

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

MESTRADO

LUÍS CARLOS ROLLSING

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS EM
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Porto Alegre

2020

LUÍS CARLOS ROLLSING

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito, pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, eixo temático: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais. Orientador: Professor Dr. Fábio Roque Sbardelotto.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo autor

Rollsing, Luís Carlos
A (in) constitucionalidade da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas / Luís Carlos Rollsing.
-- Porto Alegre 2020.
134 f.
Orientador: Fábio Roque Sbardelotto.
Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2020.
1. Crime Organizado; Infiltração Policial. I. Sbardelotto, Fábio Roque, orient. II. Título.

Porto Alegre

2020

LUÍS CARLOS ROLLSING

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS EM
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito, pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério, eixo temático: Tutelas à Efetivação de Diretos Transindividuais.

Porto Alegre, 19 de outubro de 2020.

Banca Examinadora

Orientador:

Prof. Dr. Fábio Roque Sbardelotto.

2º Examinador:

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

3º Examinador:

Prof. Dr. Miguel Wedy

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar gostaria de agradecer minha família pela compreensão, paciência e incentivo nos momentos em que estive ausente para assistir as aulas, pesquisar e escrever essa dissertação. Muito obrigado é o mínimo que posso expressar.

Minha gratidão se estende, de forma especial, ao Prof. Dr. Fábio Roque Sbardelotto pela orientação e tranquilidade que me passou durante a realização desse trabalho de pesquisa.

Presto minhas homenagens a todos os professores e funcionários da Fundação Escola Superior do Ministério Público pela atenção dispensada durante o transcurso do Mestrado.

Por fim, agradeço aos colegas pela amizade e colaboração durante as aulas, em especial aos colegas Airton, Élbio, Gabriela (Bibi), Júlia, Bianca, Roberta e Richard.

RESUMO

O balizamento de bens jurídicos merecedores de tutela penal encontra-se previsto na Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, toda legislação penal pretérita ou superveniente ao texto constitucional deve estar amparada por seus fundamentos, princípios e regras. Neste contexto, o enfrentamento à expansão do Crime Organizado na atual sociedade globalizada merece atenção do legislador; porém as reprimendas devem estar adequadas aos ditames normativos do Estado Democrático e de Direito. Neste estudo pretendemos apresentar um panorama sobre o crime organizado e tematizar a Lei 12.850/2013, em especial a ferramenta de investigação denominada infiltração policial em organizações criminosas, à luz do direito fundamental à segurança pública, da proibição de proteção insuficiente e das normativas internacionais que enfatizam a eficácia dessa medida excepcional de obtenção de provas contra membros de organizações criminosas. Pretendemos, também, demonstrar que esse mecanismo de investigação não fere preceito constitucional, porém é a *ultima ratio*, devendo sua utilização ser avaliada sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, em razão de colidir com diversos direitos fundamentais do indivíduo, como a intimidade e a vida privada.

Palavras-chave: crime organizado; infiltração policial; direito fundamental à segurança pública; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The delimitation of legal assets deserving criminal protection is provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Thus, any criminal legislation in the past or supervening to the constitutional text must be supported by its foundations, principles and rules. In this context, the fight against the expansion of Organized Crime in the current globalized society deserves attention from the legislator; however, the reprimands must be adequate to the normative dictates of the Democratic State and of Law. In this essay we intend to present an overview of organized crime and to make Law 12.850 / 2013 thematic, in particular the investigation tool called police infiltration into criminal organizations, in the light of the fundamental right to public security, the prohibition of insufficient protection and the international regulations that emphasize the effectiveness of this exceptional measure of obtaining evidence against members of criminal organizations. We also intend to demonstrate that this investigation mechanism does not violate the constitutional precept, but the ultimate ratio, and its use should be evaluated under the focus of the principle of proportionality, due to colliding with several fundamental rights of the individual, such as privacy and private life.

Keywords: organized crime; police infiltration; fundamental right to public security; proportionality principle.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS e DIREITO PENAL.....	12
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.2 TUTELA PENAL CONSTITUCIONAL.....	20
2.3 NÍVEIS DE TUTELA PENAL.....	23
2.4 MANDADOS EXPRESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	25
2.5 MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	32
2.6 PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	34
2.7 SEGURANÇA PÚBLICA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	38
2.8 PROIBIÇÃO DE CRIMINALIZAÇÃO.....	43
2.9 TRATADOS INTERNACIONAIS QUE OBRIGAM A CRIMINALIZAÇÃO.....	46
3. CRIME ORGANIZADO.....	50
3.1 ORIGEM E CONCEITO.....	50
3.2 SOCIEDADE DE RISCO, GLOBALIZAÇÃO E CRIME ORGANIZADO.....	52
3.3 O MITO DO CRIME ORGANIZADO.....	55
3.4 CARACTERÍSTICAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	58
3.5 CRIME ORGANIZADO E SUA CONEXÃO COM O PODER PÚBLICO.....	62
3.6 PRINCIPAIS ATIVIDADES DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA.....	63
3.7 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS AO REDOR DO MUNDO E NO BRASIL.....	65
3.8 TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	68
3.9 BENS JURÍDICOS OFENDIDOS PELO CRIME ORGANIZADO.....	70
3.10 LEI 12.850/2013 COMO MATERIALIZAÇÃO DOS MANDADOS SUPRANACIONAIS DE ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO.....	72
3.10.1 COLABORAÇÃO PREMIADA.....	80

3.10.2	ACÇÃO CONTROLADA.....	82
3.10.3	CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE SINAIS ELETROMAGNÉTICOS, ÓPTICOS OU ACÚSTICOS.....	84
3.10.4	INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E TELE MÁTICAS, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.....	85
3.10.5	ACESSO A REGISTROS DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS E TELE MÁTICAS, A DADOS CADASTRAIS CONSTANTES DE BANCOS DE DADOS PÚBLICOS OU PRIVADOS E A INFORMAÇÕES ELEITORAIS OU COMERCIAIS.....	86
3.10.6	AFASTAMENTO DOS SIGILOS FINANCEIRO, BANCÁRIO E FISCAL, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.....	88
3.10.7	COOPERAÇÃO ENTRE INSTITUIÇÕES E ÓRGÃOS FEDERAIS, DISTRITAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA BUSCA DE PROVAS E INFORMAÇÕES DE INTERESSE DA INVESTIGAÇÃO OU DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	90
4.	INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO.....	90
4.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	90
4.2	REGRAMENTO BRASILEIRO.....	92
4.3	ADEQUAÇÃO AOS MANDADOS SUPRANACIONAIS.....	104
4.4	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	107
4.5	A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	112
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	116
	REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	120

1. Introdução

O presente trabalho fará uma abordagem da lei de enfrentamento ao crime organizado, principalmente no tocante aos meios de obtenção de provas, em especial à infiltração policial em organizações criminosas.

A globalização da economia mundial, com o conseqüente avanço tecnológico, criação de áreas de livre comércio, incremento das transações comerciais e financeiras, progresso da Internet, entre outros fatores pós-modernos, refletiram na melhoria de vida da população de muitos países.

Porém estes fatores de maior liberdade nas relações pessoais também incrementaram e qualificaram práticas criminosas em nível transnacional, a exemplo de homicídios, roubos, tráfico de drogas, de armas, de pessoas e lavagem de dinheiro.

Há alguns anos não havia grupos criminosos com o grau de organização que se tem hoje, o qual estende seus tentáculos aos mais diversos segmentos da sociedade, alcançando, muitas vezes, os mais altos escalões da política nacional.

Essa conexão com o poder público tem o condão de traçar um Estado paralelo, eis que a colaboração de servidores das mais diversas esferas da administração pública fortalece essas multinacionais do crime, que movimentam somas significativas de dinheiro, muitas vezes, desviadas do erário.

Os delitos praticados pelas mais diversas organizações criminosas ofendem diversos bens jurídicos individuais e transindividuais. Cite-se como exemplos dos primeiros, os delitos contra a integridade física, a vida, a liberdade e a dignidade sexual. Pode-se exemplificar a paz pública e o meio ambiente sustentável como bens jurídicos transindividuais colocados em risco por organizações criminosas.

Nesta perspectiva, a investigação de crimes dessa natureza não poderia ser mais realizada na forma dos delitos tradicionais, com as técnicas previstas pelo Código de Processo Penal do século passado. Novas modalidades extraordinárias e modernas exigiam atenção por parte do Poder Público a fim de dismantelar verdadeiras “multinacionais do crime”.

Questão que ao longo dos tempos criou entraves ao enfrentamento das modernas modalidades criminosas foi o próprio conceito de crime organizado,

chegando alguns autores de renome a negar, ou atribuir como mito, a existência de agremiações criminosas de gigantescas proporções.

Não obstante, a comunidade internacional, ciente da gravidade da criminalidade em nível transnacional, passou a editar tratados e convenções supranacionais na busca de estabelecer normas adequadas e eficazes ao enfrentamento do crime organizado.

O Brasil, como se verá, é signatário de algumas normativas internacionais, como a Convenção de Palermo que estabeleceu parâmetros para a identificação de grupos criminosos organizados. Além disso, fez a previsão da técnica investigativa excepcional objeto do presente estudo.

Nesse rumo, após várias tentativas de estabelecer legislação que atendesse as expectativas quanto à eficácia ao combate ao crime organizado, e suas ramificações, chegou-se à lei 12.850/2013 que, no rumo da legislação internacional, notadamente a Convenção de Palermo, conceituou crime organizado e estabeleceu técnicas e procedimentos modernos de investigação.

Essa Lei prevê diversas medidas investigativas extraordinárias de enfrentamento ao crime organizado, a saber: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração, por policiais, em atividade de investigação; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

É certo, porém, que toda legislação que busca restringir direitos fundamentais deve passar pelo filtro do texto constitucional, principalmente quando os meios de busca de provas são altamente invasivos e colidentes com direitos fundamentais da estirpe da liberdade, da intimidade e da vida privada.

Os direitos de liberdade, chamados de primeira dimensão ou negativos, são aqueles colocados à disposição dos indivíduos, pela Constituição Federal, como defesa contra abusos praticados pelo Estado. Foram os primeiros direitos fundamentais previstos nas cartas constitucionais logo após a queda dos regimes absolutistas.

Porém, logo após a segunda guerra mundial, as constituições dos países democráticos passaram a encartar direitos que o Estado deveria prestar ao cidadão. Pode-se citar os direitos sociais e o direito à segurança do indivíduo contra o próprio indivíduo, numa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Denota-se no texto constitucional pátrio uma série de mandados de criminalização, tanto de forma expressa, a exemplo do terrorismo, do racismo e dos crimes hediondos, como implícita, tal como a tutela da vida. Nossa Carta Magna busca equilibrar a proteção dos direitos fundamentais de liberdade com os direitos de defesa do cidadão.

Na primeira parte desse estudo trataremos dos direitos fundamentais sob a ótica de direitos de defesa e direitos de proteção do indivíduo, com foco nos mandados expressos e implícitos de criminalização, proibição de proteção deficiente e o direito fundamental à segurança pública. Também abordaremos brevemente a proibição de criminalização. Por fim, apresentaremos os tratados internacionais que obrigam a criminalização e a Lei 12.850/2013 como materialização nacional ao enfrentamento do crime organizado.

No segundo capítulo apresentaremos um esboço histórico do crime organizado, suas características e conexões com o poder público. Faremos menção a algumas organizações criminosas conhecidas e os bens jurídicos afetados pelos delitos cometidos por seus integrantes.

No último capítulo será analisada a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, sua adequação aos mandados supranacionais e o princípio da proporcionalidade como balizamento de sua utilização. Por derradeiro defenderemos a constitucionalidade dessa medida excepcional de obtenção de provas contra membros de grupos criminosos.

O método a ser utilizado no presente estudo é o hipotético-dedutivo, lançando-se mão de livros, artigos e normas legais para fundamentar a defesa da pesquisa.

2. Constituição, direitos fundamentais e direito penal

O escritor e político alemão do século XIX Ferdinand Lassale escreveu, no ano de 1862, quando ainda não havia uma sólida estrutura de Estado Constitucional, que uma verdadeira Constituição somente tem por fundamento os fatores reais e efetivos do poder do país em que vige. Ainda, uma constituição escrita só incorpora valor e é duradoura quando expressa os fatores do poder que imperam na realidade social; ao contrário, será apenas uma folha de papel e, fatalmente, sucumbirá (2001, pp. 33 e 40).

Não obstante, a passagem do absolutismo para o Estado moderno é, sem dúvida, o marco para o desenvolvimento do constitucionalismo, que teve suas bases históricas firmadas na Inglaterra do século XVII quando o Parlamento apresentou aos novos reis uma Declaração de Direitos que limitava o poder real e concedia liberdades individuais aos ingleses. No século XVIII, a Revolução Americana, que culminou na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), e a Revolução Francesa (1789), foram os estopins finais para a transição dos regimes absolutistas em Estados Constitucionais (FELDENS, 2012, p. 22).

Esse chamado Estado liberal, Estado de Direito ou Estado Constitucional, se corporificou na limitação da autoridade governante através da declaração de direitos e da separação de poderes, sendo as funções legislativas, executivas e judiciárias conferidas a órgãos distintos (BONAVIDES, 2009, p. 36).

Nos primórdios do constitucionalismo imperava o princípio da legalidade, havendo supremacia do Parlamento que estava somente adstrito aos limites constitucionais a respeito do procedimento a ser adotado na edição das leis, ou, seja, aos requisitos formais. Sob o enfoque material não havia limites ao legislador, que poderia legislar sobre qualquer tema. Assim, inexistia o caráter normativo da Constituição (FELDENS, 2012, pp. 25 e 26).

Após a segunda guerra mundial, a Constituição tomou novos rumos, passando a gozar de supremacia e consolidando-se em autêntica norma jurídica. Essa supremacia constitucional viria a ser alcançada de duas formas: a) pelo impedimento de alteração constitucional por intermédio de procedimentos legislativos comuns (rigidez constitucional), e; b) atribuição ao Poder Judiciário de destituir de efeitos jurídicos as

decisões dos poderes legislativo e executivo que contrariassem o texto constitucional (FELDENS, 2012, pp. 26 e 27).

Assim, os juízes, diferentemente do que preconizava o Estado liberal, passaram a ser não mais apenas os juízes dos fatos, mas também os das leis, aplicando-as apenas quando em conformidade formal (vigência) e material (validade) com a Carta Magna. Enfim, à Constituição foi incorporada força normativa (FELDENS, 2012, p. 27).

Canotilho aborda, nos seguintes termos, a limitação legislativa pela constituição (2003, p. 51).

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

O jurista e magistrado alemão Konrad Hesse dispõe que há limites na força normativa da Constituição, que não está assegurada de plano, eis que o Direito Constitucional depende de outros ramos da ciência, como a História, a Sociologia e a Economia (1991, p. 26).

Porém, de acordo com Hesse:

[...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Por tanto compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição [...] que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa

Assim, a concepção contemporânea de Estado Constitucional reclama uma supremacia da Carta Magna sobre as demais prescrições legais e estabelece que as decisões do legislador ordinário estão adstritas a uma ordem normativa prévia. Nesse contexto, temos a chamada democracia constitucional, regime segundo o qual a maioria parlamentar não deve prevalecer em todas as circunstâncias (FELDENS, 2012, p. 28).

2.1 Direitos Fundamentais

Bonavides, assente na teoria de Carl Schmitt, colaciona que os direitos fundamentais são estabelecidos pelos critérios formal e material. (2009, p. 561).

O critério formal é analisado por dois vieses. O primeiro, designando todos os direitos e garantias previstos no texto constitucional. O segundo, estabelecendo que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos que adquiriram da Carta Magna uma categoria mais elevada de garantia ou de segurança, podendo ser imutáveis ou alteráveis somente por meio de emenda constitucional (2009, p. 561).

Sob a ótica material, os direitos fundamentais variam de Estado para Estado, consoante a ideologia, o tipo de Estado, a espécie de valores e os princípios consagrados pelo texto constitucional. (2009, p. 561).

Ainda com base em Carl Schmitt, os direitos fundamentais sob um enfoque universal, de Estado liberal (primeira geração), são unicamente os direitos de liberdade, em princípio ilimitada diante do poder estatal, o qual, também em princípio, é limitado. Tem-se, assim, uma concepção de direitos absolutos, podendo ser limitados apenas por lei que deve ser sindicada em sua extensão e conteúdo (2009, pp. 561 e 562).

O jurista e magistrado Ingo Sarlet destaca a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. A primeira está ligada ao direito constitucional positivo. Já a fundamentalidade material, decorre da característica de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, encerrando decisões fundamentais acerca da estrutura fundamental do Estado e da sociedade (2012, on-line).

Sarlet (2012, on-line), na esteira de Robert Alexy, conceitua direitos fundamentais como sendo:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), "integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Enfatiza, ainda, que as gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais passaram a ganhar destaque somente após serem consagradas nos textos constitucionais, evoluindo de um Estado Liberal para o moderno Estado Democrático de Direito Social (2012, p. on-line).

Segundo o filósofo político Norberto Bobbio (1992, p. 31):

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

Em apertada síntese, a primeira dimensão dos direitos fundamentais são os direitos de cunho negativo, de defesa do cidadão contra o Estado, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Já os de segunda dimensão, são os de caráter positivo que garantem ao indivíduo prestações sociais estatais, como a saúde e a educação. Além disso, têm-se as liberdades sociais, a exemplo da liberdade de sindicalização e o direito de greve. A terceira dimensão abrange os direitos de solidariedade e de fraternidade, destinando-se a grupos humanos (família, povo, nação), como o direito ao meio ambiente e qualidade de vida (SARLET, 2012, on-line).

Os direitos de quarta geração se perfazem com a globalização política no âmbito da normatividade jurídica, sendo o derradeiro estágio de institucionalização do Estado social. A globalização dos direitos fundamentais equivale à sua universalização na esfera institucional. Cite-se como exemplo a democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2009, p. 571).

Paulo Bonavides apresenta uma quinta dimensão de direitos fundamentais, que se materializa no direito à paz entre as nações (2009, p.579).

Sarlet realça a importância dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 estarem alocados no Título II, pois essa positivação no início do texto constitucional confere maior rigor lógico, na medida que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores dentro de todo o sistema constitucional. Além disso, se coaduna com a melhor tradição do constitucionalismo em nível de direitos fundamentais (2012, on-line).

Salienta-se que o catálogo do Título II da Constituição Federal de 1988 consagra direitos fundamentais de diversas dimensões, estando em sintonia com a Declaração Universal de 1948 e com os principais pactos internacionais de Direitos Humanos (2012, on-line).

O artigo 5º é constituído por 78 (setenta e oito) incisos, com diferentes parcelas de liberdades, conjugadas com diversas formas de exercício da cidadania. São os

denominados direitos individuais e coletivos, os quais são dotados de especial proteção jurídica (FELDENS, 2012, p. 37).

O artigo 5º, § 1º, da CF/88 prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, realçando seu status jurídico diferenciado perante a vigente Constituição. Além disso, em princípio, fica excluído o caráter programático dessas disposições constitucionais (SARLET, 2012, on-line).

Segundo Feldens, a disposição do artigo 5º, § 1º, da CF/88, tem como características a justiciabilidade e a aplicabilidade imediata, sendo garantido aos direitos fundamentais uma tutela judicial efetiva (5º, XXXV, da CF/88). A justiciabilidade garante ao indivíduo o afastamento, por decisão judicial, da limitação imposta ao exercício do direito fundamental garantido pelo texto constitucional. A aplicabilidade imediata aponta que os direitos fundamentais podem ser postulados perante o Poder Judiciário sem a exigência de normas legais (FELDENS, 2012, pp. 39 e 40).

Não obstante o Estado ter de respeitar os direitos fundamentais estabelecidos pelo texto constitucional, deve, também, envidar esforços para proteger esses direitos. Nessa perspectiva, Bobbio ressalta que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 1992, p. 24).

Nessa conjuntura, há determinadas garantias previstas no artigo 5º da CF/88 que, por força do princípio da legalidade, dependem de intervenção do legislador ordinário (reserva legal), notadamente a garantia de tutela penal de certos direitos fundamentais, como o previsto no inciso XLI, do artigo 5º, o qual estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (FELDENS, 2012, p. 40).

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sarlet, focando nesse catálogo aberto dos direitos fundamentais, assevera que é por meio do direito constitucional positivo que a concepção de fundamentalidade material garante a abertura da Carta Magna a outros direitos fundamentais não

presentes em seu texto. Dispõe que a previsão contém duas espécies de direitos fundamentais: direitos formal e materialmente fundamentais, com base na Constituição formal, e; direitos materialmente fundamentais, sem suporte no texto constitucional. Há, ainda, uma terceira visão que defende os direitos apenas formalmente fundamentais (2012, on-line).

Sustenta que a Carta Magna de 1988 é qualificada como uma Constituição de um Estado aberto, notadamente no que se refere aos direitos humanos e fundamentais. Além disso, os artigos 4º e 5º, § 2º do texto constitucional configuram o país como um Estado do tipo cooperativo (2015, on-line).

O citado artigo 5º, § 2º, foi complementado pela inserção do § 3º, estatuinto que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (2015, on-line).

Desde que esse dispositivo foi inserido na Constituição Federal de 1988 há uma discussão acerca da hierarquia dos tratados e convenções de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro (2015, on-line).

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, observado o rito estabelecido no § 3º do artigo 5º da CF, os tratados e convenções de direitos humanos tem hierarquia de emenda constitucional. Caso contrário, terão hierarquia supralegal, bastando para tanto Decreto Legislativo aprovado por maioria simples (2015, on-line).

Como já referido, os direitos fundamentais, em muitas situações, deverão ser assegurados mediante norma legal editada pelo legislador ordinário, como é o caso do artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, que estabelece que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (FELDENS, 2012, p. 42).

O mesmo pode ocorrer nas hipóteses em que o legislador é chamado para restringir o âmbito de ação dos direitos fundamentais, face a necessidade de conformá-los. Cite-se como hipótese os direitos fundamentais em relação de antagonismo, a exemplo do direito a honra, a imagem e a intimidade versus o direito à liberdade de expressão e à publicidade (FELDENS, 2012, p. 42).

Tem-se, porém, que essas restrições não são ilimitadas, cabendo intervenção jurisdicional caso haja excessos ou insuficiência do legislador na configuração do direito fundamental. São os chamados *limites dos limites* que visam delimitar a atuação do Poder Legislativo quando objetiva restringir os direitos fundamentais. Esses limites que derivam do próprio texto constitucional “referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (FELDENS, 2012, pp. 42 e 43).

Nesse sentido, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais se refere a essência de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando de ser identificado como um direito fundamental. Assim, há conteúdos presentes nos direitos fundamentais que são invioláveis e indisponíveis à intervenção legislativa (SARLET, on-line).

Frise-se que a disposição constitucional prevista no artigo 60, § 4º, estabelecendo que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV- os direitos e garantias individuais”, tonifica o propósito de um limite dos limites para o legislador ordinário e para o poder constituinte derivado (FELDENS, 2012, p. 43).

De outra banda, a teoria clássica desenvolveu os direitos fundamentais como posições jurídicas de cunho subjetivo, oponíveis somente contra o Estado. A ideia era uma não intervenção estatal, pois partia-se da premissa que o poder público era o único violador dos direitos fundamentais (FELDENS, 2012, p. 44).

Essa concepção unidirecional de proteção dos direitos fundamentais, face ao poder estatal (perspectiva negativa), foi difundida na Europa, entre o final do século XVIII até o pós-segunda guerra mundial, marcando o primeiro Estado Constitucional de viés liberal. Nesse momento histórico, os direitos eram compreendidos apenas como os de defesa contra os poderes públicos, vistos como os únicos obrigados a respeitá-los (FELDENS, 2012, p. 45).

Com o passar dos tempos, houve uma alteração substancial no âmbito político-social, levando a ascensão de organizações privadas, as quais assumiram diversas funções anteriormente desempenhadas diretamente pelo Estado. Com isso, uma

grande parcela dos perigos que cercam os direitos humanos e os direitos fundamentais são provenientes do setor privado (FELDENS, 2012, p. 46 e 47).

Essa circunstância fez com que houvesse uma mudança de paradigma dos direitos fundamentais, sendo estes erigidos, também, como direitos objetivos fundamentais da sociedade, irradiando eficácia entre os particulares. Essa multifuncionalidade dos direitos fundamentais orienta todo o ordenamento jurídico, tanto público como privado, exigindo prestações positivas do poder estatal destinadas à proteção do indivíduo (FELDENS, 2012, p. 47).

Interessante destacar que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no ano de 1949, após o regime nazista, constitucionalizou a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, que deveria ser respeitada por todas as autoridades públicas. Os direitos fundamentais, como direitos aplicáveis de imediato, passaram a vincular os poderes legislativo, executivo e judiciário. Logo depois foi instituída uma Corte Constitucional com o fim de revisar os atos estatais em desconformidade com a Lei Fundamental (FELDENS, 2012, p. 47).

O Tribunal Constitucional da Alemanha, a partir do caso Lüth, passou a entender que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo, mas também, valores objetivos, projetando-se por todos os campos do Direito, quer público, quer privado (FELDENS, 2012, p.48).

Sarlet enfatiza que houve uma mutação dos direitos fundamentais com a transição de um modelo de Estado Liberal para um Estado Social e Democrático de Direito, bem como pela conscientização da inoperância de uma percepção dos direitos fundamentais somente sob a ótica subjetiva (2012, on-line).

Norberto Bobbio acrescenta que a proliferação dos direitos do homem fez aumentar a quantidade de bens merecedores da tutela penal. Esse contexto deu-se, principalmente, pela passagem dos direitos de liberdade, chamadas de liberdades negativas (religião, opinião, imprensa), para os direitos políticos e sociais que reclamam uma ação direta do Estado (1992, pp. 68 e 69).

A Constituição Federal de 1988 apresenta um amplo contexto de direitos fundamentais sociais, tanto no que concerne a posições jurídicas de caráter eminentemente prestacionais, a exemplo dos direitos à educação, à saúde e a

assistência social, como os direitos sociais negativos, de caráter defensivo, como o direito social à moradia, que afasta a penhora do imóvel que serve como habitação. Nessa ótica, o princípio da proibição de retrocesso materializa a dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais (SARLET, eficácia, on-line).

Tem-se que a prestação jurisdicional, ao resolver problemas de colisão de direitos fundamentais, deverá valer-se do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, buscando conformar a proibição de intervenção excessiva e os imperativos de tutela eficiente (FELDENS, p. 50).

Em matéria penal, Feldens, aduz que uma postura garantista deve ser contrária à intervenção do direito penal quando esta se revele constitucionalmente ilegítima, na medida em que se torne inadequada, desnecessária ou desproporcional. Além disso, a concepção garantista reclama a observância do princípio da presunção de inocência sempre que o conjunto probatório não indicar em sentido contrário (2012, p. 52).

Em contrapartida, critica o garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli, que reduz a teoria dos direitos fundamentais à uma concepção unidirecional, na qual são dotados de uma eficácia exclusivamente negativa, oponíveis somente contra o poder estatal. Salaria que não é necessário tornar-se réu em um processo penal para ser titular de direitos fundamentais. Aqueles que não ocupam tal posição também devem ter seus direitos protegidos pelo Estado (2012, pp. 52 e 56).

