundamentais individuais. Assim, a título de exemplo, a interceptação telefônica e a quebra de sigilos fiscais e bancários poderiam servir como instrumentos na luta contra o crime organizado.

No entanto, como visto, a comparação entre dois meios adequados para o mesmo fim envolve certa complexidade. Evidentemente, a infiltração de agentes é medida drástica, causando limitações profundas nos direitos individuais dos investigados. Ainda, caso venha o agente praticar um crime, no âmbito da investigação e para fins dela, desde que a conduta seja proporcional ao exigido na situação concreta, também haveria violação aos direitos fundamentais dos administrados em geral. Como visto em momento pretérito, o agente infiltrado poderá praticar, em tese, os mais diversos crimes de natureza grave como o homicídio, a tortura ou o estupro, desde que não seja exigido conduta diversa na situação específica.

A interceptação de sigilo telefônico e a quebra de sigilos fiscais ou bancários, notoriamente, também causam limitações aos direitos dos investigados. Talvez, em uma envergadura menor do que a utilização de agentes infiltrados. Apesar disso, o nível de eficácia desses dois institutos, a depender do caso específico, poderá ser menor do que a utilização da infiltração de agentes.

Assim, por conjectura, no caso das organizações criminosas estruturadas de maneira altamente articulada e hierarquizada, as interceptações telefônicas

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 183.

poderiam ser de pouco valor, tendo em vista que os “chefões” estariam protegidos por uma teia hierárquica de difícil acesso. Além disso, essas organizações criminosas possuem acessos aos sofisticados meios tecnológicos que em muitas vezes são capazes de burlar as interceptações telefônicas.

Ainda, a quebra de sigilos fiscais em determinadas organizações possuem duvidosa eficácia, pois dificilmente o dinheiro angariado pela prática do crime é declarado e, aquele que for, sofreria meticuloso processo de lavagem, dificultando o conhecimento de sua origem ilícita.

Diante disso, medir milimetricamente qual o meio, dentre todos os adequados para o fim proposto, que seja o menos drástico aos direitos humanos é tarefa hercúlea. Cabe ao legislador fazer esse juízo de valor, evidentemente sem incorrer em excessos. Dessa forma, o Poder Judiciário poderia invalidar determinada medida por não ser adequada ou necessária ao fim proposto, apenas em situações excepcionais, ou seja, quando for manifestamente inadequada a medida utilizada e/ou danificar o núcleo essencial do direito fundamental em questão.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é abordada como a relação, em um mesmo plano, entre as vantagens proporcionadas pela utilização do meio, com as consequentes desvantagens surgidas em decorrência de seu uso. Assim, para que um meio seja proporcional em sentido estrito, as vantagens proporcionadas com a implementação efetiva do meio terão que, no mínimo, equivaler as desvantagens geradas. Em outras palavras, a finalidade pública a ser cobiçada é tamanha, que deverá superar a todos os efeitos negativos suportados pela sociedade. De uma forma mais clara, ganha-se mais com o uso do meio ou as desvantagens superam os ganhos? Nesse sentido, manifesta-se Humberto Ávila:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais as desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde a desvalia da restrição causada?⁴¹

Diante disso, a infiltração – longa e profunda de agentes em organização criminosa de alta periculosidade – é uma fonte eficaz de prova, pois tem capacidade

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 185.

de propiciar elementos fáticos suficientes ao entendimento da complexa rede delitiva, bem como a delimitação da participação de cada membro dentro de sua estrutura hierárquica. Em decorrência disso, é possível dismantelar as grandes e perigosas organizações criminosas, punindo os eventuais membros e coibindo a perpetuação de sua atuação delitiva. Assim, protege-se com eficácia os mais diversos bens jurídicos, garantindo-se os direitos fundamentais de alcance coletivo.