Assim, um modelo garantista do direito penal rejeita um “minimalismo unidirecional”, passando a conferir garantias que impeçam a ação arbitrária do Estado e, ao mesmo tempo, assegure a tutela necessária do indivíduo frente a potenciais agressões de terceiros (2012, p. 58).

2.2 Tutela Penal Constitucional

Fábio Sbardelotto assevera que, em um Estado Democrático e de Direito, o Direito Penal não pode ficar desonerado da filtragem da Carta Magna, extraindo-se da hierarquia valorativa do texto constitucional o conteúdo material e a valoração das normas penais (2001, p. 82).

Resgatando a lição de Palazzo, pondera que quanto mais preciso for um rol de bens jurídicos previstos na Constituição, maior será a influência das normas

constitucionais no ordenamento jurídico e, principalmente, na política criminal (2001, p. 82).

Nesta linha, Ivan Luiz da Silva defende que é indispensável que os bens jurídicos protegidos por normas penais tenham respaldo ao menos implicitamente na ordem constitucional, pois, ao contrário, lhes faltarão dignidade penal. Dessa forma, o legislador ordinário não tem a faculdade de infringir o quadro axiológico estabelecido pela Carta Magna, sendo que o conceito de bem jurídico é extraído do próprio texto constitucional (2013, p. 69).

A presença da matéria penal nos textos constitucionais contemporâneos se dá por princípios especificamente penais e por princípios constitucionais concernentes à matéria penal (LUI SI, 2003, p. 13).

Os primeiros se desdobram em princípios explícitos e implícitos. Os explícitos estão presentes de forma expressa no texto constitucional. Os implícitos se perfectibilizam por estarem presentes nos dispositivos constitucionais (LUI SI, 2003, p. 13).

Já os princípios atinentes à matéria penal têm por escopo orientar o legislador ordinário no sentido de editar normas penais destinadas a tutelar bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente (LUI SI, 2003, pp. 13 e 14).

Nesse contexto, Luiz Regis do Prado dispõe que o legislador para eleger o que merece ou não tutela penal deve, imperiosamente, ter em vista os princípios penais que são as pedras angulares fundantes e regentes de todo o sistema penal. Esses princípios que estão em sua maioria presentes, de forma explícita ou implícita, na Constituição formam a essência do Direito Penal (2003, p. 66).

Ainda na esteira de Luiz Regis Prado, em um Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal deve estar associada ao bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a perspectiva constitucional, quando socialmente necessária (2003, p. 70).

Figueiredo Dias, afirmando que a tutela penal de bens jurídicos deve ter amparo pelo texto constitucional, assevera (1981, p. 44):

Se, num Estado de direito material [...] toda a actividade do estado, incluída a jurídico-penal, há de estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos há de constituir, antes de mais, uma ordenação axiológica como aquela que preside à

Constituição, verificando-se entre as duas ordens uma mútua relação. Relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido, a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado.

Por seu turno, Gianpaolo Poggio Smanio entende que a Constituição Federal de 1988 não tem por função a formação axiológica de um sistema onde possamos depreender bens jurídicos, porém desempenha significativo papel de restrição da perspectiva social do bem jurídico, indicando os princípios normativos que deverão dirigir o legislador penal na criminalização das condutas (2002, p. 10).

Dentre as funções da Carta Magna não estão a fixação de bens jurídicos-penais, mas sim, por ser norma de hierarquia superior, a limitação do poder do legislador ordinário, vinculando juridicamente os titulares do poder estatal. Dessa forma, exerce sua função de garantia dos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e pretéritos ao próprio Estado (SMANIO, 2002, p. 10).

Tem-se, assim, que as limitações previstas no texto constitucional dirigidas ao legislador penal estão previstas no artigo 5º, a exemplo dos princípios da legalidade, da irretroatividade, da responsabilidade, da presunção de inocência e da individualização (SMANIO, 2002, p. 10).

Feldens dispõe que a Carta Magna possui uma particular importância, servindo como “parâmetro de referência” de situações sujeitáveis à sanção penal. É por meio da Constituição que se assentam normativamente os valores regentes em um determinado momento histórico da sociedade (2012, p. 68).

Em outra passagem, dispõe que é, irrepreensível, a edificação teórica que sustenta a filtragem constitucional dos bens jurídicos merecedores de dignidade penal. Porém, não se deve olvidar que há hipóteses em que a tutela penal, embora tendente à proteção de um bem jurídico de significativo valor social, não oferta, de pronto, uma peculiar correlação com o texto constitucional (2012, p. 71).

Nesse contexto, extrair somente da Constituição Federal os bens jurídicos merecedores de tutela penal conduziria o legislador ordinário a se orientar, unicamente, por um catálogo fechado (estático), desprezando-se o princípio do pluralismo jurídico e a separação dos poderes (FELDENS, 2012, p. 71).

Dolcini e Marinucci, citados por Feldens, apontam que, diferentemente das Constituições portuguesa, espanhola e brasileira, o texto constitucional italiano de 1948 não dispõe sobre a dignidade penal dos bens ambientais. Apesar disso, não há dúvidas sobre a legitimidade da utilização do direito penal na Itália para a proteção do meio ambiente. Nesse contexto, a Constituição não institui um limite geral ao legislador ordinário na seleção discricionária dos bens jurídicos dignos de proteção penal, o qual, portanto, não está vinculado aos bens jurídicos com relevância constitucional (2012, pp. 71 e 72).

De outra banda, a Constituição Federal estabeleceu, expressamente, um rol extenso de condutas que devem ser criminalizadas pelo Estado a fim de que forneça ao cidadão, através da norma penal, o direito fundamental de segurança pública. Neste espectro, temos, dentre outros, o terrorismo, os crimes hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2017, p. 435).

Os mandados de criminalização, previstos no texto constitucional, impõem ao Estado a criminalização de determinadas condutas, através de legislação infraconstitucional, a fim de garantir um direito fundamental coletivo (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2017, p. 435).

Feldens (2005, p. 75) assevera:

o mandado constitucional não define a conduta incriminada, menos ainda estabelece-lhe sanção, mas tão-somente, de forma nem sempre específica, a conduta por incriminar. Daí por que centra-se, a princípio em uma obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando já existe, em uma obrigação negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente.

Os mandados expressos e implícitos de criminalização serão analisados mais adiante em tópicos específicos.

2.3 Níveis de tutela penal

O princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ao conferir tal preceito, o constituinte originário deixou a cargo do legislador considerar o que se deva entender por infração penal e estabelecer a sanção correspondente.

Não obstante, esse mister designado ao legislador ordinário encontra limites dispostos pelo próprio texto constitucional, o qual indica um modelo definido de bem jurídico prévio e obrigatório ao ordenamento jurídico penal, assim como uma ordem de valores preteritamente constituída à atividade legislativa (FELDENS, 2012, p. 61).

Nessa perspectiva de tutela de direitos fundamentais, a Carta Magna delimita os mandados de criminalização, as proibições de criminalização e o poder discricionário conferido ao legislador penal para legislar sobre norma penal, temas esses que serão estudados em tópicos específicos.

Luciano Feldens, observa que as ideias de mandados, proibições e discricionariedade podem perfeitamente ser substituídas pelos conceitos de tutela penal calcados na necessidade, impossibilidade e possibilidade. Dessa forma, o que é determinado pelo Poder Constituinte é necessário, o que está proibido é constitucionalmente impossível; e o que o texto constitucional confere discricionariedade ao legislador ordinário é apenas possível (Feldens, 2012, pp. 64 e 65).

Ainda na esteira de Luciano Feldens, a Carta Magna e o Direito possuem três níveis de interação assente em uma relação axiológico-normativa: a) proibição constitucional da tutela penal; b) possibilidade de intervenção penal; c) e proteção obrigatória do direito penal alicerçado nos mandados explícitos de penalização previstos na Constituição Federal (FELDENS, 2012, p. 65).

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal exarando decisão no HABEAS CORPUS 102.087/2012, do Estado de Minas Gerais, abordou o modelo de três níveis de intensidade proposto pela doutrina e jurisprudência constitucional da República Federal da Alemanha e aplicável ao sistema normativo pátrio (BRASIL, STF, 2012):

Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve

sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

Nesse contorno, a pedra angular do sistema normativo penal tem como cerne a ordem de valores previstos no texto constitucional, sendo estes consagrados, com preeminência, nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, assim, são “o epicentro da relação entre Constituição e Direito Penal, constituindo-se no núcleo em torno do qual se pode cogitar de uma reserva constitucional de Direito Penal” (FELDENS, 2012, p. 65).

2.4 Mandados expressos de criminalização

Conforme já observado, os direitos fundamentais não mais se exaurem como direitos subjetivos individuais de proteção do indivíduo contra atos do poder público, como ocorria no modelo liberal clássico. Paralelamente, se constituem de significado jurídico-objetivo, reclamando ação positiva do Estado para a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos entre si.

Os mandados expressos de criminalização, previstos no texto constitucional, ingressam nessa ótica de deveres de proteção do Estado, realçando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Observe-se que os textos constitucionais modernos contêm uma série de normas dirigidas a expandir o direito penal, a fim de torná-lo uma ferramenta de tutela de direitos transindividuais e para que se atendam as premissas de Justiça Criminal (LUISI, p. 57).

A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, aprovada pela Resolução 260 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9/12/1948, retificada pelo Brasil em 4/4/1951 e promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6/05/1952, é considerado o primeiro mandado de criminalização, em nível de direito internacional, cujo bem jurídico tutelado é o direito fundamental à vida (CRUZ, 2018, p. 377).

Posteriormente, quatro Convenções de Genebra de 1949 fizeram previsão de mandados expressos de criminalização, segundo a concepção de jurisdição universal. De acordo com as convenções, os Estados-membros (entre eles o Brasil) estão obrigados a localizar pessoas que cometeram graves violações do direito humanitário universal e processá-las, não importando a que país pertençam, ou entregá-las a outro Estado-membro para que sejam julgadas e punidas penalmente (CRUZ, 2018, p. 377).

Ponte aduz que os mandados de criminalização apontam determinadas matérias que o Poder Legislativo tem obrigação de legislar com o objetivo de proteger certos bens jurídicos de forma apropriada e, se possível, integral (2008, p. 152).

Na visão de Rodrigo de Campos Costa, a criminalização constitucional de determinadas condutas não visa utilizar o direito penal indevidamente, mediante o direito penal simbólico, mas sim garantir a segurança pública e a tutela de bens jurídicos de extrema relevância (2019, p. 53).

O jurista Lenio Streck, em posição polêmica ao tratar dos mandados explícitos de criminalização, nega que o constituinte tenha adotado o princípio da intervenção mínima do Direito Penal (2008, on-line).

A opção do legislador constituinte em positivar comandos criminalizantes provocou — ou deveria ter provocado — uma drástica mudança no tratamento dos bens jurídico-penais. Em outras palavras, é possível afirmar que, ao contrário do que sustentam os penalistas adeptos de posturas minimalistas, o constituinte não albergou a tese da “intervenção mínima do Direito Penal”, mas, ao contrário disso, colocou, pelo menos hipoteticamente, a possibilidade de subversão de grande parte de uma hegemonia histórica nas relações de poder sustentadas e reproduzidas, em não desprezível parcela, pela aplicação da lei penal.

Luciano Feldens defende que há situações em que a relevância conferida ao bem jurídico com dignidade penal conduz à necessidade do recurso à pena, vista como o único meio eficaz para a tutela desse bem. Há hipóteses em que o merecimento e a necessidade ao recurso à pena derivam explícita ou implicitamente do texto constitucional (2005, p. 74).

Assim, o mandado de criminalização impõe uma obrigação de natureza positiva para que a norma penal seja materializada pelo legislador e, quando essa já existente, uma obrigação de natureza negativa (eficácia paralisante), proibindo, assim, que seja extirpada do ordenamento jurídico (FELDENS, 2018, p. 420).

Nesta ótica, o legislador deve edificar a norma penal, estabelecendo os seus termos e limites, os quais não podem ir além do constitucionalmente permitido e nem ficar aquém das exigências constitucionais. A doutrina costuma utilizar os termos “proibição de excesso” e “proibição de proteção deficiente” (FELDENS, 2018 p. 420).

Por outra perspectiva, Janaína Pascoal, aduz que se admitindo que a Constituição Federal impõe a criminalização de determinadas condutas, esta deixa de ser um limite do Direito Penal e passa a ser seu fundamento. Assim, resgatando posicionamentos de constitucionalistas como Celso Ribeiro Bastos e José Afonso da Silva, discorda que os mandados de criminalização impõem uma obrigação ao legislador, pois as teorias garantistas exigem uma necessidade real de criminalização, o que deverá ser avaliada em cada momento histórico (2003, pp.69 e 107).

Ainda, conforme a jurista, há um descompasso na modelagem dos mandados de criminalização previstos no texto constitucional (2003, p. 107):

[...] como visto, a Constituição Federal brasileira traz, em seu art. 5º, caput, uma indicação de criminalização das ofensas à vida. E no mesmo art. 5º, desta feita no inciso XLII, uma determinação da criminalização do racismo. Em face desses dispositivos, aparece questionamento referente a como admitir que o constituinte deixe para o legislador a liberdade de criminalizar ou não às afrontas à vida, obrigando-o, ao contrário, a criminalizar o racismo. Parece muito mais coerente entender que, em ambos os casos, o constituinte permite a criminalização, deixando ao legislador a liberdade de fazê-lo e de como fazê-lo, justificando-se a determinação expressa no caso do racismo, na história das desigualdades raciais do país.

Feldens colaciona que a omissão legislativa refletiria em ilicitude constitucional por parte do Poder Legislativo, eis que a passividade desse poder constituído, diferentemente de mera inércia, leva a uma infração do ordenamento jurídico. Não sendo possível ao Tribunal Constitucional suprir a lacuna legislativa e nem mesmo determinar que o legislador assim o proceda, restará configurada a responsabilidade política do Parlamento por sua inação (2005, p. 79).

Critica a posição doutrinária que sustenta que os mandados de criminalização seriam disposições destituídas de normatividade, porquanto fundamentada em visão parcial e incompleta do regime de garantias estabelecidas pelo texto constitucional e incompatíveis com as funções contemporâneas dos direitos fundamentais. Assim, por

um viés, os direitos fundamentais reclamam respeito e, por outro, tutela (2005, pp. 85 e 86).

O Supremo Tribunal Federal no julgamento na ADO MI 4733/DF, em 13.06.2019, reconheceu a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e de transfobia. Eis um trecho do informativo n. 944 da Suprema Corte (BRASIL, STF, 2019) referente ao julgamento:

Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, julgou procedentes os pedidos formulados em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e em mandado de injunção (MI) para reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia. Determinou, também, até que seja colmatada essa lacuna legislativa, a aplicação da Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção [...]. A corrente majoritária reconheceu, em suma, que a omissão do Congresso Nacional atenta contra a Constituição Federal (CF), a qual impõe, nos termos do seu art. 5º, XLI e XLII (1), inquestionável mandado de incriminação. Entendeu que as práticas homotransfóbicas se qualificam como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC 82.424/RS (caso Ellwanger).

Antes de apresentar os mandados expressos de criminalização previstos no texto da Carta Magna, importante destacar o texto do artigo 5º, inciso XLI, o qual dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Segundo Feldens, essa cláusula genérica poderia resultar em normas penais que tutelariam o direito do indivíduo a não ser discriminado por força dos direitos fundamentais. Porém, o texto por ser aberto, não oferece um domínio sobre seu real significado normativo (2005, p. 80 e 81).

A Carta Magna prevê, expressamente, os seguintes mandados de penalização:

- a. “Art. 5º. [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

O crime de racismo é previsto na Lei n. 7.716/89 (BRASIL, 1989), a qual, “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

- b. “Art. 5º. [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

A tortura é prevista na Lei 9.455/97 (BRASIL, 1997); o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins na Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006); o terrorismo tem tipificação na Lei nº 13.260/2016 (BRASIL, 2016); e o crimes hediondos na Lei 8.072/90 (BRASIL, 1990).

c. “Art. 5º. [...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”;

Aqui o texto constitucional, ao mencionar “a ordem constitucional” e o “Estado Democrático”, estabelece um mandado de criminalização que visa tutelar um direito que se aproxima da natureza dos direitos transindividuais. A doutrina vincula essa disposição constitucional com os delitos penais previstos na Lei n. 7.170/1983 (BRASIL, 1983) que “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências” (FELDENS, 2005, p. 83).

d. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

Feldens salienta que essa preocupação do constituinte com a proteção do salário do trabalhador, e não com sua vida, se justifica em razão de que essa inação constitucional encontra guarida na teoria dos mandados implícitos de penalização (2005, p. 83).

Por seu turno, Renato Stanzola Vieira defende que o dispositivo em apreço não se trata de um mandado expresso de criminalização, pois, ao contrário de outras disposições constitucionais relativas aos delitos e as penas, as ideias de dignidade penal e de necessidade de proteção específica estão distantes da tutela penal do bem jurídico. A previsão constitucional não comina especial gravidade quando se refere à retenção salarial dos trabalhadores (2011, p. 432).

e. “Art. 227. [...] § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Essa previsão constitucional exige não somente a punição para o abuso, a violência e a exploração sexual praticada contra crianças e adolescentes, mas sim

punição severa, o que requer normas penais para alcançar o propósito constitucional (FELDENS, 2005, p. 83).

Assim, o legislador editou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990). Além do ECA temos como âmbito de proteção de crianças e adolescentes os crimes previstos nos artigos 217-A (Estupro de Vulnerável), 218 (Corrupção de Menores), 218-A (Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente) e 218-B (Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável), todos do Código Penal Brasileiro.

Vieira, citando o constitucionalista José Afonso da Silva, expressa que as normas constitucionais consolidam os aspectos ideológicos de matiz econômica e social contemporâneos e, neste grupo, encontram-se, segundo a doutrina, a proteção ao meio ambiente e a tutela de abusos perpetrados contra crianças e adolescentes (2011, p. 433).

O referido jurista, ao contrário de Feldens, ressalta que o verbo de intensidade “severamente” não tem o condão de impor a tutela penal, pois o fato de existir bem jurídico que reclama proteção legal não demanda, necessariamente, que seja por norma penal. Ademais, o dispositivo por não exigir a necessidade e nem a idoneidade da proteção penal, adequa-se a um mandado implícito de criminalização (2011, p. 433).

f. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O texto traduz-se em uma tutela constitucional transindividual ou difusa, transpassando dos direitos de proteção individual, sendo materializado pela Lei n. 9.605/98 (BRASIL, 1998) que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras

providências”. Salienta-se que a lei em questão prevê a possibilidade de a pessoa jurídica ser autora da prática de delitos, gerando um amplo debate no meio jurídico a esse respeito (FELDENS, 2005, p. 84).

Flávio Turessi não discorda que o meio ambiente mereça tutela penal, porém assevera que nem toda a conduta, seja comissiva ou omissiva, que venha a ofender esse bem jurídico é merecedora de dignidade penal. Assim, há disposições na citada Lei 9.605/98 que deveriam ser encaradas como meras infrações administrativas ou contravenções penais (2015, p. 170).

Por outro lado, em consonância com a dupla face do princípio da proporcionalidade, há dispositivos cujas penas são insatisfatórias para a proteção eficiente desse bem jurídico-penal. Exemplifica com o artigo 60 da Lei 9.605/98 que prevê condutas, potencialmente, poluidoras do meio ambiente com pena máxima de 6 (seis) meses, arrostando a proporcionalidade em matéria penal (TURESSI, 2015, pp. 170 e 171).

Entende, ainda, que o legislador deveria, à luz do que dispõe o mandado de criminalização previsto no § 3º do artigo 225 do texto constitucional, considerar a segurança no trabalho um bem jurídico coletivo digno e merecedor de proteção penal, visto que “o trabalhador fica exposto a diversas fontes de energia, máquinas e substâncias químicas que, por vezes, se revelam hostis e extremamente danosas para a sua saúde e para sua própria vida” (TURESSI, 2015, p. 171).

Como se observará em tópico específico, a Lei do crime organizado (Lei 12.850/2013) considera organização criminosa, entre outras hipóteses, a reunião de 4 (quatro) ou mais pessoas para a prática de delitos cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos.

Sob esse aspecto, a legislação editada em cumprimento ao que determina o texto constitucional, a qual busca proteger bens com dignidade penal, está perfeitamente apta a tutelar bens jurídicos ofendidos pelas organizações criminosas. Esses bens podem ser tanto os de natureza individual, a exemplo da vida e da incolumidade física, quanto os de natureza transindividual, como o meio ambiente sustentável.

2.5 Mandados implícitos de criminalização

Segundo Rogério Cruz, um dos antecedentes históricos da construção da teoria dos mandados implícitos de criminalização foi o surgimento das denominadas constituições dirigentes (na locução de Canotilho), as quais possuem textos de cunho: a) emancipatório, com o objetivo de estabelecer uma justiça social mais igualitária; b) analítico, por desejar atuar em todas as esferas da experiência social; e c) programático, por escolher programas em nível constitucional direcionados ao legislador ordinário para edição normativa, o qual passou a ter de se adaptar com o dirigismo constitucional. (CRUZ, 2018, p. 378).

Os mandados implícitos de criminalização passaram, realmente, a ser reconhecidos com maior potencial a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão que, em 25/02/1956, declarou inconstitucional a Lei de Reforma do Código Penal (5. StRG, de 18/06/1974) que tratava do aborto, permitindo a interrupção da gravidez nos primeiros três meses de gestação (TURESSI, 2015, p. 173).

André de Carvalho Ramos considera que mandado implícito de criminalização “seria a ordem de utilização do direito penal para proteger determinados bens jurídicos, que, sem o instrumento penal, ficariam insuficientemente protegidos” (2006, p. 16).

Há autores em âmbito nacional e internacional que negam a existência dos chamados mandados implícitos de criminalização.

Nessa senda, Janaína Pachal, defende que inexistente um dever de criminalização, mas sim uma possibilidade conferida pelo texto constitucional, que deverá ser examinada de acordo com o contexto social, assim como com a concreta necessidade e utilidade da tutela penal (2003, p. 92).

Jorge de Figueiredo Dias destaca que o legislador ordinário, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, está vinculado às normas constitucionais que apontam a necessidade da intervenção penal para a proteção de determinados bens jurídicos, porém insurge-se com os mandados implícitos de criminalização estabelecendo que (2001, p. 59):

[...] todo o bem jurídico penalmente relevante tem de encontrar uma referência, expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais. Mas, justamente em nome do critério da necessidade e da conseqüente subsidiariedade da tutela jurídico-penal, a inversa não é verdadeira: no preciso sentido de que não existem imposições jurídicas-constitucionais implícitas de criminalização.

Em sentido oposto, Feldens infere que o constituinte impôs a criminalização da retenção dolosa do salário do trabalhador e não o fez em relação à proteção da vida humana. Assim, advogar que o legislador ordinário está atrelado apenas aos mandados explícitos de criminalização seria entender que o Direito protege bens jurídicos de cunho patrimonial e não o direito à vida, conclusão que não atende aos anseios do Estado de Direito que encontra sua essência na dignidade da pessoa humana (2012, pp. 93 e 94).

Ainda, os direitos fundamentais como imperativos de tutela possuem dupla dimensão: a) os direitos subjetivos, de defesa do particular frente ao Estado, e; b) os direitos objetivos como imperativos de tutela que exigem uma atuação positiva do Estado para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo (2005, p. 98).

Os mandados implícitos de criminalização devem encontrar limites no próprio texto constitucional. Nessa ótica, na visão de Feldens, nos deparamos com uma proteção constitucional implícita quando: i) o bem-jurídico encontrasse não só uma proteção de índole constitucional, “mas de uma nítida e inquestionável preponderância dentro da própria ordem constitucional de valores (dignidade constitucional primaz do bem jurídico); ii) quando pela torpeza da agressão outra norma que não a penal se tornaria insuficiente e ineficaz (2012, p. 96).

Nesse contexto, Turessi assevera que o reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização não deve ser feito de forma assistemática, mas sim atender critérios objetivos, respeitando-se o princípio da proporcionalidade e a suficiente proteção legal dos bens jurídicos que se visa proteger. Assim, quando há a necessidade da tutela de valores nobres previstos no texto constitucional, mesmo utilizando-se o Direito Penal que reconhecidamente deve atender ao princípio da intervenção mínima, tem-se de levar em consideração a existência de uma dupla face dos direitos fundamentais (2015, p. 175).

Ingo Sarlet, diversamente, considera que o sentido da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não é um simples “reverso da navalha” da concepção subjetiva, eis que “às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva e, que, além disso, desemboca no reconhecimento de

conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais” (2012, online).

Ainda segundo Sarlet, pode-se conceber regras e princípios legitimadores de direitos subjetivos fundamentais, bem como regras e princípios simplesmente objetivos (2012, onl-ine).

2.6 Proibição de proteção deficiente

O direito penal de concepção iluminista foi estruturado como *ultima ratio* para a solução dos conflitos em sociedade, limitando a atuação estatal e prestigiando as liberdades individuais. Nesse contexto, o Processo Penal assume o papel de garantidor dessas liberdades em face dos atos do Estado (MAYA; LORENZONI 2019, p. 240).

Na Europa, principalmente na Alemanha, a partir do modelo de Estado Social de Direito, foi desenvolvida a teoria dos direitos a prestações estatais positivas, incluindo as garantias de proteção de direitos fundamentais, como a vida e a dignidade humana, por meio de normas penais (FELDENS, 2005, p. 92).

Essa moderna configuração de sociedade fez surgir novos bens jurídicos a serem protegidos, notadamente os de natureza difusa. Dessa forma, houve significativa mudança do protótipo de delitos de lesão a bens individuais (encartados pelo direito penal clássico) para o modelo de perigo a bens supraindividuais, compreendendo os de conteúdo coletivo e transindividual (RENNER, 2019, pp. 34 e 36).

Luiz Luisi salienta que os princípios liberais se materializam em programas descriminalizantes, ao passo que as instâncias solidaristas do Estado social se traduzem com a criminalização de bens coletivos. Assim, vem surgindo um novo Direito Penal em que os princípios presentes nos primórdios iluministas se fundem com as exigências de tutela dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material (2003, p. 12).

Como se denota, os direitos fundamentais não se extinguem como direitos subjetivos de proteção do indivíduo contra atos do Poder Estatal, mas se constituem, também, de significado jurídico-objetivo, exigindo ação positiva dos poderes constituídos e não somente garantias negativas de direitos individuais (SARLET, 2003, p. 171).

Na doutrina estrangeira, Josef Isensee, referindo-se ao entendimento do Tribunal Constitucional alemão, enfatiza que a obrigação do Estado se desdobra na dimensão negativa, no sentido de respeitar os direitos fundamentais e, também, na positiva, no dever de protegê-los (2014, p.59).

Em doutrina posterior, Ingo Sarlet, negando a dupla face dos direitos fundamentais, assevera que os direitos fundamentais subjetivos constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes das mais diversas espécies e até mesmo de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários (2012, on-line).

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade não se exaure na premissa da proibição de excesso, já que reclama dever de tutela por parte do Estado contra agressões a direitos fundamentais oriundas de terceiros. A doutrina alemã denomina essa ação positiva do Estado de proibição de proteção deficiente (STRECK, 2004, pp. 314 e 315).

Ainda na esteira do posicionamento de Lenio Streck (2008, on-line):

Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, neste momento histórico, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: *exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato*. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito *demite-se da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos*

A proibição de proteção deficiente, na visão de Feldens, busca indicar um padrão mínimo das ações do poder estatal, decorrendo a necessidade de definir-se um grau, satisfatoriamente, adequado de tutela penal ao direito fundamental (2012, pp. 166 e 167).

Ainda segundo Feldens, indicando a doutrina de Ditelein sobre a necessidade da medida mínima de atuação do legislador, com supedâneo nas máximas do princípio da proporcionalidade e salientando a importância da análise da necessidade da intervenção (2012, pp. 166 e 167):

o exame do mínimo necessário residiria precisamente na segunda fase do exame da proporcionalidade da medida, precisamente na análise de sua necessidade. Dessa forma, assim como na proibição da proteção excessiva seria necessário somente aquele meio que, dentre os meios apropriados disponíveis, menos afetasse indivíduo onerado, no âmbito da proibição de proteção deficiente e constatação da necessidade de uma intervenção esclareceria que para o cumprimento do respectivo encargo constitucional inexistiriam possibilidades mais suaves.

Após acurado exame, afastadas a proibição de excesso e de proteção insuficiente, há um âmbito de liberdade entre os limites mínimo e máximo de intervenção estatal (não delimitado pelo texto constitucional), que é deixado a cargo do legislador ordinário quando da elaboração da legislação infraconstitucional (2012, p. 167).

Tem-se, nessa perspectiva, que os direitos fundamentais, de forma oblíqua, irradiam seus efeitos nas relações entre particulares já que o Estado tem o dever de proteger os cidadãos nas relações entre si (CANARIS, 2004, p. 23).

Nesse sentido, Sarlet destaca que o efeito irradiante dos direitos fundamentais alcança, também, as relações privadas e não apenas os direitos oponíveis ao poder estatal, sendo esse um dos desdobramentos mais importantes na teoria dos direitos fundamentais objetivos (2012, on-line).

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana exige uma obrigação geral de respeito pelo semelhante e que se traduz em um catálogo de deveres e direitos correlatos de bens fundamentais para o desenvolvimento do indivíduo. É vedado aplicar o Direito com excessos desarrazoados, porém igualmente, há a proibição de proceder com deficiência, devendo haver, então, “proteção equilibrada dos direitos fundamentais também das vítimas” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 59).

A proibição de insuficiência se conecta com a proibição de excesso. A primeira estipula o grau mínimo de proteção, ao passo que a proibição de excesso estabelece o limite máximo da intervenção estatal para o fim de proteção do indivíduo (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 60).

Importante destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112-1/DF em que se posiciona sobre a proibição de proteção deficiente e outras considerações correlatas (BRASIL, STF, 2019):

[...] 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, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. 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 tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos[...]. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).

Baltazar Júnior, referindo-se ao dever de proteção para enfrentamento ao crime organizado, destaca que uma atuação eficiente da justiça penal poderá restringir o direito de liberdade do violador da lei, mas estará preservando os direitos fundamentais das vítimas. Na falta de outro recurso efetivo, é legítima a utilização do direito penal e do direito processual penal para a proteção dos direitos fundamentais (2010, pp. 213 e 214).

Jakobs, analisando o ressurgimento do punitivismo, destaca que a expansão do direito penal não leva apenas à edição de normas simbólicas (inaplicáveis), com o intuito de produzir tranquilidade ao cidadão. Há normas penais novas destinadas a serem aplicadas de forma efetiva ou, ainda, o endurecimento de sanções para normas já existentes (2020, p. 81).

Assim, "surgem exigências de funcionamento diferido da máquina estatal persecutória a partir de instrumentos mais invasivos de Direitos Fundamentais Individuais (invasão de privacidade pela via de quebras de sigilo, escutas ambientais e telefônicas)" (LEAL, 2020 p. 324).

O Estado se vale do Direito Penal para atender os compromissos constitucionais e infraconstitucionais, dispondo de mecanismos de enfrentamento a comportamentos que infringem o pacto social e exigem do poder público a expansão de políticas

intimidatórias e sancionatórias de graves atos ilícitos, como o tráfico de drogas, abusos sexuais e corrupção (LEAL, 2020, p. 323).

Na mesma linha, Fischer e Pereira salientam que práticas delituosas, principalmente as mais graves, que deixam de ser solucionadas conduzem aos riscos de reiteração criminosa. Dessa forma, torna-se relevante o “efeito dissuasório do sistema penal”, com a necessária participação efetiva da polícia e do poder judiciário, a fim de impedir o sentimento sistemático da impunidade (2019, p. 111).

2.7 Segurança pública como um direito fundamental

O Estado nunca se omitiu em sua tarefa de prestar segurança pública, mesmo no seu viés liberal em que foi proporcionado ao indivíduo diversas garantias de proteção frente aos atos praticados pelos agentes estatais (BALTAZAR JR., 2010, p. 189).

O Contrato Social do filósofo Jean-Jacques Rousseau garante o máximo de liberdade ao indivíduo, desde que não prejudique a terceiro. Portanto, os limites acordados ao pleno exercício dos direitos e liberdades individuais são, precisamente, aqueles que conferem a todos os indivíduos o gozo dos mesmos direitos e liberdades (LIMA, 204, p. 63).

A restrição da liberdade individual orienta-se pelos ditames do interesse geral e do bem comum. Pelas regras do Contrato Social os indivíduos alienam seus direitos à coletividade, que é representada pelo Estado, sendo este a autoridade legítima para fazer cumprir as cláusulas pactuadas (LIMA, 2014, pp. 63 e 64).

Neste particular, Isensee, abordando a concepção de segurança e liberdade defendida por Locke, a partir do que foi estabelecido por Hobbes (2014, pp. 22-23), dispõe:

La filosofía de la libertad de Locke no sustituye a la filosofía de la seguridad de Hobes. Em todo caso se construye y se desarrolla a partir de ésta. Locke agrega un nuevo fundamento de legitimación al establecido por Hobbes. Em otras palabras: Locke ve más allá que Hobbes porque está subido a su hombros. Y lo que descubre es que la seguridad se puede obtener a um precio más bajo que el de sacrificar la libertad; que no sólo el Estado absoluto, sino también el Estado vinculado al Derecho y limitado em su poder es capaz de garantizar la paz; que la seguridad y la libertad ciudadanas pueden darse conjuntamente.

No entendimento de Baltazar Junior, os princípios de segurança e liberdade podem entrar em colisão, sendo que uma maior vigilância por parte do Estado resultará

em mais segurança, porém em menos liberdade. Em contrapartida, quanto maior for a liberdade menor será a segurança. Assim, deverá se buscar no caso concreto uma maior eficácia possível para ambos os direitos fundamentais (2010, p. 205).

Josef Isensee entrelaça segurança e liberdade, destacando que (2014, pp. 41 e 58):

La seguridad y la libertad [...] están inseparablemente relacionadas. Son las dos caras de la misma moneda, diferentes aspectos jurídicos estatales de una misma cuestión: de la vida, de la libertad, de la propiedad de las personas, así como de los demás bienes jurídicos privados. La seguridad y la libertad de los bienes jurídicos, la primera en relación a los particulares, y la segunda en relación a los poderes públicos [...] si los derechos de libertad se agotaran en el status negativos y encontrarán en el Estado solamente a su adversario y no a su garante, no podrían ofrecer el fundamento del orden estatal [...] sino que significarían la puerta hacia la anarquía.

Denota-se, por conseguinte, que o bem jurídico “segurança pública” tem auferido destaque entre os deveres de proteção do Estado já que a ausência de segurança impede o livre exercício dos demais direitos fundamentais e “o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 187).

A segurança pública e o enfrentamento à criminalidade e a violência são de interesse público indisponível do Poder Estatal e da própria sociedade. Esse enfrentamento à criminalidade exige harmonia na proteção de bens jurídicos do indivíduo e dos investigados da prática de atos ilícitos (LEAL, 2020, p. 251).

Em se tratando do enfrentamento ao crime organizado, Baltazar Junior destaca que a aplicação efetiva da justiça penal poderá limitar o direito fundamental de liberdade dos autores de delitos, porém estará salvaguardando os direitos fundamentais das vítimas. Assim, os violadores da lei penal e, também, as vítimas são detentores de direitos fundamentais, o que não é levado em conta na ótica dos direitos fundamentais como mera perspectiva negativa (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 212).

Consoante Isensee, a tutela de bens jurídicos se manifesta como um triângulo de relações jurídicas entre o Estado, o autor de delitos e a vítima. Entre o Estado e o violador da lei existe uma relação pública de intervenção; entre o Estado e a vítima há uma relação de prestação de assistência. Já entre o agressor e a vítima há somente uma relação de direito privado (2014, p. 65).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o direito fundamental à segurança no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), assim como no catálogo dos direitos sociais (artigo 6º), os quais fazem parte do Título II do texto constitucional, que dispõe sobre os direitos e as garantias fundamentais. Portanto, formalmente, o direito à segurança é qualificado como um direito fundamental (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 251).

Tem-se que o conceito de segurança pública deve adequar-se com o princípio democrático, com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nessa perspectiva, os princípios fundamentais irradiam eficácia sobre as demais disposições do texto constitucional, incluindo as relacionadas à segurança pública (SOUZA NETO, 2007, pp. 8 e 9).

Nesse contexto, a preservação da ordem pública deve ser realizada com observância da Constituição e das leis. As políticas públicas de segurança e as, conseqüentes, ações policiais devem levar em consideração os direitos fundamentais, pois, caso contrário, ficará ameaçada a própria ordem pública que se pretende preservar (SOUZA NETO, 2007, p. 14).

Argumenta-se que, com base no entendimento de que os direitos fundamentais são os direitos promulgados pela Carta Magna, que, de acordo com Alexy, atendam os atributos de moralidade, fundamentalidade, preferencialidade e abstratividade, é aceitável concluir que o direito à segurança é um direito fundamental sob a perspectiva material (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 251).

Souza Neto, na mesma linha, dispõe que a segurança é um direito fundamental na perspectiva material por se fundir com o princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, prover a tranquilidade e a previsibilidade necessárias à vida em sociedade (2013, p. 237).

Em interessante reflexão, Rodrigo de Azevedo entende que o direito fundamental à segurança pessoal está inserto na primeira dimensão dos direitos fundamentais já que se vincula, entre outros, à integridade física e à liberdade. Por seu turno, a segurança pública pode ser projetada como perspectiva pública da segurança pessoal,

reclamando, a exemplo da habitação e da saúde, uma ação positiva do Estado, estando inserida na segunda dimensão dos direitos fundamentais (2008, p. 28).

Sendo direito fundamental, a segurança pública deve ser universalizada de maneira igual para todos os indivíduos, sem qualquer seletividade. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, em razão da universalização igualitária da Segurança Pública, não é possível a cobrança de “taxa de segurança pública”, pois não se trata de um serviço público que possua destinatários juridicamente individualizáveis, sendo inespecífico e indivisível, devendo ser mantido mediante impostos e não através de taxas (SOUZA NETO, 2007, pp. 10 e 11).

Em posição contrária, Fábio da Silva Bozza, citando lição de Alessandro Baratta, assevera que a segurança é uma necessidade humana e uma função do sistema jurídico. Nas duas hipóteses não possui conteúdo próprio. A segurança como necessidade é secundária e como função do sistema jurídico é um direito secundário (2015, on-line).

Nesse giro, as necessidades se apresentam no sistema jurídico sob a forma de direitos. Uma vez que a segurança não é uma necessidade primária, mas sim secundária a todas as outras necessidades, deve ser compreendida como direito secundário a outros direitos (2015, on-line).

Na perspectiva de uma teoria normativa do direito, a segurança é direcionada à validade ideal do direito. Assim, sob a ótica da teoria normativa do direito, trata-se da segurança do direito, ou segurança jurídica; sob a matiz de uma teoria sociológica do direito, trata-se de segurança através do direito (2015, on-line).

Não obstante, o direito à segurança deve ser encarado como o direito a ter direitos, quase como uma forma de certeza de que aqueles direitos primários dos indivíduos serão tutelados (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 256).

Silva Bozza, enfatiza que a segurança, em muitas situações, é um mero sentimento que não pode ser objeto merecedor de tutela jurídica, ainda mais se para protegê-la haja a necessidade de limitar-se um direito real, a exemplo da liberdade e da igualdade. O que deve ser objeto de proteção jurídica são as necessidades humanas, tais como a vida, a integridade física e a liberdade (2015, on-line).

A segurança, a exemplo de outros princípios constitucionais, se subdivide em subprincípios que se enquadram em três dimensões: estabilidade, previsibilidade e ausência de perigos (SOUZA NETO, 2013, p. 237).

A estabilidade das relações jurídicas, como primeira dimensão da segurança, tem no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, as suas principais garantias (SOUZA NETO, 2013, p. 237).

Esta dimensão está relacionada com a segurança individual e a proteção do indivíduo contra possíveis abusos e arbitrariedades de agentes do Estado. Cita-se como exemplo o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de impedir, em prejuízo do réu, a alteração da definição de cumprimento de pena privativa de liberdade após o trânsito em julgado do decreto condenatório, quando o réu foi o único a recorrer da sentença condenatória. Tal decisão tem por objetivo afastar ofensa à imutabilidade da coisa julgada (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 253).

A segunda dimensão fundamental da segurança é a previsibilidade da atuação estatal que é garantida em razão dos princípios da legalidade e do juiz natural. O primeiro é previsto no artigo 5º, II que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e no art. 5º, XXXIX que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Já o princípio do juiz natural é estatuído no art. 5º, XXXVII, dispondo que “não haverá júízo ou tribunal de exceção” e no 5º, LIII, o qual estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (SOUZA NETO, pp. 237 e 238).

Tem-se como exemplo de previsibilidade, a exigência de Lei formal prevendo o exame psicotécnico como requisito para ingresso no serviço público. Os atos do exame psicotécnico devem contar com objetividade e publicidade como forma de previsibilidade dos participantes do certame (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 254).

A segurança, como terceira dimensão, é concebida como redução de riscos e está atrelada a uma concepção social, prevista no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Nesta ótica, se divide nos âmbitos da segurança pública, meio ambiente e seguridade social, previstos, respectivamente, nos artigos 144, 225, 194 e 203 do texto constitucional (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 254).

Souza Neto aduz que em âmbito de segurança pública, o Estado deve “garantir a incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144) através da atividade de prevenção, vigilância e repressão de condutas delituosas” (2013 p. 238).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que do direito à segurança previsto no artigo 6º relaciona-se com a perspectiva da segurança pública do artigo 144 da Constituição Federal e que o Poder Judiciário pode determinar que o Estado implemente políticas públicas de segurança pública para salvaguardar direitos fundamentais, sem que isso viole o princípio constitucional da separação dos poderes. No Estado do Rio Grande do Sul já houve decisão judicial em ação civil pública que determinou, com base no direito fundamental à segurança pública, que a Brigada Militar (polícia militar) prestasse plantão ininterrupto (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 256).

Inferese, dessa forma, que no Estado Democrático e de Direito, o direito fundamental à segurança da sociedade pode prevalecer sobre os direitos fundamentais dos indivíduos, mas somente no limite necessário para o restabelecimento da segurança ameaçada, devendo o Estado prestar contas dos atos praticados (LEAL, 2020, p. 167).

2.8 Proibição de criminalização

Conforme já visto, o texto constitucional prevê mandados expressos e implícitos de criminalização, fazendo com que a doutrina e a jurisprudência se debrucem sobre os limites estabelecidos pelo constituinte.

O jurista Luiz Luisi considera que os bens jurídicos dignos de tutela penal se encontram no texto constitucional, devendo o legislador ordinário se limitar a eles quando da elaboração das leis penais (2003, p. 172).

Em outra passagem, aduz que há a possibilidade de, posteriormente ao início à data de vigência de uma determinada Constituição, surgir bens jurídicos não valorados pela Carta Magna e que pela relevância mereçam tutela penal. Nessas hipóteses, a proteção mediante normas penais não pode entrar em conflito com os princípios constitucionais. Pode haver, também, proibições expressas e implícitas, bem como limitações insuperáveis ao poder de criminalização (2003, p. 174).

Luiz Regis Prado dispõe que, em razão do princípio da reserva legal, a tutela penal de bens jurídicos somente pode se dar por intermédio de lei *stricto sensu*, conforme se depreende do artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988, e 1º, do Código Penal Brasileiro. Esse princípio constitucional tem por finalidade impedir o exercício despótico e ilimitado ao poder de punir do Estado (2003, p. 67).

A Carta Magna impede que o legislador ordinário se utilize do Direito Penal para tutelar direitos fundamentais, esferas de liberdade e valores constitucionalmente assegurados. Luciano Feldens utiliza a acepção “preceitos negativos de competência” (2012, p. 66).

O jurista lusitano J.J. Gomes Canotilho, citando a Constituição da República Portuguesa, sustenta que a aplicação direta de normas de direitos, liberdades e garantias se perfaz, independentemente, da intervenção legislativa, assim como atua diretamente contra determinada Lei que se mostre em desconformidade com o texto constitucional. Ainda, toda legislação infraconstitucional, tanto anterior como posterior à Constituição, contrária aos direitos, liberdades e garantias previstos em seu catálogo será considerada inconstitucional (2003, p. 1179).

Neste sentido, na medida em que o indivíduo exerça determinado direito individual ou coletivo reconhecido pelo texto constitucional fica proibida a intervenção do Estado pela via do Direito Penal. Cite-se como exemplos, entre outros, os direitos a liberdade de expressão, de pensamento e os direitos de reunião e de associação (FELDENS, 2012, p. 66).

O Estado, de igual forma, não poderá se valer do Direito Penal para tutelar e satisfazer interesses ou valores constitucionalmente extintos, a exemplo da desigualdade entre os seres humanos. O legislador deverá adequar-se com os princípios enunciados pelo texto constitucional, como os previstos no artigo 5º da CF/88 que dispõe sobre o princípio da igualdade de todos perante a Lei e o do artigo 3º, IV que estatui que promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (FELDENS, 2012, p. 66).

Juarez Cirino dos Santos (2017, p.30) assevera que o princípio da proporcionalidade se desdobra em uma dimensão abstrata e uma dimensão concreta,

sendo que a primeira é dirigida ao legislador e impede a criminalização de determinadas condutas (criminalização primária). Segundo o citado professor:

O princípio da proporcionalidade abstrata [...] limita a criminalização primária às hipóteses de graves violações de direitos humanos – ou seja, exclui lesões insignificantes de bens jurídicos – e delimita a cominação de penas criminais conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime.

Destaca-se que pelo princípio da ofensividade, o legislador ordinário não poderá lançar mão do direito penal para tutelar condutas que não ofendem bens jurídicos de terceiros, na esteira do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Assim, para que uma conduta possua o que se chama pela doutrina e pela jurisprudência de dignidade penal deverá haver dano, ou ao menos perigo de dano, a um bem, interesse ou direito de terceiro, quer individual, quer transindividual (FELDENS, 2012, 67).

O princípio da ofensividade alcança razão no direito fundamental constitucional de liberdade, que impede ameaças de limitação por ações estatais excessivas, inadequadas e desnecessárias (FELDENS, 2012, p. 67).

Na vertente de Juarez Cirino dos Santos, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da tutela penal nas perspectivas qualitativa e quantitativa. A primeira tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; a segunda, a extensão da lesão do bem jurídico (2017, p. 27).

Sob a ótica qualitativa, o princípio da lesividade proíbe a criminalização primária ou secundária que exclui ou limita os direitos fundamentais constitucionais de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação (CIRINO DOS SANTOS, 2017, pp. 27 e 28).

Por sua vez, a matiz quantitativa impede a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes aos bens jurídicos, sendo a manifestação concreta do princípio da insignificância do Direito Penal (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 28).

Nilo Batista sustenta que o princípio da lesividade tem por funções: a) impedir que atitudes internas sejam incriminadas, como os desejos, ideias e convicções; b) proibir a tutela penal de uma conduta que não extrapole o âmbito do autor, a exemplo

da autolesão; c) Obstar a proteção penal de simples estados ou condições existenciais, ou seja, um verdadeiro direito penal deve ser aquele direito penal do fato e não um direito penal do autor; d) impedir a criminalização de condutas desviadas (desaprovadas socialmente) que não ofendam quaisquer bens jurídicos. Cite-se como exemplos a mentira e a prática de qualquer ato sexual entre maiores de idade conscientes (2001, pp. 92, 93 e 94).

Já o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, estipula que o Direito Penal só deve ser utilizado na defesa de bens jurídicos indispensáveis à convivência pacífica dos indivíduos, quando não houver outra forma de proteção (PRADO, 2003, p. 68).

Esse princípio (intervenção mínima), que está relacionado às características da fragmentariedade e da subsidiariedade, não está previsto expressamente no texto constitucional e nem no Código Penal Brasileiro, porém sua congruência e conexão lógica com outros princípios jurídico-penais, faz com que o legislador ordinário e o intérprete da Lei se vinculem a ele (BATISTA, 2001, p. 85).

Pode-se, ainda, mencionar o princípio da adequação social como hipótese de proibição de criminalização, pois as condutas socialmente adequadas se realizam dentro do âmbito da normalidade social, sendo comportamentos materialmente atípicos. Tem-se como exemplo uma lesão corporal dolosa causada por um pontapé num jogo de futebol. Se o agente que provocou a lesão agiu dentro das regras do esporte, sua conduta será considerada socialmente aceita (TOLEDO, 2002, pp. 131 e 132).

Para finalizar esse tópico, temos o princípio da insignificância que exclui, na maioria dos tipos, os danos de pequena importância, revelando a natureza fragmentária do Direito Penal que só vai até o necessário para a tutela do bem jurídico. Exemplo é o delito de dano previsto no artigo 163 do Código Penal Brasileiro que, para ser caracterizado, exige algum prejuízo para o proprietário do bem (TOLEDO, 2002, p. 133).

2.9 Tratados internacionais que obrigam a criminalização

O caráter transnacional das organizações criminosas tem refletido em embaraços nas investigações criminais e na colheita de provas, provocados, entre outras circunstâncias, pelas diferenças de idiomas e de legislações, limites na atuação de

autoridades (policiais e judiciárias), diferenças de interpretação de normas legais e morosidade dos mecanismos de colaboração entre os países (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

Com efeito, houve uma inclinação de uniformização da legislação penal entre os países, com a relativização do princípio da territorialidade e expansão do princípio da justiça universal. Acordos internacionais foram celebrados para o enfrentamento de diversos ilícitos, como o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e o crime organizado (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 153).

Cláudio Macedo de Souza dispõe que (2017, p. 76).

[...] a legislação que conceitua a organização criminosa transnacional foi pensada numa aproximação à ordem jurídica internacional. A aproximação legislativa encontra apoio no artigo 1º, parágrafo 3º da Carta das Nações Unidas e na Resolução 2625 na qual está prevista a Declaração de Princípios de Direito Internacional referentes às relações de cooperação entre os Estados.

A Organização das Nações Unidas realizou no ano de 1994, em Nápoles, uma Conferência Ministerial sobre Crime Organizado, que resultou no início dos trabalhos para a elaboração de uma Convenção sobre Crime Organizado Transnacional, que foi firmada em Palermo, na Itália, em dezembro de 2000, e passou a ser chamada de Convenção de Palermo (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 153).

O Brasil aderiu à Convenção através do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004 (BRASIL, 2004), o qual promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Como se verá adiante, no hiato entre a entrada em vigor das Leis 12.694/12 e 12.850/2013, muito se discutiu sobre a possibilidade de se aplicar no Brasil o conceito de organização criminosa estatuído na Convenção de Palermo, hipótese que foi vedada em decisão do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 1º da Convenção de Palermo estabelece que “O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”.

Rodrigo Carneiro Gomes enfatiza que constitui elemento fundamental do conceito de crime organizado a natureza transnacional do ato delituoso ou das ações do grupo criminoso, notadamente porque assim figura no texto da Convenção de Palermo (2008, p. 20).

O artigo 2º da Convenção de Palermo dispõe que:

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

Por seu turno, a União Europeia aprovou, no ano de 1997, o documento Enfopol 161-REV-3 (Doc. 6204/2/97), o qual contém 11 (onze) requisitos para que se possa ter como caracterizada a existência de uma organização criminosa. Quatro deles devem coexistir obrigatoriamente: a) colaboração de duas ou mais pessoas; b) permanência da organização; c) cometimento de delitos graves; e d) ânimo de lucro. Os outros sete requisitos podem ou não estar presentes, de acordo com a natureza do grupo criminoso. São eles: e) distribuição de tarefas; f) controle interno da organização sobre seus membros; g) atividade internacional; h) violência; i) uso de estruturas comerciais ou de negócios; j) branqueamento de capitais; e k) pressão sobre o poder público (VALENTE, acesso em 21/072020).

A União Europeia adotou, em 21 de dezembro de 1998, a Ação Comum, que propôs a criminalização de condutas de pessoas envolvidas em organizações criminosas. Os Estados-membros foram instados a punir com sanções criminais efetivas e proporcionais os comportamentos previstos na Ação Comum (PRADO, 2013, p. 273).

Eis a redação do artigo primeiro da Ação Comum (EUROPA, 1998).

Artigo 1º. Para efeitos da presente acção comum, entende-se por organização criminosa» a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas.

Baltazar Junior enfatiza que, em nível do Conselho da Europa, o Comitê de Ministros aprovou a Recomendação (2001) 11, definindo crime organizado (2010, p. 157):

como um grupo estruturado de três ou mais pessoas existente por um período de tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer um ou mais delitos graves – entendidos como tais os castigados com quatro anos ou mais de prisão – para obter diretamente um benefício financeiro ou material, utilizando intimidação, violência, corrupção ou outros meios.

Como se verá mais adiante, o conceito de crime organizado previsto na legislação brasileira (Lei 12.850/2013), diferentemente dos textos acima, exige a associação de 4 (quatro) pessoas e estabelece a prática de infrações penais com penas superiores a 4 (quatro) anos.

O Brasil por intermédio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991 (BRASIL,1991), promulgou a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, a qual entrou em vigor em nível internacional no ano de 1990.

A referida Convenção tem por objetivo o enfrentamento ao tráfico de drogas e a lavagem de capitais. Nessa perspectiva, Fernanda Baqueiro destaca que a referida Convenção fomenta a cooperação entre os Estados, prevendo em seu artigo 11 a entrega vigiada e, assim, possibilita que as autoridades investigativas de um país remetam o proveito do ilícito a outro (2017, p. 188).

Embora a Convenção de Viena, em princípio, tenha previsto somente o tráfico ilícito de drogas como crime antecedente à lavagem de capitais, conferindo maior destaque ao seu enfrentamento, exigiu dos Estados signatários a elaboração de legislação criminal de combate à Lavagem de Dinheiro (BAQUEIRO, 2017, p. 189).

Em nível nacional, atendendo aos termos da Convenção de Viena, temos a Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006) que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e a Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998) que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

3. CRIME ORGANIZADO

3.1 Origem e conceito

Não se sabe ao certo a gênese da criminalidade organizada, mas histórias de criminosos marcados pelo tempo, retratadas em livros e filmes, causam fascínio em muitas pessoas. Na Idade Média, contos da sociedade secreta criminosa espanhola Garduna já mexiam com o imaginário popular (SOUTHWELL, 2014, p. 6).

Rafael Pacheco aduz que algumas organizações criminosas da atualidade não eram inicialmente voltadas a atividades delituosas. A maioria teve origem em movimentos populares, o que levou a sua aceitação na sociedade local, bem como a cooptação de voluntários para a prática de suas atividades ilícitas posteriores. Os relatos mais remotos dessas associações podem ser constatados no princípio do século XVI e tinham como base fomentadora, e organizacional, a proteção de pessoas desamparadas da assistência de serviços públicos que, normalmente, habitavam localidades rurais (2007, p.22).