No outro vértice, é indubitável que o uso da infiltração de agentes causa séria restrição não só aos direitos fundamentais individuais dos investigados, mas também dos administrados em geral, como já analisado alhures. Assim, resta saber se as vantagens do uso da infiltração de agentes é superior a intensidade das limitações suportadas pela sociedade. Nessa altura, parece caber ao magistrado, no momento da autorização da infiltração, fazer esse juízo de valor, de forma motivada, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Dessa forma, levando em consideração o entendimento de Humberto Ávila, o postulado da proibição de excessos está desvinculado do postulado da proporcionalidade. Porém, registre-se que parte significativa da doutrina separa a proporcionalidade em duas vertentes: de um lado a proibição de proteção deficiente e de outro a proibição de excesso pelo Estado, como se verá a seguir. De qualquer forma, faz-se necessário analisar o objeto (infiltração de agentes) em destaque, de maneira ampla, não se limitando apenas a uma visão restrita dos direitos fundamentais, ou seja, enfatizando única e exclusivamente a proteção das liberdades individuais.

2.5 Uma das faces do Princípio da Proporcionalidade: Proibição de excesso

A sociedade perpassou ao longo de sua história por períodos marcados pela ausência de previsão e proteção dos direitos humanos. Diversos regimes políticos, de natureza autoritária, assolaram a humanidade durante centenas de anos, tais como o Czarismo, o Absolutismo e mais recentemente os períodos Ditatoriais da América Latina. Frente aos abusos praticados pelos governos autoritários, a sociedade, a duras penas, lutou e conquistou, paulatinamente, a garantia dos direitos mais elementares para a concretização da dignidade humana.

Analisando a idade moderna, pode-se afirmar que o caminho para o desvencilhamento das amarras e mordças do sistema político intitulado

absolutismo foi lento, gradativo e sangrento. Lutas armadas foram travadas, reis foram decapitados, milhares de mortes foram ceifadas para que conquistas no campo econômico, social e político fossem alcançadas.

O absolutismo monárquico que reinou na Europa, do final do século XV até o século XVIII, possui como característica a concentração de todos os poderes nas mãos de uma única pessoa. O rei, com todo esse poder, não era responsável pelos seus atos, pois como expressa o verbete: “The King can do not wrong” (O rei nunca erra). Assim, eventual abuso praticado pelo Estado não era passível de responsabilidade.

Diversos movimentos revolucionários surgiram contra esses regimes absolutistas, como os que ocorreram na França. As insatisfações da população eram inúmeras. A massa trabalhadora (plebeus), que era a maioria da população, junto com a burguesia, sustentavam o luxo da monarquia, do clero e da nobreza com o pagamento de vultuosas somas de tributos. Os plebeus, apesar de manterem os gastos do Primeiro e Segundo Estado (Clero e Nobreza), viviam em extrema miséria, sem nenhum amparo social como saneamento básico ou assistência médica.

Nesse contexto, após a sangrenta Revolução Francesa, com base nos ideais Iluministas, instaurou-se o Estado Liberal. Os direitos de primeira geração foram alcançados e o Estado absteve-se de intervir na Economia. Os interesses da classe burguesa que participou da ruptura com o Antigo Regime foram conquistados. Assim, as liberdades individuais tiveram que ser respeitadas pelo Estado (obrigação negativa), limitando-se a atuação arbitrária do Estado contra os cidadãos. Destaca-se que o Estado Liberal proporcionou o alavancamento dos movimentos constitucionalistas, conforme explica Maria Streck:

O Estado Constitucional surge primeiramente como Estado Liberal, fundamentado em valores burgueses de liberdade que buscavam a limitação do poder político tanto pela sua divisão interna com pela redução de funções perante a sociedade. Esse modelo estava alicerçado em ideias que procuravam obter superação do caos medieval e da primeira fase que superou a forma medieval: o absolutismo.⁴²

No entanto, as mazelas sociais persistiram, pois o Estado não intervencionista favoreceu novos abusos, agora não mais pelo Estado, mas pela classe burguesa

⁴²STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 161. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito na Área das Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008, p. 17.

detentora dos meios de produção capitalista. A igualdade ficou apenas no papel (formal), uma vez que os cidadãos (antigos plebeus) continuaram pobres e os burgueses, possuidores do capital, tornaram-se cada vez mais ricos.