Por seu turno, Luiz Regis Prado menciona que a criminalidade organizada não é um fenômeno moderno, tendo origem em meados dos séculos XVIII e XIX, com o chamado “banditismo social”, que se manifestava tanto no ambiente urbano como no rural, cujos atores eram pessoas, respectivamente, inseridas nas classes do proletariado e do campo (2013, p. 249).

Dada a complexidade do tema, não há um consenso doutrinário a respeito dos conceitos de criminalidade organizada, organizações criminosas e crime organizado. Cada uma delas retrata realidades sujeitas a variadas matizes, inclusive de um país para outro (2013, p. 247).

Neste particular, Mendroni assevera que (2016, p.19):

não se pode definir com absoluta exatidão o que seja organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade-, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente.

A criminalidade organizada apresenta-se como um fenômeno social, econômico, político, cultural, sendo produto da sociedade contemporânea. É similar a outros fenômenos criminosos, a exemplo do terrorismo, da criminalidade política e econômico-financeira (PRADO, 2013, p.248).

Há autores que, apesar de concordarem com a dificuldade de se conceituar organizações criminosas, estabelecem características similares entre elas.

O sociólogo Jean Ziegler apresenta, em sua obra, o conceito desenvolvido pelo Fundo Nacional Suíço de Pesquisa Científica (2003, p. 55):

Existe crime organizado [transcontinental] quando uma organização cujo funcionamento é semelhante ao de uma empresa internacional pratica uma divisão muito aprofundada de tarefas, dispõem de estruturas hermeticamente fechadas, concebidas de maneira metódica e duradoura, e procura obter lucros tão elevados quanto possível cometendo infrações e participando da economia legal. Para isso, a organização recorre à violência, à intimidação, e tenta exercer sua influência na política e na economia. Ela apresenta geralmente uma estrutura fortemente hierarquizada e dispõe de mecanismos eficazes para impor suas regras internas. Seus protagonistas, além disso, podem ser facilmente substituídos

Mingardi considera que o crime organizado se materializa em uma reunião de pessoas inclinadas para a realização de atividades criminosas e clandestinas, que possui um poder hierárquico e capacidade de planejamento empresarial. Esse grupo compreende uma divisão de trabalho e tem o lucro como objetivo. Suas práticas delitivas compreendem o uso da violência e da intimidação, tendo como origem dos lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, obtendo a proteção de servidores estatais. Possuem como atributos um sistema de clientela, a exigência da lei do silêncio e o controle sobre parcela de determinado território (1994, p.18).

No Brasil, a ideia de crime organizado se apresenta em quatro principais cenários: roubo de cargas, roubo e furto de veículos, tráfico de drogas e jogo do bicho.

Porém nem sempre há crime organizado quando ocorrem os referidos delitos. Pode haver, por exemplo, roubo de veículos e tráfico de drogas sem uma organização para a consecução dessas atividades. Sem embargo, a contravenção penal do jogo do bicho implica, necessariamente, a existência de uma organização criminosa, pois não se vislumbra a existência de um “apontador” que atue sozinho (MINGARDI, 1994, p. 24).

Importante destacar que a criminalidade organizada não se confunde com a criminalidade de massas.

Esta última pode ser facilmente visualizada, compreendendo arrombamento de apartamentos, roubos, furtos de automóveis, entre outros. Já a criminalidade organizada possui uma visibilidade menor do que a de massas, possuindo, no entanto, um gigantesco potencial de ameaça e é capaz de corromper os poderes do Estado, abarcando uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas, tais como o tráfico de drogas e a corrupção (HASSEMER, pp. 65, 66 e 67).

Em razão disso, é completamente equivocado incluir no conceito de criminalidade organizada atos criminosos habituais de quadrilha ou bando, mesmo que apresentem maior perigosidade ou compreendam melhor planejamento para os atos executórios (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 22).

Como veremos mais adiante, a complexidade em definir, com clareza, o conceito de organização criminosa não impediu o legislador, tanto no âmbito nacional como no direito comparado, de estabelecer legislação para prever atos ilícitos das mais diversas estruturas criminosas em âmbito global.

3.2 Sociedade de risco, globalização e crime organizado

Silva Sánchez considera que uma das características mais marcantes das sociedades do período pós-industrial é o medo, a sensação de insegurança, podendo ser esses riscos tecnológicos e não tecnológicos. Pondera que a complexidade social, com suas múltiplas formas de informação, gera incertezas no que é bom e no que é ruim, no que se pode ou não confiar, constituindo motivos para incertezas, ansiedade e insegurança (RENNER, 2019, p. 26).

A sociedade industrial levou ao aumento geométrico dos riscos oriundos das ações humanas. Os riscos estão em todos os locais, a exemplo da chuva ácida, armazenamento de material radioativo e o aquecimento global (SILVEIRA, 2010, p. 48).

O sociólogo alemão Ulrich Beck (2010, p. 361) infere que:

conceito de sociedade de risco expressa a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais – que tem uma presença esmagadora hoje em nosso mundo. Na medida em que o risco é vivido

como algo onipresente, só há três reações possíveis: negação, apatia e transformação.

Deslindando a natureza humana, alerta que no horizonte de riscos desaparecem o permitido ou proibido, o legal ou o ilegal. Não existe pessoas boas ou más, surgindo indivíduos mais ou menos arriscados. No final, todos representam um determinado risco para todos os outros (BECK, 2016, p. 342).

O risco pode ser externo, vindo de fora, como os eventos da natureza. E pode ser fabricado - proveniente da globalização - quando criado pelo próprio ser humano, a exemplo dos riscos ambientais e os inerentes ao aquecimento global (GIDDENS, 2007, p. 36).

A sociedade moderna, em razão de seu dinamismo, está alterando diversos conceitos como os relativos a questão sexual, família nuclear e indústria. Essa nova modernização é chamada pelo eminente sociólogo de “modernização reflexiva” (BECK, p. 2).

Esta modernização reflexiva, ou modernização da modernização, reclama profunda reflexão, pois propicia inseguranças profundas de todo um contexto social, podendo levar a pobreza em massa, crises econômicas e ecológicas, guerras, além de estados de emergência propiciados por acidentes catastróficos (BECK, p. 4).

Silva Sánchez (2001, pp. 27 e 28) discorrendo sobre o tema assevera que:

[...] la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual [...]. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera.

O avanço tecnológico fez surgir meios de comunicação que ingressam, facilmente, nos lares do mundo inteiro, alcançando pessoas de diferentes faixas etárias e classes sociais.

Mário Ferreira dos Santos lamenta que os meios de comunicação supervalorizam o crime violento e realçam a imagem do criminoso de forma a torná-lo exemplo a ser alcançado. Em muitas oportunidades o delinquente habilidoso é encarado como inteligente e a astúcia empregada por ele é vista como virtude. Os grandes gestos, os atos nobres e meritórios recebem um mínimo de espaço, quando não são nem sequer mencionados (2012, p. 30).

Salienta-se que as sociedades de risco não atingem apenas uma classe específica, abrangendo pessoas de todas as classes que ocupam um determinado raio de alcance de ameaças produzidas pela ação humana. Os riscos da modernização “possuem uma tendência imanente à globalização” (BECK, p. 43).

Neste giro, a globalização, com seus reflexos no comércio entre as mais diversas nações e avanço significativo da tecnologia, colaborou decisivamente para a expansão do crime organizado.

A maior interconexão das economias globais oportunizou a formação e desenvolvimentos de diversas zonas de livre comércio em âmbito global, as quais levaram a uma redução de controles aduaneiros e, assim, uma facilitação de acesso às fronteiras dos países. Esse cenário propiciou o aproveitamento e avanço das organizações criminosas (CARDOSO PEREIRA, 2105, p. 32).

Na lição de Baltazar Júnior (2010, p. 83):

Não há como negar, porém, que a globalização econômica, a criação de zonas de livre comércio e livre circulação de bens e pessoas, com a supressão ou diminuição dos controles fronteiriços e alfandegários, o liberalismo econômico e a consequente desregulamentação de vários mercados, a queda da cortina de ferro, o avanço tecnológico e a queda nos custos das telecomunicações e transportes, a popularização da informática e da internet, as redes bancárias mundiais e as diferenças de bem-estar entre países ricos e pobres criaram uma nova realidade para a sociedade e, como parte dela, para as práticas delituosas organizadas transnacionais, que encontraram nessa nova realidade social o caldo ideal para sua expansão.

Neste contexto, a lavagem de capitais ou reciclagem ilícita de capitais (pedra angular do crime organizado), presume a introdução de expressiva quantidade de

dinheiro e bens no sistema econômico de um país, causando prejuízos irreparáveis para economia e o sistema financeiro, refletindo em alterações inexplicáveis na demanda de dinheiro, nas taxas de juros e de câmbio, em razão das inesperadas movimentações transnacionais da moeda (CARDOSO PEREIRA, 2015, pp. 35 e 36).

Os chamados “paraísos fiscais”, territórios que possuem frágil controle do sistema fiscal e escassa tributação, são utilizados para a ocultação de bens adquiridos pelas organizações criminosas, viabilizando que ingressem em um sistema bancário oficial e depois retornem ao mercado sem levantar maiores suspeitas (CARDOSO PEREIRA, 2015, p. 36).

As organizações criminosas têm se valido, também, de personalidades jurídicas inidôneas (empresas de fachada) com o objetivo de tornar lícito o dinheiro obtido por meios escusos e, assim, angariar lucros volumosos (CARDOSO PEREIRA, 2015, p. 39).

Esse imenso mercado da economia mundial propicia uma demanda significativa por bens de procedência ilícita, levando cada vez mais à propagação das redes criminosas, as quais são marcadas pelo viés empresarial. excelente aparato logístico e alto teor de sofisticação em suas empreitadas delituosas (CARDOSO PEREIRA, 2015, p. 40).

3.3 O mito do crime organizado

Parte da doutrina entende que o crime organizado é um mito idealizado por alguns segmentos da sociedade, como a mídia e as agências policiais.

Em importante estudo, Zaffaroni destaca que o conceito de *organized crime* não é criminológico, mas sim uma tarefa que o poder impôs aos criminólogos. O referido jurista apresenta, em consonância com parcela da doutrina, quatro origens conceituais para o crime organizado, quais sejam: a) a policial; b) a criminológica; c) a dos arrependidos; d) a dos economistas (acrescentando a dos políticos, com base em diferentes comissões parlamentares).

Zaffaroni realça que os criminólogos e os economistas (e os políticos) se debruçam sobre as referências estabelecidas por policiais e arrependidos, de modo que as informações monopolizadas pela polícia, a qual não permite que os cientistas

tenham acesso a elas, concedeu a esta instituição um poder sublime na edificação de políticas e estratégias referentes ao crime organizado (1996, p. 48).

Infere que as variadas metodologias de campo, a exemplo de observador participante, entrevistas e averiguações, utilizadas nos Estados Unidos para estabelecer manifestações do crime organizado, demonstram que as atividades geralmente são organizadas em forma subcultural e local, não se materializando em organização rígida ou burocrática difundidas por políticos, pela polícia e pelos autores de ficção (ZAFFARONI, 1996, p. 53).

O jurista e magistrado argentino enfatiza que sob a ótica do mercado (1996, pp. 53 e 54):

o crime organizado seria o conjunto de atividades ilícitas que operam no mercado, disciplinando-o quando as atividades legais ou o estado não o fazem. Em termos mais preciosos, sua função econômica seria a de abranger as áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado [...]. Em síntese, tem-se a sensação, ao menos do ângulo econômico, de que, o crime organizado é um fenômeno de mercado desorganizado ou não disciplinado, que se abre à disciplina produzida pela atividade empresarial lícita ou menos lícita. É óbvio que estas aberturas ou furos na disciplina do mercado são muito diferentes, instáveis e variáveis, pois como todo mercado é dinâmico, existem espaços que se obstruem e outros que se abrem. Dá que a conceitualização resulte impossível e as tentativas se vejam frustradas e que, ademais, os espaços mesmos não possam suprimir-se, porque implicaria parar a dinâmica do mercado, ou seja, fazê-lo desaparecer [...]. Sem dúvida existem máfias e bandos, há atividades lícitas e ilícitas, mas não há um conceito que possa abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel em atividades lícitas.

Assim, o fenômeno da globalização da economia, com ampla flexibilidade da circulação de bens e serviços através das fronteiras, propiciou novos espaços de indisciplina de mercado, os quais foram ocupados pela atividade empresarial, tanto lícita como ilícita. Esse panorama fez emergir economias complementares ilícitas, como o comércio de cocaína. Pode-se afirmar que a intensidade da atuação ilegal, mesclada com a legal, refletiu numa nova forma de acumulação de capital, calcada no dinheiro obtido de transações ilícitas e evasões fiscais, tráfico de bens e serviços proibidos, especulação financeira, entre outros. Neste sentido, a economia se desenvolve sem bens, pelo menos em sua cariz tradicional. (ZAFFARONI, 1996, p. 56).

Nesse giro, com exceção de verdadeiras associações ilícitas, não há como se estabelecer um liame matemático, nem mesmo aproximado, da distinção entre uma empresa legal e outra ilegal, de modo que é incomum que uma empresa lícita não cometa alguma atividade contrária às normas legais. Portanto, a busca por caracterizar a atividade ilícita como exemplo de crime organizado viu-se frustrada no plano científico, podendo-se provar somente a existência de um fenômeno de mercado (ZAFFARONI, 1996, p. 63).

Conclui Zaffaroni, que argumentar a existência do crime organizado em todas as atividades ilegais é uma teoria da conspiração, sem amparo científico, sustentada pelos meios de comunicação, pela ficção, pelo clientelismo político e pela polícia, os quais levaram os criminólogos, sem sucesso, a se esforçar na elaboração das bases desse “mito mafioso” (1996, p. 63).

Juarez Cirino dos Santos, na mesma linha de Zaffaroni, considera que o conceito de crime organizado é um mito sem base criminológica própria, difundido pelos meios de comunicação, pela literatura de ficção, por políticos e instituições de controle social, sendo estruturado nos polos americano e europeu do sistema capitalista globalizado. O discurso americano sobre o *organized crime* é, sob a ótica da realidade, um mito; do ponto de vista da ciência, uma categoria sem conteúdo; e na perspectiva prática, um estigma descabido. Além disso, é marcado como conspiração nacional de etnias estrangeiras. Já o modelo europeu, detidamente o italiano, tem por objeto de estudo original a máfia italiana (2003, pp. 01 e 02).

Nesta trilha, no terceiro mundo houve inversão do método de investigação científica a respeito do crime organizado, já que “o processo de conhecimento, em vez de avançar da percepção do problema para sua definição, retrocede da definição do problema para sua percepção” (2003, p. 01).

O mito em torno do crime organizado, sustentado pela criminologia americana, pode ser comprovado pela desorganização e precária condição financeira das famosas famílias mafiosas, demonstrando que os vultuosos recursos obtidos com o contrabando de drogas e jogo ilegal, não passam de pequenos delitos e contravenções, bem menos lucrativos do que qualquer atividade considerada lícita (SANTOS, 2003, p. 02).

Neste cenário, o poder do crime organizado no Brasil, de acordo com os meios de comunicação de massa, se perfectibiliza no tráfico de drogas como principal atividade, sendo o país mercado consumidor e rota de drogas dos países andinos para os Estados Unidos e a Europa. As substâncias entorpecentes são adquiridas pelos traficantes brasileiros em troca de caminhões e cargas roubadas nas rodovias brasileiras e garantidas por homicídios perpetrados por esquadrões da morte (SANTOS, 2003, p. 6).

Baltazar Junior discorda da teoria do mito, salientando que se trata de uma estratégia de defesa utilizada nos Estados Unidos, no Brasil e, principalmente, na Itália por líderes mafiosos em grandes processos criminais. Na Itália afirma-se que a máfia não é uma organização criminosa, mas sim um modo de vida marcado pela resistência siciliana ao poder estatal (2010 p. 80).

3.4 Características das organizações criminosas

A doutrina apresenta quatro matrizes básicas de organizações criminosas (MENDRONI, 2016, pp. 29 e 30), a saber:

- a) Organizações Criminosas Tradicionais – Conhecidas, também, por clássicas, configuram como principal exemplo as máfias, sendo essas espécies do gênero “Tradicional”.
- b) Rede (Network – Rete Criminale – Netzstruktur) – Tem a globalização como idiosincrasia. É composta por profissionais em determinadas áreas, porém sem vínculos, ritos e estrutura hierárquica. A estrutura criminosa se forma através de indicações e contatos no meio criminoso e atua em determinado espaço territorial por curto espaço de tempo.
- c) Empresarial – Constituída, inicialmente, no âmbito de empresas lícitas. Os empresários se beneficiam do poder hierárquico das empresas, mantendo, em primeiro plano, as atividades primárias lícitas. Porém, secundariamente, cometem diversos delitos, a exemplo da lavagem de dinheiro, estelionatos e crimes ambientais.
- d) Endógena – É a designação de organização criminosa que atua dentro de um Estado, nos níveis Federal, Estadual e Municipal. É composta por políticos e servidores públicos, de todos os escalões, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os

quais praticam crimes contra a administração pública, como corrupção, concussão e prevaricação.

O principal objetivo de qualquer organização criminosa é a obtenção de riqueza através da prática dos mais diversos atos ilícitos. A riqueza se refletirá em poder econômico e político.

Muitas organizações criminosas se utilizam de menores de idade para perpetrar seus atos criminosos, valendo-se da legislação protetiva e menos repressiva para pessoas ainda em desenvolvimento. Assim, mostra-se necessário o chamamento de outros atores, além da polícia, para minimizar o problema, tais como a família, a escola, educadores e associações (PELLEGRINI; COSTA JR., 199, p. 62).

Não é só a conceituação de organização criminosa que causa dificuldade, mas, também, suas características fundamentais, uma vez que a delinquência organizada possui particularidades específicas resultantes de fatores econômicos, políticos e sociais que perfazem sua constituição em determinado local.

A par disso, podem ser apresentados os seguintes atributos comuns na maioria das organizações criminosas:

a) Estrutura criminosa verticalizada (BALTAZAR JR, 2010, p. 127).

O poder hierárquico está presente em maior ou menor grau nas organizações criminosas de vertente empresarial. Pode-se citar como exemplo no Brasil o Primeiro Comando da Capital (PCC). Nesse ínterim, em primeiro nível hierárquico estão os dirigentes que não praticam diretamente as atividades criminosas.

Neste contexto, Southwell (214, p. 6) ensina que:

outras características marcantes dos grupos do crime organizado, que surgiram ao longo dos 4.000 anos, são as de que eles desafiam o monopólio estatal pela violência: usam o medo como método para controlar tanto seus membros como suas vítimas ; e possuem um sistema hierárquico e um código interno.

b) Esforço para alcançar o máximo de lucro e poder econômico (MENDRONI, 2016, p. 52).

O objetivo predominante de toda organização criminosa é a busca pelo aumento de seu capital financeiro, o qual reflete no poder de seus membros e de sua estrutura. Organização criminosa alguma visa estabelecer qualquer ideologia política ou social; o

escopo único é a aquisição de lucros fáceis e ilícitos. A prática do crime de Lavagem de Dinheiro é um meio para o alcance desse objetivo

c) Poder de intimidação, através de ameaças e violência (BALTAZAR JR, 2010, pp. 136 e 137).

A violência interna é direcionada aos próprios membros do grupo como forma de manter a disciplina, a hierarquia e o silêncio.

Também pode ser externa, alcançando:

- membros de grupos rivais com a finalidade da tomada ou manutenção de territórios, mercados ou regiões de negócios ou influências. No Brasil não é raro os acertos de contas entre grupos rivais no sistema prisional;
- servidores públicos, notadamente policiais e agentes penitenciários que não aceitam receber propinas em troca de favores aos grupos criminosos;
- testemunhas de ações delituosas ou moradores da comunidade onde o grupo criminoso desempenha suas atividades, com a finalidade de evitar denúncias e impor a lei do silêncio.

Neste ponto, Silva enfatiza (2003, p. 30):

a prevalência da “lei do silêncio” (a omertà das organizações mafiosas italianas), imposta aos seus membros e a pessoas estranhas à organização, é mantida com o emprego dos mais cruéis e variados meios de violência contra aqueles que ousam violá-la ou contra seus familiares, com a finalidade de intimidar outras iniciativas da mesma natureza

d) Agentes públicos envolvidos

O crime organizado, muitas vezes, obtém proteção mediante o pagamento regular, mensal ou semanal de propinas a servidores públicos encarregados de sua repressão, a exemplo dos policiais. Os agentes públicos atuam como verdadeiros associados dos criminosos.

A prática de pagamento de propinas se estende à execução penal, com o ingresso de telefones celulares, armas, drogas e prostitutas nos estabelecimentos penais.

Os atos de corrupção não alcançam somente os servidores que atuam diretamente no enfrentamento ao crime organizado, estendendo-se, também, às

organizações empresariais e a agentes públicos de altos escalões de todos os poderes.

e) Divisão direcionada de tarefas (MENDRONI, pág. 50).

Cada integrante do espectro criminoso tem suas atividades de execução definidas segundo as habilidades e os ramos das mais variadas atividades ilícitas. Cite-se como exemplos: a) o tráfico de drogas que demanda a aquisição da droga, a mistura, a revenda e a distribuição da substância entorpecente; b) o roubo de cargas que requer a obtenção de informação privilegiada, a falsificação de documentos, o monitoramento, a subtração e a revenda da carga.

f) Disponibilidade de tecnologia avançada (BALTAZAR JR, 2010, p. 142).

Muitas organizações criminosas dispõem dos mesmos recursos tecnológicos que qualquer cidadão com uma mínima capacidade de consumo, como telefones celulares, automóveis e computadores, tendo em vista que estes bens contribuem para a perpetração de diversos delitos.

Grupos criminosos abastados, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), utilizam centrais telefônicas e serviços de teleconferência, através da utilização de contratos fraudulentos em nome de terceiros, sendo substituídos, posteriormente, pelo bloqueio dos serviços em razão da inadimplência.

g) Membros restritos (MENDRONI, 2016, p. 49).

Para que uma organização criminosa se mantenha por muito tempo é necessário que a escolha de seus membros seja rigorosa. Os integrantes são selecionados através de determinadas qualificações, por indicação de parentes ou por outros integrantes. Além disso, qualificações especiais devem estar presentes, a exemplo da predisposição para cometer delitos, manter o sigilo, cumprir ordens, etc.

h) Domínio territorial (MENDRONI, 2016, p. 52).

Qualquer organização criminosa para ser forte e sólida necessita de um espaço de atuação definido para executar suas atividades ilegais. É nesse local que estão seus negócios espúrios, seus contatos com agentes políticos e públicos que recebem propinas e cometem atos de prevaricação, a fim de propiciar a consecução exitosa da movimentação delituosa.

3.5 Crime organizado e sua conexão com o poder público

Como visto, a doutrina aponta a conexão com o poder público como uma das características comuns das organizações criminosas. A corrupção e a infiltração nas instituições públicas são pontos-chave para o sucesso do crime organizado, que pode fazer parte delas de forma direta ou indireta (GOMES; PRADO; DOUGLAS, pp. 7 e 8).

A conexão indireta entre crime organizado e o Estado pode materializar-se através do financiamento de campanhas políticas e a corrupção. No primeiro caso o candidato beneficiado prestará apoio irrestrito às atividades da organização criminosa. Na segunda hipótese, aproveitando-se da depreciação dos valores éticos de determinados servidores públicos, o crime organizado, através da corrupção, acaba por neutralizar os mecanismos de repressão estatal sobre as atividades ilegais (GOMES; PRADO; DOUGLAS, 2000, pp. 10 e 11).

Uma das formas diretas de conexão entre as organizações criminosas e o Estado se dá através da inserção de profissionais em setores específicos da atividade estatal, a fim de obterem informações privilegiadas em favor do crime organizado. Neste caso, há a materialização de atividades ilegais em favor do crime organizado, a exemplo de processos licitatórios fraudulentos, desvios de verbas e obtenção de financiamentos escusos (GOMES; PRADO; DOUGLAS, 2000, p.11).

Por seu turno, a figura do intermediário, como forma de conexão entre o crime organizado e as instituições públicas, propicia uma aparência de legalidade dos atos delituosos perpetrados pelo agente criminoso. Geralmente trata-se de um profissional do direito, técnico de uma área específica ou despachante, os quais se apresentam como necessários dentro da burocracia inerente aos atos administrativos praticados pelo setor público (GOMES; PRADO; DOUGLAS, 2000, p.12).

O intermediário não integra a estrutura orgânica do Estado, mas utiliza-se do livre acesso aos órgãos públicos para colocar a estrutura oficial em favor da organização criminosa. Esse agente criminoso infiltrado tem a função de cooptar servidores públicos, formando uma organização criminosa dentro do próprio poder público, ocorrendo a prática de diversos delitos, como a concussão, venda de decisões judiciais e desvio de dinheiro público (GOMES; PRADO; DOUGLAS, 2010, pp.12 e 13).

Conserino assinala que (2011, p. 12):

organizações criminosas possuem tentáculos e ramificações na Polícia Militar, Civil, Federal, Poder Judiciário, Ministério Público, Poder Legislativo, Poder Executivo, órgãos de fiscalização tributária etc. Corrompem para obter sentenças e pareceres favoráveis. Corrompem para obter leis pusilânimes sem comprometimento com a defesa da sociedade. Corrompem para obter lenimento da fiscalização tributária e policial.

O Poder Legislativo é um dos mais propensos a ser atingido pela infiltração criminosa, porquanto é incumbido de delimitar e estruturar o ordenamento jurídico de uma nação. Estando no controle das atividades legislativas nos níveis federal, estadual e municipal, as organizações criminosas logram dominar as ações políticas em prol dos propósitos ilegais almejados. Neste diapasão, a promulgação de determinadas leis pode ser objeto de questionamento, visto que seu cumprimento pode levar ao favorecimento de interesses criminosos em detrimento do interesse público que impõe o Estado de Direito (CARDOSO PEREIRA, 2015, pp. 112 e 113).

3.6 Principais atividades da criminalidade organizada

O campo de ação dos grupos criminosos é amplo, sendo raro, ou até mesmo inexistente, os casos em que uma organização criminosa se dedique ao cometimento de um só delito. Uma mesma associação pode se dedicar, entre outros, ao tráfico de drogas, de armas, exploração da prostituição e crimes contra a administração pública (PRADO, 2013, p. 258).

Luiz Eduardo Soares destaca que o tráfico de drogas é o delito que mais avança, graças a sua aptidão de recrutar jovens vulneráveis, fora das escolas, com baixa autoestima e sem acesso a programas sociais que envolvam esporte, lazer e atividades culturais (2006, p. 116).

Ainda de acordo com Luiz Eduardo Soares, agora a respeito do dano causado pelo comércio ilegal de armas e outras formas de violência (2006, p. 116).

Como as armas circulam em grande quantidade, são baratas e fáceis de comprar no comércio ilegal, qualquer crime contra o patrimônio pode facilmente se transformar em um crime contra a vida. Basta o assaltante ter cheirado cocaína e a vítima, por nervosismo, tirar o pé da embreagem, sem querer. O carro dá um solavanco e o criminoso, assustado, atira [...]. Nem é preciso mencionar os sequestros, os estupros, a violência doméstica, a exploração sexual de crianças e adolescentes. Há muitas práticas cruéis que se tem disseminado. Cada uma delas tem suas características e exige uma forma de enfrentamento.

As associações delitivas não se restringem a cometer delitos econômicos e financeiros, mas é evidente que são mantidas com recursos financeiros auferidos de forma ilícita. Assim, muitas organizações criminosas, além de cometerem seus delitos principais, praticam atividades mercantis ilícitas, “como a oferta de bens e serviços legalmente proibidos ou limitados” (PRADO, 2013, p. 258).

Não obstante, as organizações criminosas praticam três ordens de crimes: a) crimes principais; b) crimes secundários ou de suporte; c) Lavagem de Dinheiro (MENDRONI, 2016, 38).

Os crimes principais, como o tráfico de drogas, roubo, extorsão, jogos de azar e sequestro de pessoas, são aqueles que objetivam angariar lucros de grande monta.

Já os delitos secundários ou de suporte visam auxiliar e perpetuar os principais. Geralmente não visam o lucro e, em muitas oportunidades, os delinquentes realizam gastos e investimentos. Exemplo são os crimes de informática, corrupção, concussão, ameaças e intimidações.

Por seu turno, a Lavagem de Dinheiro, como delito de terceiro nível, deve ser combatida, incessantemente, pelos órgãos de persecução criminal, já que o enfraquecimento da organização criminosa passa pela aniquilação ou diminuição dos lucros ilícitos.

Inácio Cano e Thais Duarte, destacam que, apesar de não haver um estudo específico, a disseminação de milícias (modalidade de crime organizado) nos mais diversos Estados brasileiros se dá em razão: do controle de territórios e da população local; do conluio de agentes do Estado, e; da cobrança de taxas de proteção ou do monopólio coativo do oferecimento de diversos produtos e serviços. Esse último componente é o responsável pela geração de lucros e expansão dos grupos criminosos, que se multiplicam por conta dos diversos segmentos econômicos que acabam por ser controlados (CANO; DUARTE, 2014, p. 332).

Destaca-se que as principais atividades das organizações criminosas são, entre outras, o tráfico de entorpecentes, extorsões, corrupção, concussão, lavagem de dinheiro, tráfico de armas, falsificação de dinheiro, homicídios, lesões corporais e sequestro de pessoas (MENDRONI, 2016, p. 37).

3.7 Organizações criminosas ao redor do mundo e no Brasil

Quando se fala de crime organizado nos vem à mente as conhecidas máfias, principalmente as italianas, porém não se sabe com exatidão a origem do termo “mafia”, chegando alguns historiadores a afirmar que o vocábulo foi designado pela imprensa (MENDRONI, 2016, p. 507).

A doutrina oferta contextos históricos que poderiam ter colaborado para a formação dessa expressão, a exemplo de uma peça de teatro escrita no dialeto siciliano e representada por um grupo criminoso, com sentimentos familiares, na cadeia de Vicaria em Palermo na Itália, no ano de 1863. A referida peça apresentava um chefe e um ritual de iniciação, além de conter em muitas passagens as palavras “respeito” e “humildade” (MENDRONI, 2016, p. 507).

Passaremos, a partir de agora, a verificar algumas estruturas criminosas no mundo e no Brasil.

A Cosa Nostra, que tem atividade criminosa principal o tráfico de drogas, surgiu na Sicília, Itália, sendo descoberta na década de 80 do século passado, contando com mais de 5.000 (cinco mil) filiados. Sua característica principal é o confronto com o poder estatal, utilizando-se da corrupção e da violência para impor a sua autoridade (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 15 e 17).

Por sua vez, a Camorra é um grupo mafioso que nasceu no século XIX em Nápoles, na Itália, sendo considerado o único proveniente do ambiente urbano. Atua em diversas atividades criminosas, como tráfico de drogas, fraude na importação de carne e contrabando de cigarros (ACACIA, 2017, p. 32).

A organização criminosa chinesa conhecida por Tríade (céu, terra e homem) apareceu no século XVI, caracterizando-se por rígida hierarquia e sendo responsável por uma gama de atividades ilícitas, tais como jogos de azar, tráfico de drogas, extorsão e pirataria de vídeo (PELLEGRINI; COSTA Jr., 1999, p. 63 e 65).

Em âmbito nacional, crimes bárbaros cometidos por organizações criminosas conhecidas do público em geral aparecem, diariamente, nas manchetes da imprensa escrita e falada. Os delitos, em regra, são em consequência de disputas de territórios para o comércio ilegal de substâncias entorpecentes.

Essas associações criminosas, no entanto, não lutam por uma causa específica ou disputam o poder com o ente estatal. Elas visam o cometimento dos mais variados delitos, como os roubos em geral (CALEFFI, 2014, p. 33).

Em especial perspectiva temos grupos criminosos que formam uma verdadeira guerrilha urbana em ambientes em que há a proliferação do tráfico de drogas. A guerrilha se localiza em pontos específicos das cidades e visa manter o ponto de comércio ilegal de substâncias entorpecentes (CALEFFI, 2014, p. 33).

No Estado do Rio de Janeiro, a facção criminosa mais conhecida é o Comando Vermelho, o qual surgiu nos anos 1970, quando presos políticos passaram a frequentar o mesmo ambiente carcerário dos presos comuns, principalmente no Instituto Penal Cândido Mendes, localizado na Ilha Grande.

Essa convivência resultou no aprimoramento intelectual dos presos comuns, os quais passaram a se organizar de forma mais efetiva e, assim, a estrutura criminosa passou a não só utilizar a força bruta, mas, também, planejamento efetivo em suas empreitadas criminosas (AMORIM, 2011, p. 12).

Por seu turno, o Primeiro Comando da Capital (PCC), organização criminosa paulista, conhecido pelo cometimento dos mais diversos delitos teve fundação no ano de 1993, antes de um jogo de futebol entre detentos na casa de custódia de Taubaté. A estrutura hierarquizada é marca registrada do PCC, o qual possui um Estatuto que deve ser conhecido por todos os integrantes (SOUZA, 2007, p. 11, 12 e 304).

Nos anos 2000 líderes do PCC foram transferidos para a cadeia de Bangu, no Rio de Janeiro, fazendo com que as duas facções criminosas se unissem a fim de cometer diversos crimes.

Inclusive a organização criminosa paulista foi autorizada a instalar pontos de tráfico de drogas nos morros cariocas. O estreitamento foi tão amplo que tanto o PCC como o Comando Vermelho passaram a adotar o nome do novo aliado em seus estatutos (SOUZA, 2007, p. 125 e 126).

Pacheco (2007, pp. 64 e 65) em análise sobre o crime organizado no Rio de Janeiro e São Paulo enfatiza:

E o que dizer das organizações criminosas como o Comando Vermelho (CV), Terceiro Comando, Amigos dos Amigos (ADA) e o Primeiro Comando da

Capital (PCC). AS três primeiras são velhas conhecidas das policias cariocas por seu envolvimento no tráfico de droga, a última, por sua vez, é proveniente de São Paulo ganhou destaque por organizar uma megarrebelião envolvendo mais de vinte presídios paulistas em ações simultâneas e ainda mais quando a partir da noite de 12.05.2006 promoveu a maior onda de violência contra as forças de segurança do Estado resultando em dezenas de mortes e uma cidade aterrorizada.

No Estado do Rio Grande do Sul, em 1987, eclodiu uma rebelião de presos no Instituto de Biotipologia Criminal (IBC), anexo ao Presídio Central, com 31 reféns. O bando de criminosos que conseguiu escapar buscou formar a chamada Falange Gaúcha, aos moldes da então Falange Vermelha carioca que, posteriormente, foi dividida em Comando Vermelho e Terceiro Comando. Era o começo da criminalidade organizada no extremo sul do país (DORNELLES, 2017, p. 13).

A Falange Gaúcha firmou pacto segundo o qual os integrantes que estivessem fora do sistema carcerário enviariam dinheiro para os que estivessem presos, a fim de financiar fugas e aquisição de drogas. O sistema era hierarquizado e o descumprimento do pactuado resultava em punições, que poderia chegar a morte (DORNELLES, 2017, p.13).

Muitos integrantes da Falange, na busca pelo poder, entraram em conflito, refletindo em diversas mortes dentro e fora do sistema prisional. O grupo criminoso dividiu-se gerando diversas outras associações criminosas independentes (DORNELLES, 2017, p. 14)

No Estado do Rio Grande do Sul há uma peculiar e atual rede criminosa denominada “Bala Na Cara”. Esse grupo teve origem, no ano de 2006, na Vila Bom Jesus, em Porto Alegre. O nome advém da extrema crueldade com integrantes de grupos rivais, os quais são executados com disparos de arma de fogo no rosto, a fim de que o sepultamento seja feito com o caixão fechado. A organização expandiu-se rapidamente e atua no comércio de drogas por várias regiões no Estado (CIPRIANI, 2016, p. 126).

Os “Bala na Cara”, diferentemente de outros grupos criminosos, não se originaram no sistema carcerário, porém, com o crescimento de seus integrantes,

obtiveram uma galeria própria no Presídio Central, localizado na capital gaúcha (CIPRIANI, 2016, p. 126).

3.8 Tutela penal de bens jurídicos: breves considerações

O conceito de bem jurídico não é de fácil delimitação, pois uma das características do ramo do Direito é o dinamismo, conformando-se em um sistema aberto. De toda sorte, a dificuldade de conceituação de bem jurídico deve ser encarada não como uma impossibilidade, mas sim como corolário da própria essência do direito (SMANIO, 2002, p. 130).

Nilo Batista ressalta que, apesar de não haver um rol de bens jurídicos permanentes, há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar. Os bens jurídicos resultam da criação política do delito e não podem se opor, implícita ou explicitamente, aos ditames do texto constitucional que funcionam como um controle negativo do legislador infraconstitucional (2001, p. 96).

O jurista Francisco de Assis Toledo considera que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (2002, p. 16).

Na visão de Jakobs, a denominação de bem jurídico é desprovida de conteúdo, podendo ser tudo aquilo que pode ser protegido pelo Estado por intermédio de uma norma. Por meio de determinados bens jurídicos é possível existir uma tirania ou a tutela de uma pessoa portadora de uma deficiência mental (2018, p. 5).

A criação de normas penais deve levar sempre em conta o bem jurídico protegido, que é elemento essencial de qualquer tipo penal. Assim, a existência, a estrutura e os fins do tipo penal encontram seus fundamentos no bem jurídico tutelado (LUIZI, 1987, p. 50).

O legislador ordinário ao editar os tipos penais caracteriza condutas e fatos que, em tese, são antijurídicos, eis que ofendem bens e interesses que a sociedade considera da mais alta valia e significação (LUIZI, 1987, p. 50).

Uma série de fatores, como o desenvolvimento industrial, as concentrações humanas em grandes centros urbanos e, notadamente, a revolução tecnológica,

incrementaram o surgimento de novas e significativas agressões a bens jurídicos fundamentais do indivíduo, gerando a imperativa necessidade de novas criminalizações (LUIZI, 2003, p. 192).

Nesse contexto, a tutela penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, não pode vir desassociada do pressuposto do bem jurídico, sendo vista como legítima, sob o viés constitucional, quando exigida socialmente. A proteção penal deve ser indispensável para garantir a vida, o desenvolvimento e a paz social, considerando o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana (PRADO, 1997, p. 70).

Nesta direção, Roxin (2009, p. 16) realça que:

[...] as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além dessa função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

O legislador ordinário, ao eleger os bens jurídicos merecedores da proteção penal, deve levar em conta os princípios penais essenciais do ordenamento jurídico penal, que se encontram presentes, em sua maioria, no texto constitucional (PRADO, 1997, p. 66).

Schünemann destaca que, de acordo com concepções jusnaturalistas, o conceito de crime é delimitado não sob a ótica do legislador, mas sim da perspectiva dos danos aos bens naturais ou socialmente criados. Entre estes bens há os de caráter individual, a exemplo da vida, integridade corporal e liberdade, e os coletivos que consistem em condições transindividuais de coexistência saudável, os quais variam de acordo com o momento de evolução de determinada sociedade (2013, p. 72).

Nesta trilha, pelo princípio da liberdade, esta somente poderá ser cerceada por grave ofensa a bem jurídico tutelado. A sanção penal aplicada tem de ser necessária, imprescindível e proporcional ao relevo social do valor ofendido, visando a manutenção da paz social (REALE JÚNIOR, 2008, pp. 334 e 335).

Nesse giro, vislumbra-se que o conceito de bem jurídico, inserido no contexto de um Estado Democrático e de Direito, leva a sustentar que o direito penal, como forma de proteger bens relevantes à vida em sociedade, deve atuar de forma subsidiária e ser

último mecanismo utilizado pelo Estado para a solução dos conflitos sociais (SBARDELOTTO, 2001, p. 123).

Na sequência, abordaremos a questão dos bens jurídicos arrostados pela criminalidade organizada.

3.9 Bens jurídicos ofendidos pelo crime organizado

Questão, também, controvertida na doutrina é a que trata dos bens jurídicos afetados pelas organizações criminosas.

Sem olvidar os bens jurídicos individuais, Vicente Greco Filho realça que, na atualidade, a preocupação mais relevante do legislador é com os crimes praticados por empresas, prevendo-se, até mesmo, sanção penal às pessoas jurídicas (GRECO FILHO, 2014, on-line).

Neste rumo, também merecem atenção as organizações criminosas voltas ao tráfico de drogas, tráfico ilícito de armas, lavagem de dinheiro, entre outros. Estes grupos representam um poder paralelo aos entes estatais, não se limitando ao território de um só Estado, constituindo-se em uma criminalidade transnacional (GRECO FILHO, 2014, on-line).

Baltazar Júnior, analisando o antigo crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal Brasileiro, assevera que, de forma direta, seria atingida a paz pública (bem jurídico transindividual) que se perfaz pelo sentimento de tranquilidade e segurança fundamental ao convívio em sociedade (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 148).

Na mesma linha, Luiz Regis Prado, agora examinando a novel legislação de enfrentamento ao crime organizado, Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), e o artigo 288 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848/40 (BRASIL, 1940), que dispõe sobre a associação criminosa, destaca que o bem jurídico tutelado é a paz pública (2013, p. 268).

Porém, adverte que a complexidade que se revestem os bens jurídicos supraindividuais pode levar a inobservância de garantias individuais e uma exagerada e ineficaz exasperação do Direito Penal (PRADO, 2013, p. 251).

Paz pública exprime a tranquilidade (interna e externa), garantida pelo Poder Estatal, do convívio das pessoas em uma sociedade sem violência. (OBREGON, 2002, p. 70).

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt e Busato aduzem que o bem jurídico tutelado não é a paz pública, pois o ordenamento jurídico brasileiro privilegia o aspecto subjetivo (2014, p. 50).

Os mencionados juristas argumentam que:

Um dos bens jurídicos protegidos, de forma específica, é o *sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica*, que, em tese, veem-se atingidos pela conduta de organizar-se associativamente para obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes, e não uma indemonstrável “paz pública”, sob o aspecto objetivo, pois, geralmente, a coletividade somente toma conhecimento de ditos crimes após serem debelados pelo aparato repressivo estatal [...].

Luiz Flávio Gomes defende que os bens jurídicos tutelados pela Lei do Crime Organizado são a intangibilidade e a preservação material das instituições. Argumenta que as novas estruturas criminosas não mais se dedicam a estrita perturbação da ordem, mas sim a angariar lucro sem o uso de nenhuma forma de violência ou ameaça. Assim, a paz pública é o bem jurídico que menos querem ofender. Modernamente o crime organizado se volta a crimes de colarinho branco os quais afetam outros bens jurídicos, destacando-se o patrimônio (2013, on-line).

Sob outra perspectiva, de maneira indireta, as organizações criminosas afetam bens jurídicos individuais que, ao contrário dos transindividuais, não são o fundamento da tutela penal.

Dessa forma, delitos como homicídio, roubo, furto, lesão corporal, entre outros, já possuem tipificação legal, com suas respectivas sanções penais, no ordenamento jurídico pátrio.

Estellita e Greco mencionam que a paz pública, a ordem pública, a segurança interior e, qualquer outra denominação similar, não possuem o mérito de ser compreendidas como bens jurídicos capazes de legitimar qualquer tutela penal. Isso porque não podem ser afetados por si só sem que, simultaneamente, seja ofendido outro bem qualquer, notadamente de caráter individual, como a vida, a integridade física e a propriedade (2011, pp. 399 e 400).

A alusão ao bem coletivo é redundante sob a ótica normativa e, assim, os tipos de associações criminosas devem ser compreendidos “como protetores dos bens que poderão vir a ser lesionados pelos delitos fim da associação” (ESTELLITA, GRECO, 2011, p. 400).

Em trabalho anterior, Grego já argumentava que a soma de bens jurídicos individuais não é suficiente para perfectibilizar um bem jurídico coletivo, tendo em vista que este é qualificado pela elementar da não-distributividade, ou seja, ele é indivisível entre vários indivíduos. Assim, o bem jurídico saúde pública não passa de um pseudo-bem coletivo, uma vez que é a soma de muitas integridades físicas individuais (GRECO, 2004, p. 115).

Não obstante, há bens jurídicos como o meio ambiente e a probidade da Administração Pública que são usufruídos por toda a coletividade, não sendo possível dividir entre os membros de uma comunidade (GRECO, 2004, p. 115).

Salienta-se que o a Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece que a paz é um dos preceitos do Estado Democrático e de Direito.

Refletindo o disposto nos valores presentes no Preâmbulo, depreende-se que a paz perseguida pelo ser humano pode ser alcançada por meio do conjunto harmônico e entrelaçado dos preceitos liberdade (individual); igualdade (social); justiça (harmoniza a liberdade com a igualdade); segurança (fundamental ao exercício da justiça); e ordem (o fundamento do progresso). Esse bloco em sintonia, cuja pedra angular é a paz, perfaz o bem comum na busca da dignidade da pessoa humana, fazendo valer os direitos fundamentais (OBREGON, 2002, p. 73).

3.10 Lei 12.850/2013 como materialização dos mandados supranacionais de enfrentamento do crime organizado

A evolução da sociedade exigiu que normas de conduta fossem editadas para que as pessoas estivessem cientes de suas obrigações com o grupo social. Assim, segundo Hart, desde épocas primitivas a sociedade se viu compelida a impor regras primárias de obrigação, com restrições ao livre uso da violência e práticas de crimes, como o furto e a fraude (2005, p. 101).

O aumento significativo da criminalidade nas últimas décadas levou o legislador pátrio, em consonância com disposições constitucionais, a elaborar legislação específica para delitos de diferentes espécies, aplicando penalidades brandas para aqueles que não atentam contra bens jurídicos essenciais, principalmente os disponíveis, e sanções bem mais pesadas para aqueles que têm o fito de atingir bens considerados de muita relevância.

Neste cenário, as Leis 9.099/95 (BRASIL, 1995) e 10.2059/01 (BRASIL, 2001), as quais instituíram os juizados especiais cíveis e criminais, respectivamente nos âmbitos estadual e federal, passaram a prever que pessoas acusadas de cometerem crimes com pena máxima de dois anos não sofreriam, em princípio, sanções de encarceramento e sim se submeteriam a acordos de conciliação a fim de que a demanda judicial terminasse de forma célere.

Nesta ótica, delitos de ação penal privada ou de ação pública condicionada à representação, a exemplo dos crimes contra a honra (Injúria, Calúnia e Difamação) e de Ameaça, passaram para a esfera de conciliação entre autor e vítima. Já para os crimes de ação penal pública incondicionada, tal como o Desacato, passou a ser previsto a transação penal entre o autor do delito e o Ministério Público.

O procedimento policial também foi alterado para o encaminhamento de ocorrências de pessoas acusadas de cometer delitos abrangidos pelas leis 9.099/95 e 10.259/01. O indivíduo flagrado cometendo delito com pena máxima de dois anos não será autuado em flagrante delito, evitando, assim, todas as formalidades inerentes a este procedimento. Apenas será encaminhado perante a Autoridade Policial a fim de ser lavrado um boletim de ocorrência, registrando-se de forma sucinta os fatos narrados pelo policial que presenciou os fatos. Após o registro, o acusado que se compromete a comparecer em juízo quando chamado será posto em liberdade, sem pagamento de fiança. O inquérito policial foi dispensado para crimes dessa natureza.

Em contrapartida, a Lei 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, endureceu as sanções para quem for condenado pelo cometimento do crime de Tráfico de Drogas, buscando, dessa forma, reprimir duramente quem atenta contra a saúde pública.

Questão peculiar nessa lei de drogas é o tratamento diferenciado que é destinado aos usuários de substâncias entorpecentes, os quais, em razão da vulnerabilidade, receberam tratamento diferenciado de pessoas que cometem outros delitos.

Assim, o artigo 28 da Lei não prevê pena de prisão para os usuários, sendo aplicadas medidas brandas, como a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

No caso de reincidência, o usuário será submetido a admoestação verbal e multa. Salienta-se que, apesar de não ser aplicada pena de prisão ao consumidor de substância entorpecente, o fato, ainda, é previsto como crime na Lei de Drogas.

Por sua vez, o crime organizado, a exemplo do que ocorre em outros países, recebeu atenção especial do legislador, já que seus atos afetam, conforme já visto, bens jurídicos individuais e transindividuais.

O enfrentamento ao crime organizado não é eficiente se o Poder Estatal lança mão dos mesmos mecanismos de repressão à criminalidade comum. A criminalidade organizada é complexa, valendo-se de métodos e tecnologias avançadas, suplantando fronteiras nacionais (PRADO, 2013, p. 72).

Luiz Luisi assevera que a antiga tipificação de bando ou quadrilha não atende mais as exigências de enfrentamento eficaz às organizações criminosas que atuam em cenário global, havendo a necessidade de normas penais mais eficientes, sendo este o tema principal da agenda dos operadores do direito penal (2003, p. 192).

Nesta perspectiva, é certo que a sociedade exige ação estatal mais eficaz para a proteção da segurança pública, um dos pilares dos direitos humanos. Não é desconhecida a teoria de Habermas (MELLO, 2004, p. 44) a respeito da “deliberação coletiva”, na qual:

todos possam participar como indivíduos livres e iguais, apresentando seus argumentos (pretensões de validade) sem constrangimentos e coações e desde que as normas obtidas nesse processo possam ser aceitas por todos os potencialmente afetados por suas consequências.

Nessa trilha de mudança de concepção normativa, Hart (2005, 105), explicando sua teoria sobre as regras de alteração das normas primárias dispõe que:

O remédio para a qualidade estática do regime de regras primárias consiste na introdução do que chamaremos de 'regras de alteração'. A forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas.

Com efeito, a legislação de combate à criminalidade organizada evoluiu nos últimos anos no Brasil, seguindo o rumo de tratados e convenções internacionais comentados em tópico anterior.

Em princípio, o Código Penal de 1941 (BRASIL, 1941), em seu artigo 288, tipificava o delito de quadrilha ou bando, hoje de *nomen juris* associação criminosa.

Posteriormente, a revogada lei 6.368/76 (BRASIL, 1976) e a lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006), ainda em vigor, fizeram previsão do delito de associação para o tráfico de drogas, respectivamente, nos artigos 14 e 35 (SILVA, 2017 p. 7).

A revogada Lei 9.034/95 (BRASIL, 1995) estabeleceu, em seu artigo 2º, novas ferramentas investigativas no combate à criminalidade organizada, como a infiltração policial e a ação controlada, que consiste em retardar a ação policial até o momento mais eficaz da formação de provas contra organizações criminosas. Porém não apresentava um tipo incriminador de crime organizado e, também, não o definia.

Diante dessa lacuna legal, muito se debateu a respeito da viabilidade de se aplicar o conceito de organização criminosa determinado pela Convenção de Palermo (PRADO, 2013, p. 256).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a conceituação de organização criminosa estava em vigor no ordenamento jurídico pátrio em razão do Brasil ter ratificado a Convenção de Palermo. Já o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de aplicação da Convenção sob o fundamento de que crime só pode ser definido por intermédio de Lei em sentido formal e material (PRADO, 2013, pp. 256 e 257).

A primeira norma legal brasileira que previu o conceito de organização criminosa foi a Lei 12.694/12 (BRASIL, 2012), verbis:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Além disso, trouxe em seu bojo a possibilidade da formação de um colegiado de juízes para julgar processos envolvendo organizações criminosas, porém não tipificou norma incriminadora para punir integrantes dessas teias delitivas. (SILVA, 2017, p. 10).

Essa definição contida na Lei 12.694/12 não chegou a firmar-se no plano do ordenamento jurídico brasileiro, pois logo depois houve a edição da Lei 12.850/2013 que redefiniu o conceito de organização criminosa (BITENCOURT; BUSATO, 2014, pp. 24 e 25).

Cezar Roberto Bitencourt e Busato sustentam que em um Estado Democrático e Direito não é possível admitir-se a coexistência de dois tipos de organização criminosa, pois isso refletiria em grave ameaça à segurança jurídica e propiciaria tratamento distinto nos casos envolvendo organizações criminosas (2014, p. 38).

Assim, levando-se em consideração o § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito, Decreto-lei 4.357/42 (BRASIL, 1942), o qual dispõe que “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, pode-se afirmar que o § 1º do artigo 1º da Lei nº 12.850/2013, revogou, a partir de sua vigência, o artigo 2º da Lei nº 12.694/2012 (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 38).

Acrescente-se que a novel norma legal regula completamente o conceito de organização criminosa, enquanto que a Lei 12.694/2012 o delineava para os seus efeitos, ou seja, criar um colegiado em primeiro grau. Dessa forma, o procedimento assentado no referido texto normativo deverá levar em consideração o que prescreve a Lei 12.850/2013 (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 38).

Ainda, a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) revogou, expressamente, a Lei 9.034/95 e passou a definir organização criminosa, os meios de obtenção de provas e o rito legal a ser seguido pelos encarregados de investigar pessoas integrantes das mais diversas quadrilhas que cometem delitos graves previstos na legislação penal brasileira.

Com efeito, o artigo 1º da lei define organização criminosa nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Essa nova conceituação alterou três aspectos da legislação anterior (Lei 12.694/2012): a) o número mínimo de integrantes de uma organização criminosa, que passou de três ou mais pessoas, para quatro ou mais pessoas; b) a atual legislação disciplina a prática de infrações penais, abrangendo, assim, as contravenções, ao passo que a anterior se referia a crimes; c) a nova legislação menciona a prática de infrações penais com penas superiores a quatro anos, enquanto a pretérita previa pena igual ou superior a quatro anos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 38).

Em síntese, o texto legal adotou, expressamente, como características essenciais para a perfectibilização de organização criminosa: a associação de pelo menos quatro pessoas; grupo estruturado com divisão de tarefas, mesmo que informalmente; objetivo de obtenção direto ou indireto de vantagem de qualquer natureza (não se limitando ao plano socioeconômico); e cometimento de crimes graves, com penas cominadas superiores a quatro anos ou delitos de caráter transnacional (PRADO, 2013, p. 257).

O artigo 2º da norma em comento abarcou outras modalidades criminosas:

§ 2º Esta Lei se aplica também:

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

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

À época da edição da Lei em comento não havia mandamento legal específico que tipificasse o crime de terrorismo. Assim, a previsão contida no § 2º, II era aplicado às organizações terroristas internacionais, reconhecidas consoante as normas de direito internacional (SILVA, 2017, p.12).