Dessa forma, o desemprego no campo combinado com o desenvolvimento das indústrias proporcionou a fuga em massa da população para as cidades. A burguesia com o poderio econômico explorou o trabalho da classe trabalhadora, mediante longas jornadas de trabalho, baixos salários, bem como se utilizou de mão de obra infantil. Assim, diante dos problemas sociais surgidos no decorrer do século XIX, o Estado viu-se obrigado a rever a ótica da não intervenção, decorrente dos ideais liberais da Revolução Francesa.

Diante disso, o Estado passou a intervir nas demandas sociais, devendo concretizar os direitos de segunda geração. Dessa forma, o Estado social adquiriu a obrigação de atuar positivamente nas necessidades coletivas da sociedade, proporcionando, por exemplo, saúde, educação, moradia e cultura.

Entretanto, essa nova percepção de Estado social voltado a efetivação dos direitos de segunda geração teve pouca atuação no campo prático, ficando muitas vezes como letra morta nos códigos positivados. As primeiras constituições sociais do século XX, como a do México de 1917 e a de Weimar na Alemanha de 1919 e, no Brasil, com a Constituição de 1934 foram responsáveis por positivarem um vasto rol de direitos sociais. Porém, na prática os direitos fundamentais de segunda geração acabaram em parte ficando no papel, sendo ainda comum a falta de proteção da parcela vulnerável da população, com ausência de medidas sólidas de concretização desses direitos.

Diante dessa clara dicotomia entre a previsão dos direitos individuais e sociais nas constituições com a ausência de efetivação desses direitos por meio da atuação enérgica do Estado Social surge o Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais previstos na Constituição vinculam o Estado a cumpri-los. Os princípios passam a ter força normativa, sendo, portanto, preciosa fonte de aplicação dos direitos fundamentais. Assim, pode-se dizer que surgiu a Constituição dirigente, visando concretizar os valores postos na Lei Maior.

Com base nesse breve resgate histórico da evolução dos direitos humanos, compreende-se em parte a grande preocupação, de parcela considerável da Doutrina, que sobrepuja a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração de maneira extremada. Em parte, porque os acontecimentos contam que, embora as

liberdades individuais foram menosprezadas no curso da história por governos autoritários, o atual Estado Democrático de direito não deve ficar exclusivamente restrito na preservação e proteção daqueles direitos sem proporcionar a real efetivação dos direitos sociais de segunda geração.

Dessa forma, para que se garanta a intervenção mínima do Estado e, com isso, proporcione a máxima tutela dos direitos fundamentais é necessário estabelecer limites de atuação do *jus puniendi*. A teoria do garantismo penal proposta por Luigi Ferrajoli vem justamente estabelecer barreiras na atuação estatal. Assim, o modelo ideal proposto por Ferrajoli rechaça o abuso do direito de punir e estabelece 10 (dez) axiomas, que podem ser desdobrados em teoremas, a serem seguidos por um Estado de Direito.

Na sua clássica obra, *Direito e Razão*, Ferrajoli previu as garantias relativas à pena: *nulla pena sine crimine*, não há pena sem crime (princípio da retributividade); *nullum crimen sine lege*, não há crime sem lei anterior que o defina (princípio da legalidade); *nulla lex penalis sine necessitatis*, não há lei penal sem necessidade (princípio da necessidade e princípio da intervenção mínima).

Ainda, as garantias relativas ao delito: *nulla necessitas sine injuria*, não há necessidade sem relevante ou concreta lesão ao bem jurídico tutelado (princípio da lesividade ou ofensividade); *nulla injuria sine actione*, não haverá lesão sem conduta (princípio da exteriorização ou exterioridade da ação); *nulla actio sine culpa*, não há conduta sem culpa (princípio da culpabilidade).

Por fim, estabelece as Garantias relativas ao processo: *nulla culpa sine iudicio*, o reconhecimento da culpa é feito por órgão judicial (princípio da jurisdicionabilidade); *nullum iudicium sine accusatione*, o juiz não reconhece culpa sem provocação (princípio acusatório); *nulla accusatione sine probatione*, a provocação existe com base em provas (princípio do ônus da prova); *nulla probatione sine defensione*, as provas só existirão se submetidas ao contraditório (princípio do contraditório).