Márcio Alberto Gomes Silva (2017, p. 12) acrescenta que, face o vácuo legislativo, parte da doutrina se socorria do artigo 20 da Lei de Segurança Nacional, Lei 7.170/83 (BRASIL, 1983), o qual estabelece que:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

A questão foi superada com a edição da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016) que regulamentou o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o crime de terrorismo.

O referido mandamento legal conceitua e define os atos de terrorismo dispondo que:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa.

Já o artigo 16 da norma legal, não deixando margem para qualquer dúvida, estabelece que “Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei”.

Voltando a analisar a Lei do Crime Organizado iremos nos debruçar, a partir deste instante, nos meios de investigação e obtenção de provas colocados à disposição, pela norma legal, aos órgãos de persecução criminal.

O artigo 3º possibilita, expressamente, a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; a infiltração, por policiais, em atividade de investigação; a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Os mecanismos de investigação, expressos na legislação de enfrentamento ao crime organizado, são mais abrangentes do que o Inquérito Policial e outras investigações preliminares colocadas em prática por autoridades administrativas na fase pré-processual da persecução criminal (PRADO, 2013, p. 288).

Assim, na maioria das vezes, os meios de obtenção de prova são utilizados na fase investigativa da persecução penal, de preferência quando o indivíduo não tem conhecimento da investigação que pesa sobre sua pessoa. O fator surpresa é de fundamental importância para a eficácia na obtenção da prova. São as hipóteses da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, da ação controlada e da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas (BADARÓ, 2017, p. 19).

Não seria de se afastar a hipótese de contraditório nos casos de “acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas”, a “dados cadastrais”, e “o afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal” já que os documentos que se almeja coletar estão sob a custódia de terceiros (ex: operadoras de telefonia) e o investigado não teria meios para destruir esses dados. Porém, tal conhecimento poderia causar prejuízos para a efetividade de outras medidas investigativas que dependam que o indivíduo não tome conhecimento da investigação, a exemplo da interceptação telefônica (BADARÓ, 2017, p. 20).

Por seu turno, a colaboração premiada pode verificar-se em qualquer fase da persecução criminal, inclusive após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou, ainda, quando estiver cumprindo a pena. É claro que a colaboração processual entre investigado e Ministério Público não ocorre mediante surpresa. Deve haver prévia ciência e aceitação do acusado e de seu defensor (BADARÓ, 2017, p. 20).

Os mecanismos de obtenção de provas em estudo são, extremamente, invasivos à intimidade e à vida privada das pessoas, não devendo serem colocados em prática com base em simples suposições ou suspeitas de ações delituosas (BADARÓ, 2017, p. 20).

Assim, a exemplo de qualquer investigação, devem estar presentes a materialidade delitiva (existência do delito) e a autoria ou participação na empreitada criminosa. Além disso, há a exigência da presença de fundamentos que apontem uma expectativa de sucesso na obtenção da prova que se quer alcançar, bem como a inexistência de outros meios menos gravosos que alcancem o mesmo resultado almejado (BADARÓ, 2017, p. 20).

Passaremos a analisar de forma sucinta os meios de obtenção de provas previstos na Lei 12.850/2013, com exceção da infiltração policial que será analisada em tópico específico e de forma bem mais detalhada.

3.10.1 Colaboração premiada

O legislador optou por utilizar o termo “colaboração premiada” ao invés de “delação premiada” como em outras normativas penais. Essa mudança de nomenclatura teve por finalidade suavizar a conduta da pessoa que delata coautor de prática delitiva (MOSSIN, 2016, p. 155).

A colaboração premiada consiste na redução da pena, ou até mesmo na sua total isenção, para o transgressor da lei penal que delatar seus companheiros de empreitada criminosa. É concedida pelo magistrado no momento da prolação da sentença quando estiverem satisfeitos os requisitos legais (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 115).

A Lei 12.850/2013 dispõe que:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente

com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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

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

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

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

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

Importante destacar que basta a presença de uma das cinco hipóteses previstas no artigo 4º da Lei 12.850/2013 para que seja possível a materialização do acordo de colaboração premiada (SILVA, 2017, p. 24).

A colaboração premiada contém três fases: a) negociação e acordo; b) homologação judicial; c) sentença: momento em que se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo pactuado, sendo ou não concedido o benefício apresentado (BADARÓ, 2017, p. 23).

Concluída a primeira fase e havendo acordo sobre a colaboração premiada deverá ser lavrado um termo por escrito (artigo 6º), o qual será submetido a homologação judicial no prazo de quarenta e oito horas (artigo 7º, §1º). O magistrado pode deixar de homologar o acordo firmado, se a proposta não atender aos requisitos legais (artigo 4º, §8º).

Tem-se que o juiz não se limitará a apreciar os elementos formais ou vícios de vontade, podendo, também, avaliar aspectos relativos ao cabimento do acordo pactuado e os efeitos propostos (BADARÓ, 2017, p. 230).

Mesmo havendo previsão de manifestação judicial, a Lei não exige um suporte probatório mínimo para a viabilidade da colaboração processual, pois essa se trata de um acordo prévio e consensual entre o investigado e o Ministério Público. Além disso, não é um meio invasivo de investigação e, assim, não há de se cogitar de violação da intimidade ou da vida privada. Não obstante, o juiz poderá deixar de homologar a colaboração, com base no regime da Lei 12.850/2013, caso constate, diante dos elementos de investigação, que não se trata de um caso de organização criminosa (BADARÓ, 2017, p. 23).

3.10.2 Ação controlada

A ação controlada consiste no retardamento e no aguardo do melhor instante para atuação repressiva de agentes policiais contra integrantes de organizações criminosas (MENDRONI, 2016, p. 211).

Essa ferramenta de investigação é adequada para o enfrentamento ao *modus operandi* da criminalidade organizada, configurando-se em eficaz estratégia de investigação que reclama períodos prolongados de observação e monitoramento das atividades desempenhadas por integrantes de grupos criminosos (PRADO, 2013, p. 288).

O conceito legal é previsto no artigo 8º da Lei 12.850/2013, o qual dispõe que:

Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

A doutrina considera que na maioria das vezes a ação controlada depende da prévia infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas a fim de conhecer a empreitada delituosa e, conseqüentemente, coligir melhores elementos de prova (BITENCOURT; BUSATO, 2014, pp. 143 e 144).

Esse meio de prova é uma exceção à regra prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o qual determina a prisão por parte de agentes policiais de quem estiver em situação de flagrante delito. Caso os agentes descumpram o mandamento legal poderão ser responsabilizados, tanto na esfera penal, como na administrativa.

Porém, essa previsão legal estabelece uma situação de permissividade que impede a ilicitude do tipo, pois o ordenamento jurídico impõe uma ação e autoriza em determinadas hipóteses uma omissão. Há, neste caso, um conflito de deveres que conduz a uma justificação procedimental nos termos da norma legal (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 144).

A Lei, ainda, prevê que o instituto da ação controlada será previamente comunicado ao magistrado competente que poderá estabelecer os seus limites. (§ 1º). A comunicação deverá ser sigilosamente distribuída (§ 2º), com acesso restrito ao Juiz,

ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia (§ 3º). Ao término da diligência deverá ser elaborado um auto circunstanciado da ação controlada (§ 4º).

Ressalte-se que em consequência do retardo da ação policial pode não mais haver a situação de flagrância, decorrendo daí algumas consequências para a autoridade policial e o próprio investigado.

Se a ação controlada for desenvolvida nos termos e limites da autorização judicial, a atividade policial estará sob o manto do estrito cumprimento do dever legal, ficando afastada a ilicitude em razão de uma hipótese legal de justificação. Porém, se descumpridos os limites estabelecidos pela autoridade judicial, restará apurar a responsabilidade penal e administrativa dos policiais envolvidos.

Frustrada a situação de flagrância, que de fato existiu nos termos do relatório policial, será possível a decretação de prisão preventiva ou temporária do investigado, caso existentes os requisitos legais e desde que necessárias. Nesta perspectiva, perdeu-se apenas a situação de flagrância, tendo o fato delituoso existido. Assim, deve-se diligenciar na obtenção da “prova possível e necessária ao embasamento de futura ação penal” (BITENCOURT; BUSATO, 2014 p. 153).

O artigo 9º da norma em comento que trata das transposições de fronteiras por grupos investigados em sede de ação controlada, dispõe:

Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

A transposição de fronteiras prevista no texto legal não se refere a ação controlada propriamente dita, que em verdade trata-se de uma omissão em agir, mas sim à observação e o acompanhamento por parte dos agentes policiais, os quais são condições necessárias para a autorização judicial de retardo da intervenção repressiva do Estado para fazer cessar as atividades ilícitas de uma determinada organização criminosa. Essa observação e acompanhamento dependem, em caso de transposição de fronteiras, de cooperação das autoridades dos países que integrem as rotas dos investigados para a execução dos delitos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 154).

3.10.3 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

A Lei 12.850/2003 fez a previsão da captação desses sinais em item diverso do relativo à interceptação telefônica ou telemática. Contudo não disciplinou esse meio de obtenção de prova.

Tem-se aqui escutas, microfones, monitoramento à distância, por satélite, por antenas direcionais, entre outras tecnologias modernas existentes para estas finalidades (BITENCOURT; BUATO, 2014, p. 99).

Gustavo Badaró, discordando do posicionamento de Eduardo Araújo da Silva, entende que não é possível utilizar-se por analogia o procedimento previsto na Lei 9.296/1996, que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas, pois não há disposição legal no direito pátrio que sistematize a hipótese desse meio probatório, “nem a previsão legal de um suporte probatório mínimo, quer quanto a existência do crime, quer sobre a participação do investigado” (2017, p. 28).

O referido jurista menciona que nas interceptações domiciliares, a invasão de privacidade da captação ambiental é bem maior do que a interceptação telefônica, pois serão colhidas as conversas mais íntimas entre pessoas dentro de um lar que, provavelmente, não seriam mencionadas em comunicações telefônicas. Assim, aceitar interceptação domiciliar em qualquer hipótese de crime punido com reclusão, em conformidade com a Lei 9.296/96, é desproporcional e exagerado (2017, p. 25).

Bitencourt e Busato inferem que, de acordo com ordenamento jurídico pátrio, só é possível a utilização da interceptação ambiental para investigar as organizações criminosas e os delitos praticados por quadrilha ou bando. No entanto, ampliou-se o significado de interceptação ambiental, incluindo, mediante prévia autorização judicial, a instalação por policiais de aparelhos de captação de som e imagem em residências, locais de trabalho, locais públicos, assim como registrar sinais eletromagnéticos, de rádios ou análogos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 101).

Em razão do perigo da violação do direito fundamental constitucional à intimidade, o uso deste recurso deve ser subsidiário, devendo, ainda, estar manifestas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito (BITENCOURT; BUSATO, p. 101).

3. 10. 4 Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica.

A interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas é prevista na Lei n. 9.296/96 (BRASIL, 1996) que regulamentou o art. Art. 5º, XII do texto constitucional, o qual prevê:

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

O artigo 2º da Lei 9.296/96 não admite a utilização deste recurso investigativo quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; ou o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. O legislador, com estas regras, buscou alinhar as hipóteses da interceptação telefônica com o princípio da proporcionalidade (BITENCOURT; BUSATO, 2014 p. 103).

O parágrafo único do artigo 2º dispõe que em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Essa previsão impede que pessoas não investigadas sejam atingidas pela interceptação telefônica e evidencia que deve haver uma investigação em andamento, não sendo possível a utilização da medida em forma preparatória. Além disso, trata-se de uma medida que deve ser encarada como *ultima ratio* probatória (BITENCOURT; BUSATO, 2014 pp. 103 e 104).

Na hipótese da interceptação ser feita no decurso do Inquérito Policial o sigilo deve ser preservado até a fase processual quando então, em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, será oportunizada às partes o amplo acesso às provas coligidas aos autos do processo (BITENCOURT; BUSATO 2014, p. 103).

3.10.5 Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais

O cruzamento de dados por intermédio de tecnologias de inteligência é um dos meios mais eficientes na obtenção de provas, vez que se trata de documentos que registram as atividades do investigado. Assim, é de suma importância que as autoridades encarregadas de qualquer investigação tenham acesso a registros policiais, a informações relativas a impostos, registros públicos de veículos, entre outros cadastros públicos (BITENCOURT; BUSATO, 2014 p. 188).

O acesso direto pelo Delegado de Polícia e pelo Ministério Público, independentemente de autorização judicial, a dados cadastrais do investigado mantidos pela Justiça Eleitoral, por instituições financeiras, por provedores de internet e administradoras de cartão de crédito não é uma novidade da Lei do Crime Organizado.

A previsão foi inserida pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.683/12 (BRASIL, 2012), a qual alterou a Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998), que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

Nesse sentido, o artigo 15 da Lei 12.850/2013 dispõe que:

O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Observe-se que os dados se referem ao nome, estado civil, filiação e endereço do indivíduo, não alcançando seus dados de movimentação ou disponibilidade financeira e nem ao conteúdo privado de suas comunicações telefônicas. Evidencia-se, assim, que não há violação ao direito fundamental à privacidade, posto que os dados fornecidos às autoridades se referem tão somente à identificação dos investigados (BITENCOURT; BUSATO, 2014 p. 189).

Nesta perspectiva, o artigo 16 da Lei 12.850/2013, normatizando as informações cadastrais sobre viagens, estabelece que:

As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

O acesso direto ao banco de dados de reservas e registro de viagens, sem autorização judicial, significa um acesso célere, sem burocracia, tendo de ser disponibilizado a partir de um simples requerimento ou requisição. Acesso permanente expressa que Juiz, Ministério Público e Delegado de Polícia ficam isentos de requisitar as informações de forma individual, caso a caso, devendo os dados ficarem à disposição em tempo real, preferencialmente on-line, para as consultas julgadas necessárias pelas autoridades referidas (BITENCOURT; BUSATO, 2014 p. 190).

Marcelo Mendroni defende que o texto legal, por critério de coerência, abarca, entre outros meios de transporte, empresas de táxi aéreo e marinas, assim como empresas públicas ou entidades governamentais que, de alguma forma, realizem transportes (2016, p. 257).

Esse dispositivo tem o condão de colidir com o direito fundamental à privacidade previsto no artigo 5, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, já que um investigado pode realizar uma determinada viagem desejando que esta não seja conhecida por terceiros, restando violada sua intimidade. Além disso, o acesso a todos os dados cadastrais das empresas de transporte pode atentar contra a intimidade de pessoas que não estão submetidas a qualquer processo investigatório. Assim, para que não haja violação a direitos fundamentais, principalmente de pessoas não investigadas, o dispositivo deve estar condicionado a uma prévia denúncia ou indiciamento do indivíduo cujos dados o Juiz, o Ministério Público e o Delegado de Polícia pretendem ter acesso de forma direta e permanente (BITENCOURT; BUSATO, 2014 p. 191).

O artigo 17 da Lei que trata do Crime Organizado estabelece normativa a respeito das informações sobre chamadas telefônicas, dispondo que:

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

Cezar Roberto Bitencourt e Busato denotam flagrante inconstitucionalidade dessa norma legal, pois viola aspectos da vida privada do indivíduo, notadamente a

intimidade, que são protegidos pela cláusula pétrea prevista no artigo 5º, inciso XII, do texto constitucional (2014 p. 191).

Neste rumo, não só o teor do diálogo telefônico expõe dados da intimidade de determinada pessoa, mas também o destino da chamada realizada, a exemplo de contatos realizados com casas de câmbio, casas de apostas, disque-sexo, entre outros (BITENCOURT; BUSATO, 2014 pp. 103 e 104).

Em visão contrária, Mendroni destaca que o teor das conversas telefônicas tem o condão de violar o direito fundamental à intimidade, mas não a mera pesquisa aos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas (2016, 257).

Tem-se, ainda, que o acesso direto pelo Delegado de Polícia e pelo Ministério Público aos dados cadastrais das concessionárias entra, frontalmente, em colisão com o mencionado artigo 5º, inciso XX, da Carta Magna que exige, expressamente, ordem judicial para a possibilidade de acesso a tais dados (BITENCOURT; BUSATO, 2014 p. 192).

3.10.6 Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica

Este é outro instrumento investigativo de extrema eficiência no enfrentamento ao crime organizado, vez que “demonstrar a origem ilícita do dinheiro movimentado pela organização e o destino do numerário é importantíssimo para descapitalizar a agremiação ilícita” (SILVA, 2017, p. 57).

Destaque-se a importância em apontar o período de tempo exato, as contas cujos sigilos se deseja afastar, bem como o nome das pessoas ou empresas que a investigação almeja ter os dados fiscais acessados. Essa providência é fundamental para que dados cadastrais irrelevantes não aportem nos autos do procedimento investigativo (SILVA, 2017, p. 57).

Os sigilos bancário e fiscal não são objeto de tutela por parte do texto constitucional, porém a maioria doutrinária defende a ideia de que o sigilo bancário está no rol de proteção da vida privada previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (BADARÓ, 2017, p. 38).

Assim, há consenso doutrinário e jurisprudencial de que há a necessidade de pronunciamento judicial fundamentado para o afastamento do sigilo bancário nos casos de tutela da vida privada e da intimidade, apesar de não haver expressa previsão nesse sentido, a exemplo do que ocorre com a inviolabilidade constitucional das comunicações telefônicas e do domicílio (BADARÓ, 2017, p. 38).

Em nível infraconstitucional não há dúvidas da reserva de jurisdição, vez que a Lei complementar 105/2001 (BRASIL, 2001) estabelece que o sigilo bancário somente poderá ser afastado por ordem judicial, durante o inquérito ou processo penal, quando a medida for necessária para a apuração de qualquer ilícito.

A norma legal estatui no § 4º do artigo 1º que:

A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa.

Depreende-se do rol meramente exemplificativo do texto legal acima que o afastamento do sigilo bancário, por decisão judicial, destina-se, em tese, a apuração de qualquer ilícito criminal, podendo tratar-se de crime ou contravenção (BADARÓ, 2017, p. 39).

Com relação ao sigilo fiscal, o artigo 198 do Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/66 (Brasil, 1966), dispõe que é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública, de informações fiscais dos contribuintes, exceto quando houver determinação judicial no interesse da justiça. Assim, pode ser afastado o sigilo fiscal para fins de investigação de qualquer delito, desde que com autorização judicial e amplo interesse da justiça (BADARÓ, 2017, pp. 41 e 42).

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que, desde que autorizadas pelo Poder Judiciário e devidamente justificadas, é perfeitamente possível a quebra do sigilo bancário e fiscal para a apuração de qualquer atividade delituosa (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 107).

3.10.7 Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal

Essa previsão da Lei 12.850/2013 está em consonância com a redação do artigo 7º, b, da Convenção de Palermo. A troca de informações entre as instituições deveria ser unificada, pois é de fundamental importância para o enfrentamento eficaz da criminalidade organizada (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 108).

Como se verifica, a Lei 12.850/2013 representa um novo modelo de enfrentamento ao crime organizado, pois essa “novel legislação supriu lacunas que na prática inviabilizavam a plena efetividade das medidas de investigação e obtenção de prova já tipificadas no ordenamento jurídico” (MAYA, 2017, p. 109).

O rumo político-criminal tende a buscar maior efetividade na prevenção e repressão de determinados delitos resultantes de modernas tecnologias, ou relativos à criminalidade tradicional, que fomentam a sensação de insegurança da sociedade (MAYA, 2017, p. 111).

4. INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO AO CRIME ORGANIZADO

4.1 Considerações gerais

O instituto da infiltração policial tem origem na França da época de Luís XIV que, no intuito de reforçar o regime absolutista, idealizou a figura dos delatores, os quais deveriam ser cidadãos que, em troca de vantagens e favores reais, prestavam informações sobre os opositores políticos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 156).

A figura do agente infiltrado apareceu nos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos a partir da década de 80 do século XX, inovando a perspectiva dos meios de produção de prova e exigindo uma legislação detalhada, com o objetivo de adequar-se ao modelo de um processo penal digno dos regimes democráticos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 157).

Com efeito, a utilização dessa ferramenta investigativa é prevista na legislação processual de diversos países, sendo reconhecida por estudiosos em segurança

pública como um dos únicos meios eficazes para o enfrentamento ao crime organizado. A par disso, há acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais sob sua aplicação à luz dos textos constitucionais democráticos, porquanto há preocupação com os efeitos colaterais que poderão ser produzidos em países ainda frágeis no tocante ao Estado de Direito, principalmente na América Latina (BRITO, 2013, p. 80)

O jurista Guilherme de Souza Nucci (2016, 724) conceitua a infiltração policial da seguinte forma:

representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros. Tal como a infiltração da água, que segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida, o objetivo desse meio de captação de prova tem idêntico perfil. O instituto da infiltração policial 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 estrutura, divisão das tarefas e hierarquia interna. Nessa atividade, o agente infiltrado pode valer-se da ação controlada para mais adequadamente desenvolver seus objetivos.

Nessa perspectiva, a característica fundamental da infiltração policial consiste no ocultamento da real identidade do infiltrado, que se utiliza de uma identificação fictícia com o fim de estabelecer uma relação de confiança e intimidade com os investigados. Essa estreita convivência permite que o agente infiltrado obtenha informações que serão utilizadas num futuro processo criminal (GONZÁLEZ-CASTELL, 2017, p. 516).

Não é qualquer policial que pode ser destacado para executar as atividades de um agente infiltrado. A seleção deve ser criteriosa, levando em conta o perfil comportamental e psicológico do agente, pois sua postura deve ser a mais natural possível na vida diária com os integrantes do grupo criminoso (LATERZA, 2016, 399).

Essa medida extrema deve somente ser colocada em prática em último caso e com a máxima cautela, já que a vida e idoneidade do profissional de segurança ficam em risco permanente (LATERZA, 2016, 399).

Conforme já visto, toda legislação deve passar por um filtro constitucional a fim de ter validade, não podendo ferir direitos fundamentais conquistados a duras penas ao longo da história. E não poderia ser diferente no tocante à infiltração policial em organizações criminosas, já que, conforme se verá no próximo tópico, essa ferramenta

investigativa é, extremamente, invasiva da intimidade e da vida privada dos investigados.

Analisando o tema sob a ótica do direito espanhol, Adán Carrizo González-Castell salienta que a utilização do agente infiltrado é um meio excepcional de investigação que limita os direitos fundamentais e, assim, deve sujeitar-se aos requisitos da necessidade, idoneidade e adequação. Além disso, exige autorização judicial devidamente fundamentada (GONZÁLEZ-CASTELL, 2017, p. 520).

Importante destacar que o agente infiltrado não se confunde com o agente provocador.

O infiltrado limita-se a obter a confiança dos investigados, tornando-se, supostamente, um integrante do grupo criminoso para ter acesso a informações que se constituirão em provas para subsidiar o Processo Penal (GONÇALVES; ALVES, 2001, p. 264).

O agente provocador, por sua vez, cria o próprio delito e o próprio criminoso, pois induz o investigado a cometer atos ilícitos, tal como comprar ou fornecer bens e serviços ilícitos (GONÇALVES; ALVES, 2001, p. 264).

Neste último caso, não haverá crime praticado por integrante da organização criminosa em razão da instigação ou induzimento por parte do agente policial. Essa é a inteligência da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal a qual preceitua que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

No próximo tópico analisaremos as disposições da Lei do Crime Organizado que tratam, especificamente, da infiltração policial em organizações criminosas.

4.2 Regramento brasileiro

A regulamentação do instituto da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas surgiu do compromisso assumido pelo Brasil ao subscrever a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, denominada de

Convenção de Palermo. Como já visto, a materialização legal deu-se através do Decreto Legislativo n. 5.015/2004 (BUSATO, 2017, p. 222).

A primeira norma legal a fazer previsão da medida foi a revogada Lei 9.034/95, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. A redação dada pela Lei nº 10.217/2001, dispunha:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas [...] V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Posteriormente, a também revogada Lei 10.409/2002 (drogas) dispôs que:

Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.

A atual Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, também faz previsão da técnica investigativa em estudo, estabelecendo:

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

As normas legais mencionadas acima são inaplicáveis, pois fizeram a previsão da ferramenta investigativa como meio de produção probatória, porém não estabeleceram o rito a ser seguido, o limite temporal da medida e outras disposições necessárias para que essa ferramenta investigativa fosse colocada em prática (SILVA, 2017, p. 62).

Assim, sendo normas restritivas de direitos, as quais refletem, diretamente, nas garantias fundamentais dos investigados, somente podem ser interpretadas literalmente (SOUSA, 2015, pp. 77 e 78).

Atento à expansão do crime organizado, o Congresso Nacional aprovou a Lei 12.850/2013, a qual define organização criminosa e, dentre outras disposições, estabelece, em seu artigo 3º, a infiltração de agentes policiais como meio investigatório para buscar reprimir os crimes alcançados pela norma legal.

Tem-se, inicialmente, que essa medida altamente invasiva não poderá ser posta em prática em investigação de qualquer delito, mas sim daqueles relacionados às organizações criminosas definidas na Lei 12.850/2013.

As disposições dos artigos 10 a 14 da norma em questão regulamentam, especificamente, o meio de obtenção de prova em estudo, suprimindo, dessa forma, as lacunas existentes nas legislações anteriores.

Por ser atividade invasiva à intimidade dos investigados, segue o princípio da subsidiariedade. Assim, deve ser a *última ratio*, ou seja, somente deve ser utilizada quando não houver outros meios legais eficazes para obtenção de provas em desfavor de integrantes de organizações criminosas.

A norma legal dispõe que a infiltração policial em grupos criminosos ficará a cargo de agentes de polícia em tarefas de investigação. Dessa forma, o policial encarregado dessa arriscada atividade deve ser um agente da autoridade (concurado) e pertencente aos quadros da Polícia Civil ou da Polícia Federal, instituições que, constitucionalmente, têm atribuições de investigação (SOUSA, 2015, p. 41)

Evidentemente ficam excluídos os particulares, bem como agentes das polícias militares e órgãos de inteligência que não desempenham atividades de investigação (SOUSA, 2015, p. 41 e 42).

Apesar da semelhança, não se deve confundir o agente infiltrado com o *undercover agent* do Direito norte americano. Este último, ainda que seja um policial, não atua em investigações específicas como ocorre no Brasil, mas sim em operações

genéricas, sem qualquer finalidade concreta. Além disso, pode se infiltrar ao mesmo tempo em mais de uma organização criminosa (PEREIRA, 2017, p. 588).

De acordo com o artigo 10 da Lei 12.850/2013, a infiltração policial será precedida de autorização judicial, a qual deverá ser circunstanciada, motivada e sigilosa. O deferimento judicial da medida estabelecerá os limites de ação do agente policial, levando em conta as circunstâncias e necessidades da investigação (GRECO FILHO, 2014, on-line).

O pedido de infiltração somente poderá ser feito pelo delegado de polícia, através de representação, e pelo Ministério Público, por intermédio de requerimento, devendo a Autoridade Policial manifestar-se tecnicamente caso o pedido seja feito durante o curso do Inquérito Policial.

O sucesso da infiltração policial depende de técnicas qualificadas de investigação, levando sempre em consideração a segurança do agente infiltrado. Daí a necessidade do acompanhamento da manifestação técnica do delegado de polícia no pedido de autorização judicial (GRECO FILHO, 2014, on-line).

Rafael Pacheco destaca a prudência que devem ter o delegado de polícia e o promotor de justiça no pedido da medida extrema (2007, p. 143):

A representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, para infiltrar um agente policial, deve considerar os riscos e os benefícios da operação, avaliando cuidadosamente a possibilidade de ferimento dos envolvidos, danos à propriedade, perda financeira de pessoas ou empresas, responsabilidade civil para o estado, invasão de interesses constitucionais ou outros interesses legais, além do risco de envolvimento do policial na conduta ilegal que se quer debelar.

O artigo 12 da normal legal estabelece que o pedido de infiltração policial será distribuído sigilosamente, não podendo conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente a ser infiltrado.

O parágrafo primeiro do artigo 12 estatui que as informações relativas à necessidade da infiltração policial serão dirigidas ao juiz competente que decidirá em 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público, na hipótese de representação do delegado de polícia.

Essa manifestação do Ministério Público é necessária, pois ele é o destinatário da prova e fará o juízo de valor sobre a conveniência ou necessidade desse meio de obtenção de prova (BITENCOURT; BUSATO, p. 162).

A medida somente será admitida se a prova não puder ser produzida por outros meios. Assim, o pedido de infiltração deverá apresentar de forma expressa os fundamentos que o justificam, sendo esse meio de prova subsidiário em relação aos outros. A razão dessa limitação leva em conta que um agente estatal infiltrado numa organização criminosa participa, diretamente, na perpetração de atos delitivos, devendo, então, essa técnica investigativa ser colocada em prática somente em último caso (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 169).

O § 2º do artigo 10 da Lei 12.850/2013 dispõe que será admitida a medida excepcional quando houver “indícios de infração penal”.

Esse dispositivo legal deve ser interpretado como elementos de informação que levem a um juízo de mera perspectiva da existência do grupo criminoso, não reclamando a prova da materialidade do delito, como ocorre na análise do pedido de decretação da prisão preventiva (BADARÓ, 2017 p. 30).

De acordo com § 3º do artigo 10, o prazo de infiltração é de seis meses, sem prejuízo de eventuais renovações desde que comprovada sua necessidade.

Parte da doutrina entende que, adotando os parâmetros de simetria e razoabilidade, a prorrogação deve ser limitada ao período já anteriormente autorizado de infiltração policial (SOUSA, 2015, p. 89).

Ademais, a cada prorrogação devem ser demonstradas a necessidade da medida, bem como a impossibilidade de substituí-la por outro meio probatório menos invasivo da intimidade e da vida privada dos investigados (BITENCOURT; BUSATO 2017, p. 170).

A Lei estipula no § 4º do artigo 10 que, ao término do prazo de 6 (seis) meses de infiltração, deverá ser apresentado um relatório circunstanciado ao juiz competente. Por razão de simetria, ao término de cada prorrogação deverá ser apresentado ao juízo

novo relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas pelos agentes infiltrados (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 170).

A mesma disposição dispõe que o magistrado cientificará o Ministério Público do relatório recebido. A razão dessa disposição leva em conta que, ao término da medida, o Ministério Público como destinatário da prova poderá se manifestar sobre o resultado produzido, podendo, a seu juízo de convencimento, requerer ou não a prorrogação da infiltração policial (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 170).

Impende destacar que a norma estabelece que, durante o transcurso do Inquérito Policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes o relatório da atividade de infiltração. Já o Ministério Público poderá requisitar o relatório a qualquer tempo.

Essa disposição legal tem por objetivo permitir que seja encerrada a medida excepcional, caso o Ministério Público avalie que houve êxito na obtenção das provas (BITENCOURT, BUSATO, 2014, p. 171).

Dispõe o artigo 11 que no requerimento do Ministério Público e na representação da Autoridade Policial deverão constar a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, se possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

A demonstração da necessidade reforça a natureza de *ultima ratio* dessa medida de investigação, que visa angariar provas contra integrantes de organizações criminosas. Nessa perspectiva, para a segurança do agente infiltrado e efetividade na colheita da prova, há a exigência de se conhecer um pouco do grupo criminoso e alguns de seus integrantes (BUSATO, 2017, pp. 31 e 32).

Flávio Cardoso Pereira sintetiza o que deve conter um pedido de infiltração policial (2019, p. 202):

Em apertada síntese, seriam três as perguntas a serem formuladas e respondidas pela autoridade encarregada de formular uma representação de infiltração (Polícia), ou emitir um parecer ou requerimento (Ministério Público) ou decidir favorável ou desfavorável ao início da operação de infiltração (magistrado): 1. O meio de investigação (infiltração policial) é apto à obtenção do fim perseguido na operação encoberta? 2. Foram previamente esgotadas outras formas de investigação menos agressivas aos direitos e garantias fundamentais? 3. As

vantagens derivadas do fim público que se persegue (a segurança coletiva) compensam os eventuais prejuízos provocados aos direitos individuais que serão violados?

Uma das questões mais controversas na Lei do Crime Organizado é a relativa à responsabilidade penal do agente infiltrado, pois trata-se de uma questão na qual o Estado anui e incentiva um servidor público a cometer atos que o próprio Estado tem por obrigação de coibir. É provável, por diversas razões, que o agente depois de infiltrado em um grupo criminoso cometerá atos delituosos.

Imagine-se, a título de exemplo, o policial infiltrado em uma organização criminosa voltada à prática de roubos a bancos, sequestros e homicídios. Em algum momento terá de ser protagonista na perpetração de algum delito, pois, caso contrário, poderá ter sua identidade descoberta, ficando sua integridade física, e até vida, em risco.

O primeiro dispositivo legal que buscou disciplinar essa questão foi o vetado inciso I do artigo 2º da Lei n. 9.034/95, prevendo “a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao ar. 288 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade”.

O dispositivo foi bem vetado, pois limitava-se a excluir a antijuridicidade no caso do delito de quadrilha ou bando, isto é, havia o afastamento da responsabilidade do agente pelo fato de reunir-se com integrantes de grupos criminosos para o fim de cometer delitos. Por outro lado, haveria automática responsabilização por qualquer outra prática delitiva que decorresse da atividade investigativa (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 174).

Mesmo com o veto, várias posições foram apresentadas sobre a responsabilidade penal do agente estatal que pratica delitos durante a infiltração em organizações criminosas. As que buscaram afastar a responsabilidade do agente fundamentaram na exclusão de culpabilidade; inexigibilidade de conduta diversa, escusa absolutória; excludente de ilicitude com base no estrito cumprimento do dever

legal; atividade penal por ausência de imputação objetiva; e atipicidade penal por ausência de tipicidade conglobante (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 175).

Rodolfo Laterza entende que, de acordo com o caso concreto, os delitos, necessariamente, praticados pelo agente legalmente infiltrado deveriam ser abarcados pelas causas de justificação previstas no artigo 23, inciso I (estado de necessidade) e 23, inciso III (estrito cumprimento do dever legal), ambos do Código Penal (2016, p. 399).

Com a vigência da Lei 12.850/2013, o tema foi novamente disciplinado com a seguinte redação:

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.

Debruçando-se sobre o tema, Bitencourt e Busato, descartando a tipicidade conglobante, destacam que, mesmo com autorização judicial, a simples participação do agente infiltrado em uma organização criminosa é um fato típico, porém não conduz à responsabilização criminal pelo delito de associação criminosa, nem é pressuposto de uma exclusão de ilicitude ou causa de justificação. Não teria lógica que a norma ao mesmo tempo exigisse uma conduta e a abstenção de realizá-la, sob pena de sancioná-la (2014, pp. 176 e 177):

Como visto no artigo 13, a atuação do infiltrado em uma organização criminosa é delimitada pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual na colisão de dois princípios constitucionais deve prevalecer o de maior peso. Assim, a título de exemplo, em caso de colisão, a vida, evidentemente, deve prevalecer sobre a intimidade.

O princípio da proporcionalidade, porém, é insuficiente para solucionar todas as situações fáticas ocorridas nas mais diversas hipóteses de infiltração policial.

Nessa mesma linha Bitencourt e Busato destacam (2014, p. 177):

Caberia perguntar em que consistiria esta proporcionalidade. O fim da investigação é obter provas. A pretensão de obter provas é proporcional a quê? A um crime de tráfico? A lesões corporais? A homicídio? Ou será que esta

finalidade à classe do crime investigado? Neste caso, seria oportuno igualmente perguntar se seria proporcional praticar um homicídio para investigar outro.

O parágrafo único do artigo 13 isenta o agente de responsabilidade penal quando não lhe era exigível conduta diversa ao praticar um delito no âmbito da infiltração. A ideia aqui é dar maior segurança ao profissional de segurança pública quando no curso da medida extrema.

Como advertem Bitencourt e Busato, o dispositivo trata como causa de exculpação todas as hipóteses de delitos perpetrados pelo agente durante o curso da infiltração policial, subvertendo a parte geral do Código Penal e, assim, podendo refletir em resultados injustos. A título de exemplo, teriam o mesmo tratamento legal o agente que guardou um objeto roubado e aquele que cometeu um homicídio para demonstrar lealdade com o grupo criminoso (2014, p. 178).

Essa imprecisão legislativa levou a doutrina a analisar a questão considerando se o delito praticado pelo agente infiltrado teve ou não relação com a própria atividade investigativa.

Assim, caso os delitos praticados pela organização criminosa tiveram a participação ou autoria do agente infiltrado estará presente uma causa de justificação, pois as práticas delituosas seguiriam ocorrendo, independentemente da infiltração do policial na estrutura criminosa. Ademais, o Estado já tinha conhecimento das práticas delituosas e adotou a medida para angariar provas do que já tinha conhecimento (BITENCOURT, BUSATO; 2014, p. 179).

Os crimes praticados pelo infiltrado em coautoria com integrantes do grupo crimino também, em regra, leva à mesma conclusão da hipótese anterior. A norma aqui remete para a análise de necessidade e proporcionalidade dos atos praticados pelo policial, sendo, praticamente, impossível fixar o limite máximo de autorização para que o agente contribua na perpetração dos delitos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 181).

Na mesma linha, Busato entende que em poucos casos se poderia admitir a responsabilidade penal do agente infiltrado, notadamente naquelas hipóteses em que a

negativa de contribuição não gerasse riscos à sua integridade física ou vida (2017, p. 244).

O agente que atua como cúmplice nos crimes praticados pelo grupo criminoso, em princípio, fica isento de responsabilidade penal. A cumplicidade, como simples colaboração material e acessória para a prática de certo delito, é a figura que se encontra coberta pela norma exculpante estabelecida no artigo 13 da Lei 12.850/2013 (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 180).

Busato dispõe que (2017, p. 245):

A produção probatória diz respeito necessariamente a algo mais grave do que a cumplicidade em si, ou seja, à prática do crime na condição de autor. Portanto, sempre será menos grave do que aquela, cumprindo os requisitos de proporcionalidade e necessidade referidos pela norma.

E arremata, defendendo que todos os casos de cumplicidade isentam o agente infiltrado de responsabilidade penal pela incidência da inexibibilidade de conduta conforme o direito (2017, p. 245).

A situação muda de figura na hipótese de autoria ou participação do agente em delitos diversos daqueles que investiga, devendo ser analisado os limites de atuação estabelecidos. Importante examinar, conforme a adequação e a necessidade previstas no dispositivo legal, o grau de participação e imprescindibilidade do agente na perpetração da atividade delituosa (BITENCOURT, BUSATO, 2014, p. 180).

Tem-se, ainda, a possibilidade de autoria direta de delito praticado pelo infiltrado no âmbito de uma organização criminoso. Nesse caso, os membros do grupo criminoso atuam como partícipes ou como autores mediatos da empreitada criminoso, não detendo o infiltrado o domínio da vontade, que é fator fundamental para o êxito da prática delitiva (BUSATO, 2017, p. 241).

Caso o agente não cometa o delito, conforme determinado pela organização criminoso, certamente outro integrante do grupo o cometerá, pois o domínio da vontade não pertence ao policial infiltrado (BUSATO, 2017, p. 241).

Assim, nesse caso, em princípio, o agente estará abrigado pela inexigibilidade de conduta conforme o direito, circunstância excludente da culpabilidade (BUSATO, 2017, p. 241).

O agente infiltrado que seja o autor mediato em crime praticado no âmbito da organização criminosa não estará, em princípio, abrigado pela excludente prevista na Lei, devendo responder completamente pelo delito perpetrado (BUSATO, 2017, p. 242).

Observe-se que na situação em questão o policial detém o domínio da vontade, determinando que outros integrantes do grupo criminoso cometam o ato delituoso. Esses, por sua vez, são os autores imediatos ou partícipes (BUSATO, 2017, p. 242).

E não há que se falar que o agente tenha sido coagido por integrantes do grupo criminoso a praticar o delito, pois nesse caso não será o autor mediato, mas sim instrumento de outro autor (BUSATO, 2017, p. 242).

Por fim, tem-se a hipótese de integrantes da organização criminosa cometerem delitos por provocação ou instigação do agente estatal infiltrado. Aqui o agente não estará sob o abrigo da norma autorizadora, devendo responder pelos delitos. A proporcionalidade e a necessidade não podem abarcar aqueles delitos que não seriam cometidos caso não houvesse indução ou instigação por parte do infiltrado no grupo criminoso (BITENCOURT; BUSATO, 2014, pp. 181 e 182).

Cumprido destacar que a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha, que inspirou nossa legislação, estabelece que o princípio da proporcionalidade é condição para o afastamento da responsabilidade penal, excluindo expressamente dessa hipótese a provocação do delito (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 182).

Infere-se que os delitos praticados por membros da organização criminosa, a partir de indução ou instigação do agente estatal infiltrado, estão cobertos pela redação da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal que estatui que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”.

A Lei 12.850/2013 estabelece alguns direitos ao agente infiltrado:

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

A recusa do agente em participar da infiltração, prevista no inciso I, apresenta uma situação embaraçosa, pois a norma autoriza uma desobediência hierárquica no âmbito da administração pública. Porém, ninguém melhor do que o próprio agente convocado a participar da medida excepcional para avaliar os riscos pessoais a que estará sujeito, compreendendo o dispositivo uma “exceção legal ao dever de obediência hierárquica” (SOUSA, 2015, p. 124).

Já o policial que, por conta própria, faz cessar a infiltração antes do prazo previsto deverá elaborar relatório minucioso para a autoridade policial e o Ministério Público, explicitando os dados obtidos até então, bem como os motivos que o levaram a desistir da investigação (SOUSA, 2015, p. 125).

Destaca-se o § 3º do artigo 12 da Lei n. 12.850/2013, que determina a sustação da infiltração caso haja indícios seguros de que o policial infiltrado esteja sofrendo risco iminente.

As previsões contidas nos incisos II, III e IV preceituam, entre outras medidas protetivas, a possibilidade de alteração da identidade do policial infiltrado. A norma, expressamente, estabelece a aplicação do artigo 9º da Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999 (BRASIL, 1999), chamada Lei de proteção às testemunhas, assim como o usufruto das medidas de proteção conferidas àquelas, que são as estatuídas no artigo 7º da referida norma legal.

A intenção da norma é boa, pois apresenta uma série de garantias ao agente infiltrado e sua família. Porém colocá-la em prática é uma questão que esbarra em diversas dificuldades.

Bitencourt e Busato exemplificam os óbices à efetivação da norma (2014, p. 186):

Por exemplo, não basta o documento falso de identidade, mas é necessário construir evidências plausíveis de uma vida paralela, fora dos

aparatos persecutórios, que possa ser comprovada pelos investigados. Do contrário, o risco de exposição pessoal do agente e o fracasso da missão investigatória são certos.

Infere-se, por fim, que as novas normas legais que fazem previsão da infiltração policial em ambientes virtuais não são objeto do presente estudo.

4.3 Adequação aos mandados supranacionais

Com o crescimento do crime organizado em nível transnacional, diversas normativas internacionais passaram a contemplar em seus ordenamentos a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas.

Com efeito, diversos países, a exemplo do Brasil, editaram normas a fim de se adequar às mais modernas formas de investigação de grupos criminosos que transbordam às fronteiras dos Estados.

Faremos menção há algumas dessas diretivas internacionais que contemplam essa importante e eficaz ferramenta investigativa.

Marllon Sousa menciona os itens 19 e 20 da página 6 do Guia das Boas práticas acerca das técnicas especiais de investigação ao combate ao crime transnacional organizado da Organização das Nações Unidas, os quais dispõem (2015, p. 53):

19. A utilização de agentes infiltrados apresenta várias vantagens sobre o uso de informantes, tais como a obtenção de informações em primeira mão, bem como a melhor gestão da segurança pessoal e do controle das atividades. Ele também permite a coleta de provas através de gravações de áudio/vídeo, quando permitido pela legislação nacional. No entanto, não se pode esquecer que este meio de prova envolve alto risco e dificuldades inerentes à infiltração. É preciso alertar que o tempo, recurso intensivo, e provas recolhidas por policiais disfarçados podem ser potencialmente inadmissíveis [...]. 20. Desenvolvimento dos agentes secretos devem ser sujeitos à estrita confidencialidade e avaliação de riscos inerentes. Os objetivos das investigações devem ser claramente definidos, com autorização necessária

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (EUROPA, 1950) estatui que:

ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no

exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Por seu turno, a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-membros da União Europeia (EUROPA, 1959) dispõe que:

Artigo 14.º Investigações encobertas 1 - Os Estados membros requerente e requerido podem acordar prestar auxílio na realização de investigações criminais por agentes encobertos ou que actuem sob falsa identidade (investigação encoberta). 2 - A decisão relativa ao pedido será tomada caso a caso pelas autoridades competentes do Estado membro requerido, em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais desse Estado. A duração da investigação encoberta, as suas modalidades precisas e o estatuto jurídico dos agentes envolvidos serão acordados entre os Estados membros, no respeito pelas legislações e procedimentos nacionais respectivos. 3 - As investigações encobertas serão conduzidas segundo a legislação e os procedimentos nacionais do Estado membro em cujo território se realizam. Os Estados membros envolvidos cooperarão no sentido de assegurar a preparação e a supervisão da investigação encoberta e de tomar as medidas necessárias à segurança dos agentes que actuem encobertos ou sob falsa identidade. 4 - Ao proceder à notificação prevista no n.º 2 do artigo 27.º, qualquer Estado membro pode declarar que não está vinculado pelo presente artigo. Essa declaração pode ser retirada em qualquer momento

Segundo Geraldo Prado, o Conselho da Europa editou os seguintes princípios reitores que orientam os Estados-parte: a necessidade de uma base legal clara para o emprego das medidas de investigação de carácter secreto ou de intromissão; o respeito ao princípio da proporcionalidade, e; a existência de controles (2017, p. 210).

A Recomendação 10, de 2005, do Conselho da Europa, insiste na exigência de base jurídica apropriada precedente ao uso das TIES (técnicas especiais de investigação), que também deverá estabelecer “a admissibilidade das fontes de prova obtidas desse modo e a sua validade probatória (PRADO, 2017, p. 210).

A diretiva n. 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 3 de abril de 2014 (EUROPA, UNIÃO EUROPEIA, 2014) relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal estabelece que:

Artigo 29.o Investigações encobertas 1. Pode ser emitida uma DEI para solicitar ao Estado de execução que preste assistência ao Estado de emissão na realização de investigações criminais por agentes encobertos ou que atuem sob falsa identidade («investigações encobertas»). 2. A autoridade de emissão indica na DEI os motivos pelos quais considera que a investigação encoberta é relevante para a finalidade do processo penal. A decisão sobre o reconhecimento e a execução da DEI emitida nos termos do presente artigo é tomada em cada caso pelas autoridades competentes do Estado de execução tendo na devida consideração as leis e os procedimentos nacionais. 3. Para além dos motivos de não reconhecimento e de não execução referidos no artigo 11.o, a autoridade de emissão pode recusar a execução da DEI referida no n.o 1 se: a) A execução da medida em questão não for autorizada num processo nacional semelhante; ou b) Não for possível chegar a acordo sobre as condições de realização de investigações encobertas ao abrigo do n.o 4. 4. As investigações encobertas são efetuadas de acordo com as leis e os procedimentos nacionais dos Estados-Membros em cujo território têm lugar. Cabe às autoridades competentes do Estado de execução o direito de agir e de dirigir e controlar as investigações encobertas. A duração da investigação encoberta, as condições em que decorre, e o estatuto jurídico dos agentes nela envolvidos são acordados entre o Estado de emissão e o Estado de execução, de acordo com as leis e os procedimentos nacionais.

Já o Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006), que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, estatui que:

Artigo 50. Técnicas especiais de investigação. 1. A fim de combater eficazmente a corrupção, cada Estado Parte, na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno e conforme às condições prescritas por sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias, dentro de suas possibilidades, para prever o adequado recurso, por suas autoridades competentes em seu território, à entrega vigiada e, quando considerar apropriado, a outras técnicas especiais de investigação como a vigilância eletrônica ou de outras índoles e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais.

Temos, ainda, o Decreto n. 5.015, de 12 de Março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), estabelecendo que:

Artigo 20. Técnicas especiais de investigação. 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o

recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

4.4 Princípio da Proporcionalidade

Não se deve olvidar que a República Federativa do Brasil encontra-se sob a égide de uma Constituição Federal que prevê um Estado Democrático e de Direito, que reúne os princípios de Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera na medida em que incorporam componente revolucionário de transformação de status quo (SILVA, 2010, 112).

Assim, todos os atos praticados por servidores públicos devem observar as normas constitucionais e legais.

Luiz Otávio Amaral (2003, p. 51), em bela abordagem destaca:

Convém reafirmar que num Estado Democrático e de Direito a atividade policial deve ser coordenada e executada por profissionais do Direito, o qual em sua dimensão imediata é operado pelo juiz, promotor, advogado e policial (estes dois últimos representam a ponta sensível do Estado de Direito em funcionamento) [...] Já por ser o exercício da função policial um eterno ônus-ético-profissional que pesa sobre cada policial, ela não é ocupação para qualquer um e menos ainda de superficial e rápida formação básica (estágio em que se deve aproveitar traços da instrução militar: adestramento físico, fardamento, ordem unida, conjugada com o elementar preparo jurídico-humanístico) tal como costuma ocorrer entre nós (p. ex. 60 dias para o recruta policial). O policial prepotente (quase sempre mais a favor do meliante rico que da vítima pobre, negra, gay...), espalhafatoso e que troca a inteligência pela força bruta (aqui é melhor o respeito que o temor) reforça a baixa estima social de sua nobilíssima profissão. Se a força muscular houvesse de ser relevante nesta função estatal, o melhor recrutamento policial seria feito entre os estivadores.

Neste sentido, Kelsen já asseverava que a carta constitucional de uma nação deveria prever normas que estabelecessem limites negativos ao legislador no que tange aos direitos de liberdade (MELLO, 2004, p. 29).

Os princípios constitucionais são os alicerces de nosso ordenamento jurídico e a base para a formação da legislação pátria, a qual deve obedecer seus valores fundamentais.

Dworkin explica que princípio é um padrão que deve ser seguido, não para garantir um propósito econômico ou político, mas sim por uma questão de justiça (210, p. 36).

Os direitos fundamentais possuem o status de princípios e, assim, qualquer conflito entre eles deve passar pelo teste de sopesamento da proporcionalidade, com suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 588).

Paulo Bonavides (2009, p. 434), enfatiza que:

em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

São distintos os conceitos e a aplicação de princípios e regras. Princípios são normas que exigem que algo seja exercido na máxima medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. São mandamentos de otimização qualificados por poderem ser perfectibilizados em graus variados e por não se vincularem somente às possibilidades fáticas, mas também às jurídicas, que são determinadas pela colisão de princípios e regras (ALEXY, 2011, p. 90).

Dworkin (2010, p. 39) esclarece que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Neste rumo, o princípio da legalidade norteia a Administração Pública, a qual só pode fazer o que a lei permite. Não há liberdade nem vontade pessoal. Diferentemente, os particulares podem fazer tudo o que a Lei não proíbe (MEIRELLES, 2015, p.93).

Dessa forma, a infiltração policial deve seguir estritamente o rito previsto na Lei 12.850/2013, sob pena de todas as provas coligidas serem inúteis ao Processo Penal, porventura, instaurado.

Infere-se que a legalidade é prevista expressamente, ao lado da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, devendo estes princípios ser observados pela Administração Pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (SILVA, 2010, p. 427).

Outro direito fundamental importante do indivíduo no direito constitucional pátrio é a liberdade, a qual se constitui direito de primeira geração, oponível ao Estado (BONAVIDES, 2009, p.563).

Nesta ótica, o texto constitucional prevê, no artigo 5º, LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. As regras sobre prisão em flagrante estão dispostas, a partir do art. 302, no Código de Processo Penal.

Desse modo, o agente infiltrado, ao não prender em flagrante delito os integrantes da organização criminosa, no momento do cometimento de ilícitos penais, deverá apresentar as provas a seus superiores hierárquicos para que sejam anexadas aos autos da investigação e, em análise judicial posterior, se decidir ou não pela prisão.

De outra banda, temos o direito à privacidade, o qual integra o rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, estando especificamente previsto no artigo 5º, inciso X, do texto constitucional.

A infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, sem qualquer dúvida, limita o livre gozo de direitos fundamentais dos investigados, pois, secretamente, um agente do Estado ingressa na vida diária de várias pessoas, conhecendo seus hábitos, conversas, segredos e relações pessoais. Frise-se que as informações recebidas pelo agente infiltrado se dão por conta da confiança que esse recebe das mais variadas fontes de informação.

Anote-se que, apesar da vida privada ser decorrência da dignidade da pessoa humana, não pode ser encarada como direito absoluto e escudo para o cometimento de práticas ilícitas que colocam em risco a segurança da sociedade.

Paulo Gustavo Gonet Branco (DURVAL, BRANCO; MENDES; COELHO, 2009, p. 424), esclarece:

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.

Na lição de Figueiredo Dias, o direito penal como *ultima ratio* deriva sempre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, o qual faz parte dos princípios inerentes ao Estado de Direito. Desse modo, o direito penal, ao aplicar sanções onerosas para os direitos e liberdades individuais, só pode intervir nos casos em que outros meios sociais e jurídicos se mostrem insuficientes e inadequados. Caso contrário, a intervenção estatal vai de encontro ao postulado da proporcionalidade, ferindo o princípio da proibição de excesso (2001, pp. 57 e 58).

Discorrendo sobre o princípio da proporcionalidade, Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 28) dispõe que:

Em síntese, a otimização das possibilidades reais e jurídicas objeto do Verhältnismässigkeitsgrundsatz – para continuar empregando a terminologia de ALEXY – tem por objetivo integrar os **princípios**, os **meios** e os **fins** em unidades jurídicas e reais coerentes – ou seja, harmonizar os *meios* e os *fins* da realidade com os princípios jurídicos fundamentais. O *princípio da proporcionalidade* no Direito Penal coincide com análises da Criminologia Crítica – como Sociologia Penal -, que estuda a *adequação* e a *necessidade* da pena criminal para proteção de bens jurídicos, do ponto de vista dos princípios jurídicos do discurso punitivo.

Infere-se que, não raras vezes, as medidas extraordinárias de investigação previstas na Lei 12.850/2013 (Crime Organizado), a exemplo da infiltração policial e interceptação telefônica, mostram-se conflitantes com direitos fundamentais dos cidadãos, especificamente aos direitos de liberdade e privacidade. Assim, urge a necessidade de se lançar mão da proporcionalidade a fim de verificar se o meio investigativo está ou não de acordo com os mandamentos legais.