Nesse contexto, é imperioso destacar que não se compreende como teoria do garantismo a abolição do direito de persecução penal do Estado, apenas se estabelece as regras do jogo a serem obedecidas, evitando assim abusos aos direitos fundamentais. Desse modo, o sistema processual/penal estaria legitimado com a aplicação dos axiomas (princípios) estabelecidos por Luigi Ferrajoli.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã,

aproximou-se desse modelo garantista, pois prevê em seu corpo extenso rol de direitos e garantias fundamentais que norteiam e limitam a atuação do Estado. As liberdades individuais estão fortemente consolidadas na Carta Magna, decorrente dos ideais do liberalismo burguês, Pós-Revolução Francesa. Assim, conforme explana Gilmar Ferreira Mendes:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.⁴³

Em relação a infiltração de agentes, Paceli conta que antes da Lei 12.850/13 esse meio de prova estava maculado pela falta de previsão legal, um dos princípios de Ferrajoli (Princípio da legalidade), o que o tornava manifestamente inválido para o Estado de Direito. Atualmente, considera que a infiltração é um instrumento avilte aos direitos fundamentais, uma vez que é medida excessiva, bem como viola profundamente o princípio da moralidade administrativa. Assim, o princípio da moralidade administrativa deveria prevalecer sobre o princípio da eficiência que, no âmbito penal, determina a atuação enérgica do Estado no combate e prevenção ao crime organizado.

Rejeitávamos a validade da medida com base em considerações de ordem *legal*, dado que não se previa qualquer forma de procedimento nas aludidas legislações e menos ainda acerca das consequências *jurídicas dos atos de infiltração*.

A Lei 12.850/13 tem a pretensão de suprir tais lacunas.

De nossa parte, evoluímos para *rejeitar* a validade das normas ali contidas, por entendê-las excessivas, por isso, inconstitucionais no horizonte normativo que deve obediência ao paradigma Estado de Direito, e, ainda mais especificamente, como há de ser um controle de constitucionalidade que se preze – ofensa direta! - ao princípio da *moralidade administrativa* consagrado no art. 37, da Constituição da República, mesmo quando em *tensão* ou em conflito com o dever de eficiência que, do mesmo modo, deve orientar as ações do poder público.⁴⁴

⁴³MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 06/11/14. Também publicado/em: Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, n.9, p.333–337, 1. quin. maio 2002, e Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Fórum, Belo Horizonte, 2003.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua**

Como visto em outro momento, a infiltração de agentes é um meio extraordinário de obtenção de prova usado contra organizações criminosas, porém os reflexos da medida atingem profundamente diversas liberdades individuais dos investigados, bem como podem causar aflição aos direitos fundamentais dos cidadãos não envolvidos na empreitada criminosa. Assim, uma das formas de justificar a utilização desse meio de prova seria a vantagem gerada ao interesse público protegido com o uso da infiltração, em detrimento do sacrifício do interesse individual de índole liberal. No entanto, Aury Lopes Jr. sustenta que medir a proporcionalidade por meio do binômio (público – privado) é uma manipulação discursiva para justificar arbitrariedades.

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à “supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público – privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal.⁴⁵

Dessa forma, Aury Lopes Jr. afirma que as liberdades individuais são a base de todo o Estado Democrático de Direito, pressuposto para a existência deste, não precisando, portanto, de legitimação. Assim,

Destaque-se: o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal, e não a liberdade individual. A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e nos tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.⁴⁶

Ante o exposto, percebe-se que os Estados autoritários, durante o curso da história, foram responsáveis por menosprezar os direitos fundamentais de primeira geração, relegando as liberdades do indivíduo, tais como a de expressão,

Jurisprudência. 5.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p.33. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.editoraatlas.com.br%2FAtlas%2Fwebapp%2Fdownload_file.aspx%3Ff%3D4eK6NAIvqIXreXNoCp32prSVq39XG7u0q4wsaLsbygBiOQmU5cZAxmRhikGfSI8yjFd33ty57f0lhOh6L6dljpC7zoBB7V8vz6nObenfWJY1&ei=g5qjU9vSLZTRsASx9IDIDA>. Acesso em: 19 jun. 2014.

⁴⁵ JR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 49.

locomoção, crença, intimidade e propriedade, a um patamar de inferioridade. Lutas sangrentas foram travadas contra os regimes autoritários, a fim de que o súdito do rei pudesse ser visto como cidadão do Estado Democrático de Direito.

Com isso, os direitos fundamentais foram previstos em constituições promulgadas mediante processo democrático com o intuito de limitar a atuação do Estado. Ainda, surgiu a teoria do garantismo penal, visando limitar o arbítrio punitivo do Estado. Por outro lado, não se pode olvidar que com o desenrolar da história, cresceu a necessidade de atuação positiva do Estado em face dos problemas sociais gerados Pós-Revolução Francesa, devendo o Estado agir, em decorrência disso, com eficiência no combate a criminalidade.

2.6 A outra face do Princípio da Proporcionalidade: Proibição de proteção deficiente

Conforme já demonstrado, a criminalidade evoluiu a ponto de se organizar, mediante divisão de tarefas entre seus membros, utilização de aparato tecnológico de última geração e capacidade de infiltrar, dentro do Estado, agentes públicos corrompidos pelo enorme lucro que as empreitadas criminosas proporcionam. Os crimes praticados por essas organizações criminosas são de natureza grave, com significativa lesão aos bens jurídicos da sociedade. Diante desse quadro, o Estado, que é obrigado a tutelar os direitos fundamentais, possui o compromisso de prevenir e reprimir as condutas delituosas danosas à paz social e a segurança pública. Assim, necessita de instrumentos mais drásticos no combate aos crimes mais graves e, ao mesmo tempo, deve evitar abusos em sua utilização.

A incumbência não é simples, pois os instrumentos extraordinários no combate ao crime organizado, em especial a infiltração de agentes, têm o potencial de impactar as liberdades individuais, restringindo-as. Nesse sentido, colaciona-se as palavras de Antônio Scaranse Fernandez:

O campo mais problemático para o legislador e para a doutrina é o da criminalidade grave e/ou organizada. Têm os países dificuldade em enfrentá-la. Não sabem mesmo como criar um corpo legislativo que, outorgando eficiência ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantias individuais assegurados nas Constituições e Convenções Internacionais.⁴⁷

⁴⁷FERNANDES, Antônio Scaranse. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2012, p. 32.

À vista disso, a solução da problemática instaurada encontra-se justamente na conciliação entre a limitação do *jus puniendi* (atuação negativa do Estado) de um lado e o dever de eficiência na garantia dos direitos fundamentais de outro (atuação positiva) à luz da Constituição Federal. Logo, a energia a ser desprendida deve ser focalizada na harmonização de medidas, mais ou menos drásticas, tomadas pelo Estado, no combate às organizações criminosas, as quais, eventualmente, atinjam as liberdades individuais (direitos de primeira geração), com o dever de eficiência na persecução penal, a fim de que se proteja os direitos sociais e coletivos (direitos de segunda geração).

O que não pode ocorrer é enfatizar apenas a proteção das liberdades individuais, menosprezando a necessidade de atuação do Estado na proteção dos direitos fundamentais como um todo, e vice-versa, ou seja, evitar os extremos do abolicionismo e da “tolerância zero”. A criminalidade organizada está em voga, aproveitando-se das ineficiências do Estado para retirar proveito das atividades ilícitas mais lucrativas. Em decorrência disso, a segurança pública não pode se deslocar em direção à bancarrota.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade que norteia a atuação do Estado é visualizado por dois ângulos: a proibição de proteção deficiente e a proibição de excesso. Nesse contexto, salienta-se a reflexão de Ingo Wolfgang Sarlet:

Para além disso, cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.⁴⁸

Isto posto, a atuação positiva do Estado merece relevância na proteção dos

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. RBCCrim - Revista IBCCRIM N° 47 / 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>. Acesso em: 06/11/2014.

direitos fundamentais, não sendo suficiente apenas a defesa das liberdades individuais contra intervenção indevida do Estado ou de terceiros. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes esclarece:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats).