Flávio Cardoso Pereira (2019, p.210), abordando a técnica de infiltração policial prevista na Lei do Crime Organizado, assevera:

A regra da proporcionalidade se apresenta desse modo como o parâmetro decisivo para julgar e ditar regras acerca da legitimidade e legalidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, e muito especialmente, quando se trata do uso de infiltração de agentes, de modo que essas poderão ser lícitamente ordenadas e autorizadas como forma de enfrentamento a criminalidade organizada, desde que balizadas pelas regras de necessidade, adequação e ponderação.

Dessa forma, a prova produzida em uma infiltração policial em organização criminosa não pode ser considerada ilícita por afrontar os direitos fundamentais dos investigados, pois o agente infiltrado, consentido no seio da associação criminosa, não obriga quem quer que seja a cometer atos delituosos. Ademais, infiltrar um agente numa organização criminosa não é consentir que pratique atos delituosos, além de participar do grupo criminoso (BITENCOURT; BUSATO p. 161).

Como visto, o postulado da proporcionalidade é abordado pelas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é um meio eficaz para se alcançar um fim. Há uma relação empírica entre o meio e o fim, não sendo avaliado, neste momento, se é o mais intenso ou mais seguro (ÁVILA, 2005, p. 116).

Não há dúvidas que a criminalidade organizada causa sérios danos aos bens jurídicos da sociedade, devendo o Estado implementar políticas de segurança pública a fim de evitar que a população seja vítima de verdadeiras empresas criminosas.

Assim, a Lei do Crime Organizado, com suas medidas invasivas da privacidade, é um meio adequado para alcançar o fim desejado, pois, como já referido, não é mais possível investigar delitos de grande magnitude e sofisticação com os meios oferecidos pelo Código de Processo Penal.

Por seu turno, o exame da necessidade exige que o Poder Público verifique, entre os meios disponíveis para alcançar um fim, o menos restritivo aos direitos fundamentais. Assim, o critério da necessidade, ou intervenção mínima, estabelece que as medidas escolhidas deverão materializar-se como mecanismos menos gravosos, dentre os eficazes e disponíveis, à obtenção do fim pretendido (FELDENS, 2005, p.163).

É certo que existem outras técnicas investigativas menos invasivas à privacidade das pessoas que, supostamente, estejam cometendo atos ilícitos. Porém, a estrutura

hierarquizada das organizações criminosas, aliada à sofisticada tecnologia utilizada por seus integrantes que levam à proteção de seus líderes, exigem meios extraordinários de investigação.

Neste sentido, a infiltração de agentes no submundo secreto da delinquência organizada é útil e pertinente como meio de obtenção de provas, a fim da responsabilização de pessoas pertencentes a organizações criminosas (PEREIRA, 2019, p. 215).

Formado os juízos a respeito da adequação e da necessidade, passa-se a análise da proporcionalidade no sentido estrito, ou mandamento de ponderação, que deve avaliar a intensidade do direito fundamental ofendido e a importância do princípio colidente prestigiado. Neste sentido, “o meio utilizado não pode demonstrar-se desproporcional em relação ao fim perseguido” (FELDENS, 2005, p. 166).

Tem-se, então, que no exame da ponderação o escopo da intervenção consiste uma parte essencial da mesma, de sorte que a magnitude do objetivo pretendido se pondera com a importância do dano gerado no direito fundamental, razão pela qual torna-se de suma importância examinar a relevância que o texto constitucional concede à obtenção do referido fim (FELDENS, 2005, p. 166).

Assim, para que uma medida corresponda à proporcionalidade em sentido estrito, as vantagens devem ser, no mínimo, iguais às desvantagens. Em outras palavras, o interesse público deve ser tamanho que deverá suplantar o direito fundamental, porventura, afetado.

Neste panorama de ponderação entre bens em conflito, se justificaria a restrição de alguns direitos importantes dos cidadãos, desde que imperiosa a necessidade de proteção de outros bens jurídicos constitucionais fundamentais, tal como a segurança pública (PEREIRA, 2019, p. 215).

4.5 A constitucionalidade da infiltração policial em organizações criminosas

Como visto no desenvolvimento do presente trabalho, o tema da infiltração policial em organizações criminosas é árduo e fundamental no enfrentamento desta mazela social, com repercussão nacional e internacional. Trata-se de um mecanismo

investigativo que, analisado em suas vicissitudes, nos encaminha necessariamente para o desafio de cotejá-lo com as estruturas constitucionais vigentes.

Trata-se de incursionar a centralidade das reflexões até aqui encaminhadas no sentido de aquilatar sua compatibilidade com os ditames constitucionais que orientam todo o sistema penal /processual brasileiro.

A globalização e o avanço tecnológico propiciaram uma gigantesca expansão do crime organizado, com o recrudescimento de modalidades criminosas que afetam bens jurídicos de todas as ordens, tanto em nível individual como transindividual.

Não obstante entendimentos em contrário, o crime organizado é uma realidade global, demandando dos agentes públicos soluções eficientes para seu enfrentamento. Contudo, não se deve olvidar que determinados mecanismos de investigação previstos na Lei do Crime Organizado, principalmente a ferramenta investigativa em questão, restringem direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o que enseja uma análise criteriosa da constitucionalidade desses dispositivos legais.

As primeiras Constituições, logo após a queda do absolutismo, ou do seu enfraquecimento, buscaram proteger o indivíduo contra atos do poder estatal, alçando o direito à liberdade como direito de primeira dimensão. Eram as chamadas liberdades negativas.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, houve uma mutação dos direitos fundamentais que passaram a ser encarados não só como direitos subjetivos do indivíduo, mas, também, como direitos objetivos fundamentais da sociedade, irradiando eficácia entre os particulares. O Estado passou a ser protagonista na proteção do indivíduo contra agressões a seus direitos fundamentais mais nobres, como a integridade física e a vida.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 reconhece a diferença de gravidade dos delitos, estabelecendo uma distinção nas infrações penais e, como visto, prevendo de forma expressa e implícita mandados de criminalização em casos de crimes graves, entre os quais incluem-se os praticados pelo crime organizado.

O Estado, com a incumbência de proteger o cidadão, deve editar normas que sejam efetivas para protegê-lo, levando a doutrina e a jurisprudência a chamar tal fenômeno de proibição de proteção deficiente. Os próprios mandados de criminalização, de forma explícita, impõem determinadas balizas mínimas de criminalização, como ocorre com os crimes hediondos.

Importante destacar que, apesar de respeitadas opiniões em contrário, comungamos do pensamento da grande maioria da doutrina e da jurisprudência nacionais no sentido de que a segurança pública é um direito fundamental do indivíduo a ser tutelado pelo Estado, que deve adotar mecanismos eficientes para assegurar esse direito. Tal convicção acentua-se ainda mais quando verificamos que a falta de segurança pública atenta contra o interesse da grande maioria da população, atingindo todos os ambientes sociais. Ainda, a ausência de segurança pública fragiliza o exercício dos direitos fundamentais da coletividade, configurando, inclusive, elemento atentatório à dignidade humana.

Neste amplo contexto, o desafio de efetuar uma análise acerca da constitucionalidade do instituto da infiltração policial em organizações criminosas nos permite observar que não há incompatibilidade com os ditames constitucionais. Equivale dizer que há a necessidade do Estado, sob a conformação Democrática e de Direito, concretizar ações afirmativas dos direitos fundamentais, atuando de forma positiva para a sua proteção e exercício pelos cidadãos.

Por isso, no caso brasileiro, o surgimento da Lei n.º 12.850/13 vai ao encontro do fomento internacional, verificado em normativas internacionais, que direciona estímulos aos Estados-membros no sentido de haver a implementação de instrumentos destinados ao enfrentamento eficiente do crime organizado, observando-se, notadamente, a infiltração policial em organizações criminosas como um dos ferramentais sugeridos. Não bastasse, uma vez implementada a lei com tal desiderato, exsurtem discussões acerca da prevalência de princípios constitucionais que possuem contato com o instituto sob apreciação.

Parte da doutrina entende que essa medida excepcional fere o princípio constitucional da moralidade, bem como a ética a ser seguida na atuação estatal.

Neste particular, destacamos o magistério de Engênio Pacelli (2013, on-line), segundo o qual :

De nossa parte, porém, evoluímos para rejeitar a validade das normas ali contidas, por entendê-las excessivas e, por isso, inconstitucionais no horizonte normativo que deve obediência ao paradigma do 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. A questão é muitíssimo complexa, reconhecemos, sobretudo por que aqui estamos a apontar uma dimensão mais ampla do aludido princípio (da moralidade), estendendo ao dever de comportamento segundo o direito, em sentido estrito, rejeitando, assim, qualquer forma de contribuição estatal na prática de delitos, ainda que na tentativa de legitimação segundo a nobreza dos fins. Eis, então, o nó (que não é górdio) de tensão hermenêutica a ser desatado. A justificativa para ações tão perturbadoras – espera-se que ninguém negue a inquietação de termos agentes de polícia infiltrados no meio de organizações criminosas – seria a eficiência no combate à criminalidade organizada. E, mais que a eficiência, valor, por si só já considerável, a medida se mostraria, por vezes, indispensável. E a indispensabilidade, sim, levantaria argumentos de grande peso na solução da questão da validade ou não da infiltração.

Na mesma linha, Juarez Cirino dos Santos (2003, on-line) destaca:

[...] a figura do agente infiltrado em quadrilhas ou organizações e/ou associações criminosas, como procedimento de investigação e de formação de provas, com a inevitável participação do representante do poder em ações criminosas comuns, infringe o princípio ético que proibe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade.

Nesta mesma senda, eventual falta de ética ou moralidade estatal seria atentatória à intimidade e privacidade individual dos membros do grupo criminoso, que teriam em seu seio agente estatal infiltrado estabelecendo relação artificiosa que levará, em última análise, às investidas do Estado e à atuação de suas baterias para desmantelá-lo.

Não obstante, a infiltração policial, dentro dos limites estabelecidos pela Lei, é eficiente e, por vezes, o único meio possível para a produção probatória de crimes graves cometidos por integrantes de organizações criminosas.

Impende observar que o princípio da proporcionalidade, com as máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito, deve entrar em cena na apreciação judicial do cabimento da medida. O magistrado, no caso concreto, deve

avaliar se a medida extrema, realmente, é necessária e se não há outro meio de obtenção de prova menos invasivo da intimidade e da vida privada das pessoas investigadas. Da mesma forma, se as vantagens de seu emprego superam as desvantagens.

Neste sentido, vislumbra-se a necessidade de ponderação entre valores constitucionais que se refiram à intimidade da vida privada em cotejo com a necessária tutela de valores inerentes à segurança pública de toda a coletividade. Em paralelo, encontramos mandamentos constitucionais explícitos e implícitos que convergem para o incremento de baterias contra a criminalidade organizada. Por isso, é evidente a prevalência constitucional da necessária proteção de toda a coletividade ante as atividades criminosas de grande lesividade social, em especial as organizações criminosas, em detrimento de interesses meramente individuais que possam se apresentar também legítimos.

5. Considerações finais

O crime organizado é uma realidade atual em, praticamente, todos os países do mundo, acompanhando o capitalismo globalizado nos seus mais diversos aspectos, como o crescimento das relações comerciais entre as nações e o avanço desenfreado da tecnologia.

Neste contexto, as organizações criminosas, favorecidas por sofisticada tecnologia e pelo lucro angariado pelas variadas espécies de delitos, passaram a atingir os mais diversos segmentos da sociedade, corrompendo autoridades de altos escalões e colocando em risco a segurança pública e a paz social.

Com esse cenário, não se mostra mais possível enfrentar estas verdadeiras multinacionais do crime com investigação arcaica e que foi projetada para apurar delitos convencionais, de caráter individual, a exemplo de furtos e roubos.

Contudo, as soluções encontradas pelo Estado devem ser efetivas na proteção da coletividade e, concomitantemente, estar em consonância com o modelo de um Estado Democrático e de Direito. São as perspectivas subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo o modelo de outras cartas de países democráticos, estabelece direitos fundamentais de proteção do indivíduo contra possíveis abusos do Estado e, ao mesmo tempo, tutela os direitos fundamentais dos cidadãos entre si.

Os mandados explícitos e implícitos de criminalização previstos no texto constitucional são a materialização dessa dupla face dos direitos fundamentais, como propõe Luciano Feldens, ou, ainda, a mesma face como mais recentemente passou a defender Ingo Sarlet.

Esses mandados expressam a preocupação do Estado em tutelar atentados a bens jurídicos individuais e transindividuais do indivíduo, especificamente em delitos graves, como os perpetrados por integrantes de organizações criminosas.

Nessa perspectiva, a proibição de proteção deficiente reclama a necessidade de atuação estatal mínima na tutela dos direitos fundamentais mais caros à sociedade, o que poderá restringir outros direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade é uma importante ferramenta de aferição nessa colisão entre direitos previstos na Carta Magna.

Impende destacar que a Constituição Federal fez a previsão da segurança pública no catálogo dos direitos e deveres individuais e coletivos, no rol dos direitos sociais, além de reservar um capítulo específico para esse importante direito social. Dessa forma, alçou a segurança pública como direito fundamental, tanto na ótica formal como na material.

Não se pode olvidar que tratados e convenções internacionais estabeleceram padrões mínimos de enfrentamento ao crime organizado, estimulando os países que os subscreveram a editar normas com mecanismos extraordinários e eficientes de investigação.

A Lei 12.850/2013 é a materialização do compromisso do Estado brasileiro no combate ao crime organizado, estabelecendo um amplo rol de meios de obtenção de provas contra membros de organizações criminosas e detalhando o rito dos meios extraordinários de investigação, entre eles a infiltração policial em grupos criminosos.

A infiltração policial consiste basicamente em se permitir que agentes policiais ingressem no seio do crime organizado, fazendo-se passar por delinquentes,

participando da vida diária das atividades ilícitas, até mesmo cometendo delitos a fim de enviar informações às autoridades que estão no comando da investigação.

É um procedimento complexo, exigindo pessoas qualificadas e planejamento prévio. Sua aplicação é autorizada como mecanismo de investigação de crimes perpetrados por integrantes de estruturas criminosas; delitos previstos em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, e; organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

O agente policial, em razão do iminente risco à sua integridade física e vida durante o curso da infiltração em associações criminosas, dispõe de determinados direitos legais, como o de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada.

É certo que essa ferramenta investigativa, prevista como o último mecanismo de investigação a ser colocado em prática, é altamente invasiva na vida privada e intimidade dos investigados e terceiros de suas relações pessoais.

Infere-se, no entanto, que as instituições policiais investigativas só podem colocá-la em prática para apurar graves delitos definidos na Lei do Crime Organizado e mediante prévia autorização judicial, que deverá sopesar a necessidade, assim como as vantagens e as desvantagens de sua utilização no caso concreto.

O magistrado tem papel fundamental na garantia dos direitos fundamentais quando da apreciação da representação do delegado de polícia ou do requerimento do Ministério Público, exigindo-se que leve em consideração o princípio da proporcionalidade e suas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, deverá avaliar no caso concreto se as medidas invasivas previstas na Lei do Crime Organizado são adequadas ao fim almejado, se não há outro modo de investigação que alcance o mesmo resultado pretendido e, principalmente, pelo mandamento da ponderação, na colisão de direitos, se a restrição de direitos fundamentais dos investigados é justificada pelas vantagens que serão auferidas para a segurança da sociedade.

Questão polêmica é a possibilidade do cometimento de práticas delitivas por parte de agentes policiais durante o processo de infiltração. A Lei 12.850/2013 é reticente ao disciplinar essa questão, exigindo do agente que atue com proporcionalidade e o eximindo de responsabilidade penal em caso de inexigibilidade de conduta diversa (causa excludente da culpabilidade). A doutrina foi encontrar na ciência penal, notadamente no que concerne à teoria do domínio do fato, os limites do cometimento de delitos por parte dos profissionais da segurança pública envolvidas na medida excepcional.

Não obstante haver entendimentos de que a infiltração de agentes policiais no submundo secreto da delinquência organizada fere o princípio constitucional da moralidade, ela é útil e pertinente como meio de obtenção de provas para a responsabilização de pessoas pertencentes a organizações criminosas.

Dessa forma, a infiltração policial observando, estritamente, o que prescreve a Lei 12.850/2013 é eficiente no enfrentamento às organizações criminosas e atende as exigências da Constituição Federal no tocante à imperatividade dos mandados de criminalização de graves condutas delituosas, ao direito fundamental à segurança e à proibição de proteção deficiente do Estado.

Referências das fontes citadas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMORIM, Carlos. Comando Vermelho – Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

ACACIA, Barbara. Dossiê Máfia – São Paulo: Discovery publicações, 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de; BASSO, Maura. Segurança Pública e direitos fundamentais. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 21-32, jul./dez. 2008..

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. “Direito e Segurança Pública – a juridicidade operacional da polícia”. Brasília: Editora Consulex, 2003.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

AMBOS, Kai e ROMERO, Eneas (organizadores). Crime organizado: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2017.

BOZZA, Fábio da Silva. Segurança pública não é um direito fundamental, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/303304098/seguranca-nao-e-direito-fundamental#:~:text=De%20acordo%20com%20Baratta%2C%20a,200.> Acesso em 16/05/2020.

BRITO, Alexis Couto de. Criminalidad organizada y las formas de investigación: el agente encubierto. In: HERNÁNDEZ, Antonio Fernández (org.). Nuevas Amenazas a La Seguridad Nacional. Terrorismo, Criminalidad Organizada y Tecnologías de la Información y la Comunicación, 2013.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. Cooperação jurídica internacional em matéria penal para a repressão ao crime organizado transnacional: a experiência europeia e as perspectivas mercusulinas, 2017. Disponível em: [https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/343/277.](https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/343/277) Acesso em 14/08/2020.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

BADARÓ, Gustavo. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (org.). Crime organizado: análise da lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

BECK, Ulrich. A sociedade de risco mundial: uma busca da segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 2016.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BATISTA, NILO. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECK; GIDDENS; LASH. Modernização reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna. Oeiras: Editora Celta, 2000.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de Julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12694.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de Julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 12.683, de 09 de Julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm#:~:text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%209.613,Art. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de Outubro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 9.034, de 03 de Maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de Março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 105, de 10 de Janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Decreto 5.015, de 12 de Março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Decreto 154, de 26 de Junho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 9.099/95, de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei n. 10.259/01, de 12 de Julho de 2001. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22/07/2020.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de Janeiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.357, de 16 de Julho de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4357.htm#:~:text=L4357&text=LEI%20No%204.357%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%201964.&text=Autoriza%20a%20emiss%C3%A3o%20de%20Obriga%C3%A7%C3%B5es,renda%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=c\)%20valor%20unit%C3%A1rio%20m%C3%ADnimo%20de,00%20\(dez%20mil%20cruzeiros\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4357.htm#:~:text=L4357&text=LEI%20No%204.357%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%201964.&text=Autoriza%20a%20emiss%C3%A3o%20de%20Obriga%C3%A7%C3%B5es,renda%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=c)%20valor%20unit%C3%A1rio%20m%C3%ADnimo%20de,00%20(dez%20mil%20cruzeiros)). Acesso em 23/04/2020.

BRASIL, STF, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751972186>Acesso em 16/09/220.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de Agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL, STF, Informativo 944, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 25/09/220.

BRASIL. Lei no 7.716, de 5 de Janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei no 9.455, de 7 de Abril de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei no 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei no 13.260, de 16 de Março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.260%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202016.&text=5%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20disciplinando,2%20de%20agosto%20de%202013. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei no 8.072, de 25 de Julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. Lei no 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL, STF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>. Acesso em 12/10/2020.

CONSERINO, Cassio Roberto. Crime organizado e institutos correlatos. São Paulo: Atlas, 2011;

CANO; DUARTE. Crime, polícia e justiça no Brasil/organizadores: Renato Sérgio de Lima...[et al]. São Paulo: Contexto, 2014.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1953. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 12/07/2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CALEFFI, Gustavo. Caos Social: A violenta realidade brasileira. São Paulo: PerSe, 2014.

CONSERINO, Cassio Roberto. Crime organizado e institutos correlatos. São Paulo: Atlas, 2011.

CIPRIANI, Marcelli. Da “Falange Gaúcha” aos “Bala na Cara”: a emergência das “facções criminais” em Porto Alegre e sua manifestação atual, 2016. Disponível em www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/download/2810/2291. Último acesso em 17 Jun 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988, 2018. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=103613&iIndexSrv=1>. Acesso em 14/07/2020.

Ponte, Antônio Carlos da. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Rodrigo de Campos. Notas sobre mandados de criminalização implícitos e explícitos. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=101156&iIndexSrv=1>. Acesso em 02/08/2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e estado de direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/index.html>. Acesso em 12/10/2020.

DORNELLES, Renato Nunes. Falange Gaúcha: o Presídio Central e a história do crime organizado no RS – Porto Alegre: RBS publicações, 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTELLITA, HELOÍSA; GRECO, Luís. Empresa, Quadrilha (art. 288) e Organização Criminosa: Uma análise sob à luz do bem jurídico tutelado, 2011. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=71704&iIndexSrv=1>. Acesso em 21/08/2020.

EUROPA. Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014 relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0041&from=ES>. Acesso em 23/09/2020.

EUROPA. Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados- membros da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31998F0733>. Acesso em 23/07/2020.

EUROPA. Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados membros da União Europeia, 1959. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_aux_judiciario_mutuo_mat_penal_entre_est_membros_ue.pdf. Acesso em 27/08/2020.

EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 21/09/2020.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal – Sobre a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: A dupla face da Proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FELDENS, LUCIANO. O dever de prestação normativa em matéria penal: base teórica, objeto e efeitos genéricos dos mandados constitucionais de criminalização. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN. Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/organizadores: Bruno Calabrich...[et al.]. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2017.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O crime organizado na convenção de Palermo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES; PRADO; DOUGLAS. Crime Organizado e suas conexões com o Poder Público. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GÜNTHER, Jakobs. Proteção de bens jurídicos?: sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13 - Criminalidade Organizada, 2013. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>. Acesso em 14/07/2020.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, 2004. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=55734&iIndexSrv=1>. Acesso em 22/07/2020.

GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/viewFile/64/74>. Acesso em 12/07/2020.

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

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

ISENSEE, Josef. El derecho constitucional a la seguridad: sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. O direito penal e processual penal na sociedade de riscos: Aspectos teóricos e pragmáticos (Estudos de casos). São Paulo: Tirant Brasil, 2020.

LATERZA, Rodolfo Queiroz. Breves considerações críticas sobre os desafios da infiltração policial na persecução penal. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Temas atuais de Polícia Judiciária, 2016.

LUIZI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

LIMA, Rômulo de Araújo. 10 lições sobre Rousseau. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Direito Fundamental à Segurança? Uma aproximação a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: FMP, 2019.

MAYA, André Machado. O Processo Penal na Sociedade de Risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança, 2017. <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/2199/pdf>. (acesso em 6/04/2020).

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos e mecanismos legais – São Paulo: Atlas, 2016.

MOSSIN, Antônio; MOSSIN, Júlio. Delação premiada: Aspectos jurídicos. São Paulo: JHMIZUNO, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MINGARDI, GUARACY. O que é crime organizado: uma definição das ciências sociais, 1994. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=44751&iIndexSrv=1>. Acesso em 02/07/2020.

MEIIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro - São Paulo: Malheiros, 2016.

OBREGON, Sônia Regina De Grande Petrillo. Análise do Bem jurídico da organização criminosa – paz pública, 2002. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=54192&iIndexSrv=1>. Acesso em 14/07/2020.

PACELLI, Eugênio. A Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/13, 2013. Disponível em:

https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ANEXOS/INF_264_Organizacoes_criminosas_pacelli.pdf. Acesso em: 26/05/2020.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Segurança Pública: os desafios da pós-modernidade/organizadores: Antonio Henrique Graciano Sexberger...[et al.]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PACHECO, Rafael. Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial. 1ª Ed. (reimpr.). Curitiba. Juruá. 2007. p. 108.

PELLEGRINI; COSTA JR. Criminalidade organizada. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado (Lei 12.850/2013). Revista dos Tribunais, São Paulo, RT v. 938, dez. 2013.

PRADO, Geraldo. Infiltração policial e instigação em cadeia: tensão no âmbito da legalidade processual penal: notas ao direito brasileiro, 2017. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/infiltracao-policial-instigacao-em-812886885>.

Acesso em 01/09/2020.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Agente infiltrado: Análise desde uma perspectiva garantista. In CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). Garantismo Penal Integral, 2017.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais. São Paulo. Editora Atlas S. A., 2015.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. Constituição e Direito Penal, 2008. https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160340/Constitucao_Direito_Penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 11/08/2020.

RENNER, Mauro Henrique. O crime organizado e a expansão do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos

humanos, 2006. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=61516&iIndexSrv=1>. Acesso em 26/07/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência, 2003. Disponível em: file:///C:/Users/PCRS/Downloads/AIJC10_10_Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em 10/05/2020.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. La Expansión Del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1998, 2ª ed., 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência, 2003. Disponível em: file:///C:/Users/PCRS/Downloads/AIJC10_10_Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em 10/05/2020.

SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal: parte geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino. Crime Organizado, 2003. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf. Acesso em 12/07/2020.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, 2004. <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituaioalniolusstreck.pdf>. Acesso em 10/05/2020.

SOUSA, Marllon. Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a vadação da prova colhida no combate às organizações criminosas – São Paulo: Atlas, 2015.

SOUTHWELL, David. A História do Crime Organizado. São Paulo: Escala, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A legislação penal brasileira em face da chamada sociedade do risco. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=67156&iIndexSrv=1>. Acesso em 05/07/2020.

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

SOARES, Luiz Eduardo. Segurança tem saída. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

SOUZA, Fátima. PCC, a facção – Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional, 2002. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=52200&iIndexSrv=1>. Acesso em 13/07/2020.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>. Acesso em 22/09/2020.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal, 2013. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=77184&iIndexSrv=1>. Acesso em 27/09/2020.

STRECK, Lenio Luiz. Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual_semelhanca_entre_furto_privilegiado_trafico_drogas?pagina=3. Acesso em 16/09/2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas, 2007. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/constitucionalmente-adequada-federativas-58979730>. Acesso em 12/09/2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito à segurança. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Florianópolis. Empório do Direito, 2017.

SOUZA, Cláudio Macedo de. Cooperação penal internacional: Uma metodologia baseada na definição de crime organizado transnacional, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/2128/pdf>. Acesso em 08/07/2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – São Paulo: Malheiros editores, 2010.

SANTOS, Mário Ferreira dos. Invasão vertical dos bárbaros. São Paulo: É Realizações, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. Organizações Criminosas: Uma análise jurídica e pragmática da Lei 12.850/2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1984.

TURESSI, Flávio Eduardo. Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial, 2011. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=77675&iIndexSrv=1>. Acesso em 14/07/2020.

VALENTE, João Bosco Sá. Crime Organizado: uma abordagem a partir o seu surgimento no mundo e no Brasil. Acesso em 21/07/2020. Disponível em:

<https://www.mpam.mp.br/centros-de-apoio-sp-947110907/combate-ao-crime-organizado/doutrina/418-crime-%20organizado-uma-abordagem-a-partir-do-seu-surgimento-no-mundo-e-no-brasil>. Acesso em 21/07/2020.

ZIEGLER, Jean. Os Senhores do Crime. Rio de Janeiro: Record, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 45-67, 1996.