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.⁴⁹

Em decorrência disso, o legislador deve-se preocupar com o crime organizado, encontrando mecanismos eficientes para combatê-lo, visando garantir a eficácia dos direitos fundamentais e seu proveito por parte da sociedade. Não basta, enaltecer cegamente a limitação do poder persecutório, a fim de proteger, exacerbadamente, as liberdades individuais das ingerências estatais. Conforme a lição de Mendes “Essa interpretação do Bundesverfassungsgericht empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" (Gegner) para uma função de guardião desses direitos (Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant).”⁵⁰

Na doutrina, Douglas Fischer sustenta que, no Brasil, o garantismo penal está sendo utilizado de maneira distorcida, ou seja, busca-se proteger as liberdades individuais de forma exacerbada (hiperbólica) e exclusiva (monocular). Assim, manifesta-se o aludido autor:

Já de algum tempo tem-se difundido no âmbito jurídico que o Direito Penal deveria ser utilizado como sendo a *ultima ratio*, bem como, na aplicação do Direito, devam ser observados ao máximo os direitos e garantias fundamentais do cidadão que venha a ser investigado ou processado criminalmente. Estamos de acordo integralmente com tais premissas. A questão que se pretende na presente – e brevíssima – análise é tentar demonstrar que há alguns equívocos nas premissas e conclusões que se

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000, p. 5. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 06/11/14. Também publicado em: Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, n.9, p.333–337, 1. quin. maio 2002, e Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Fórum, Belo Horizonte, 2003.

⁵⁰ *Ibidem*.

têm tomado com fundamento em **ideais garantistas**, incorrendo-se – não raras vezes – no que temos denominado de **garantismo hiperbólico monocular**, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos em nossa leitura).⁵¹

Dessa forma, defende que não se pode proteger apenas os direitos fundamentais dos investigados ou/e processados, exaurindo a atuação do Estado nas medidas de persecução penal. O garantismo penal deve ser visto na sua integralidade, isto é, o elaborador e o intérprete do direito devem harmonizar os direitos fundamentais previstos na Constituição, que impedem a atuação arbitrária do Estado, com o dever, tanto do Estado como dos cidadãos, de efetivá-los.

Parece bastante simples constatar que a **Teoria do Garantismo** se traduz em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal. Vale dizer: quer-se **estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade** – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos. Se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário que tem o dever de dar garantia aos cidadãos (**sem descuidar da necessária proteção social**) diante das eventuais violações que eles virem a sofrer. Desse modo, a sujeição do juiz à lei não mais é – como sempre foi pelo prisma **positivista** tradicional – à **letra da lei** (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei, desde que coerente com a Constituição vista como um todo.⁵²

Por outro lado, em resposta ao “garantismo penal integral”, Elmir Duclerc considera o movimento como “neoconservador”, do pensamento penal pátrio. Afirma que existe apenas um garantismo penal com bases na teoria de Luigi Ferrajoli, sendo o “garantismo penal integral” uma falácia, uma vez que, quem precisa de garantias é o indivíduo (parte mais fraca) e não o Estado punitivo.

Como vimos nos escritos do próprio Ferrajoli, isso é falso. O poder punitivo constitui, por si, o elemento de que dispõe o estado para manter a segurança pública. Quem precisa das garantias é o indivíduo (o mais fraco). A própria noção de garantia já supõe, portanto, um poder punitivo (poena) que, não obstante, só pode atuar legitimamente em dadas circunstâncias (crimen, necesitas, injuria, actio, culpa, iudicio).⁵³

⁵¹FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n° 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 06/11/2014.

⁵²*Ibidem*.

⁵³DUCLERC, Elmir. **GARANTISMO PENAL INTEGRAL OU DEFENSIVISMO DIET?** Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Garantismo-Penal-Integral-ou-Defensivismo-Diet.pdf?f6177b>> Acesso em: 06/11/14.

Dessa forma, o autor considera que o “garantismo penal integral” seria uma ideologia autoritária mascarada, isto é, um “defensivismo diet”. Á vista disso, conclui que “a aproximação das teses do 'garantismo integral' com as teses da defesa social não é evidente, mesmo porque não é afirmada ou mesmo sugerida por seus cultores. Mas uma análise mais apurada nos permite ver alguns incômodos traços comuns.”

CONCLUSÃO

O atual estágio da sociedade atravessa um momento de intensa luta contra o crime organizado. No Brasil, a tendência não é diferente, porém, durante muitos anos a legislação tupiniquim perpassou por verdadeira obscuridade normativa, no que se refere ao combate às organizações criminosas. A Lei 12.850/13 surgiu para por uma pá de cal na deficiência estrutural do conceito de organização criminosa e na omissão dos requisitos para a implantação dos meios extraordinários de prova usados para combatê-la. No entanto, a discussão axiológica e pragmática decorrentes da utilização da infiltração de agentes em organizações criminosas persiste.

Diante disso, a presente pesquisa teve como norte analisar a infiltração de agentes nas organizações criminosas de alta periculosidade, responsáveis pela lesão aos bens jurídicos de maior relevo social. Tais organizações, de maneira articulada, utilizando-se de tecnologia sofisticada, com poderio econômico capaz de corromper agentes públicos do Estado e técnicas violentas de persuasão, agridem a paz social e a segurança pública. Sendo assim, legitimam e, ao mesmo tempo, obrigam o Estado a atuar com eficiência no *jus puniedi*, a fim de esfacelar as práticas delitivas realizadas por elas.

Apesar disso, a infiltração de agentes, nessas organizações criminosas, para surtir real efeito necessita da imersão de um servidor público de forma intensa e duradoura no âmago da organização. Assim, parece ser inevitável a prática de crimes pelo agente infiltrado. Aqui, surge o primeiro problema com o uso dessa técnica: Como se dará a responsabilidade penal do agente? A lei 12.850/13 considerou como excludente de culpabilidade os crimes praticados pelo agente no âmbito da investigação, caso sejam cometidos com a devida proporcionalidade.

O segundo problema decorrente da permissão dada ao agente infiltrado, para que cometa crime desde que proporcional a investigação, refere-se aos reflexos negativos que tais condutas poderão acarretar aos direitos fundamentais da sociedade em geral. Assim, é possível que os agentes infiltrados cometam crimes contra os cidadãos estranhos à organização criminosa.

Além do mais, a infiltração de agentes produz vasta gama de limitações às liberdades individuais dos investigados, como, por exemplo, à ampla defesa e ao

contraditório, o direito à intimidade e à vida privada, o direito de não produzir provas contra si mesmo. Em decorrência disso, poder-se-ia afirmar que esse meio de prova é manifestamente inconstitucional por ferir os direitos fundamentais da sociedade em geral, bem como dos membros investigados da organização criminosa.

De outra senda, as organizações criminosas de elevada periculosidade requerem medidas mais severas e eficientes para que se evite impunidades, bem como o agravamento das lesões aos bens jurídicos suportadas pela sociedade. Assim, novos instrumentos foram criados para fortalecer o poder punitivo estatal, em especial a infiltração de agentes, com o fito de combater o avanço das organizações criminosas e, com isso, garantir a proteção dos direitos coletivos, dentre eles, a segurança pública.

Diante dessa colisão de valores a serem protegidos pelo Estado, retoma-se a pergunta: o que deve prevalecer? O *jus puniedi* na busca de provas para esfacelar as organizações criminosas ou a proteção das liberdades individuais e as garantias constitucionalmente estabelecidas? A solução aparenta situar-se no princípio (ou postulado) da proporcionalidade o qual deverá gerar um equilíbrio entre essas duas forças colidentes.

Primeiramente, retomando os ensinamentos de Humberto Ávila que encara a proporcionalidade como postulado e a subdivide em três vertentes: Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a infiltração de agentes como meio de prova, mostra-se adequada ao combate das organizações criminosas, visto que é um meio eficaz para galgar informações acerca das condutas delitivas realizadas (materialidade) pelos membros (autoria) da organização criminosa. Além do mais, foi escolhido pelo legislador como meio apto ao enfrentamento das organizações criminosas.

Quanto a necessidade da infiltração de agentes nas organizações criminosas de natureza perigosa, *a priori*, parece não haver outro meio que seja, ao mesmo tempo adequado, e que proporcione a mesma eficiência da infiltração, porém, com menor restrição aos direitos fundamentais. Em decorrência das características peculiares das organizações criminosas, como por exemplo, o aporte financeiro, o aparato tecnológico, o caráter intimidatório, pode ser que, em determinados casos, a infiltração seja o único artifício para galgar provas. Mais uma vez, parece ser incumbência do legislador a escolha dos mecanismos extraordinários de prova necessários para esfacelar a organização, evidentemente, não poderá escolher o

meio que exaure por completo o núcleo dos direitos fundamentais.

Salienta-se que a novel Lei 12.850/13, como visto, previu diversos requisitos que deverão ser rigorosamente cumpridos, para que se possa autorizar a infiltração de agentes. Dessa forma, a autoridade policial, o membro do *parquet* e o magistrado deverão, obrigatoriamente, participar do procedimento de autorização e manutenção do inquérito policial, de caráter sigiloso, que utilize a infiltração de agentes. Ainda, a lei em apreço definiu o conceito de organização criminosa, limitando a utilização da infiltração de agente como meio de prova contra elas, ressalvadas as duas hipóteses de extensão de aplicação dos meios de prova.

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito auferi se as vantagens do uso da infiltração de agentes supera as desvantagens. Tal exame, parece caber ao juiz responsável pela autorização da infiltração de agentes que deverá analisar, casuisticamente, as vantagens e desvantagens da utilização desse meio de prova e justificar de maneira fundamentada a sua escolha, no momento da apreciação do pedido da infiltração de agentes.

Por fim, o princípio da proporcionalidade pode ser encarado pela sua dupla roupagem: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. O legislador e o operador do direito precisam analisar, harmoniosamente, as duas faces do princípio da proporcionalidade sob a ótica da Constituição Federal. De outra forma, poder-se-ia, por um lado, legitimar que a persecução penal seja exercida de maneira arbitrária pelo Estado, ou, por outra extremidade, gerar a desproteção dos bens jurídicos e interesses sociais e coletivos.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Decreto N° 5.015/04. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm> Acesso em: 06/11/14.

BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

DA SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

DUCLERC, Elmir. **GARANTISMO PENAL INTEGRAL OU DEFENSIVISMO DIET?** Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Garantismo-Penal-Integral-ou-Defensivismo-Diet.pdf?f6177b>> Acesso em: 06/11/14.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2012.

FERRAJOLI, Luige. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de organização criminosa Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 06/11/2014.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. São Paulo: USP, 2010. 191 p. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

JR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v.17, n.29, p. 195-199, dez.2010. Disponível em:

<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/205/205> Acesso em: 19 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm>. Acesso em: 06/11/14. Também publicado/em: Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, n.9, p.333–337, 1. quin. maio 2002, e Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Fórum, Belo Horizonte, 2003.

MENTRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: Comentários à lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.editoraatlas.com.br%2Fatlas%2Fwebapp%2Fdownload_file.aspx%3Ff%3D4eK6NAIvqIXreXNoCp32prSVq39XG7u0q4wsaLsbyqBiOQmU5cZAxmRhikGfSI8yjFd33ty57f0lhOh6L6dljpC7zoBB7V8vz6nObenfWJY1&ei=g5qjU9vSLZTRsASx9IDIDA>. Acesso em: 19 jun. 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. RBCCrim - Revista IBCCRIM N° 47 / 2004. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 06/11/2014.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 161. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito na Área das Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.