



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO CAMPOS COSTA

**INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: UMA
ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A LEGITIMIDADE COMO MEIO EXCEPCIONAL DE
OBTENÇÃO DE PROVAS.**

Salvador

2018

PEDRO CAMPOS COSTA

**INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: UMA
ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A LEGITIMIDADE COMO MEIO EXCEPCIONAL DE
OBTENÇÃO DE PROVAS.**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Doutorando Misael Neto Bispo da França.

Salvador

2018

PEDRO CAMPOS COSTA

**INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: UMA
ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A LEGITIMIDADE COMO MEIO EXCEPCIONAL DE
OBTENÇÃO DE PROVA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 27 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Misael Neto Bispo da França – Orientador _____

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia,
Universidade Federal da Bahia.

Selma Pereira Santana _____

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Universidade Federal da Bahia.

Fábio Periandro de Almeida Hirsch _____

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia,
Universidade Federal da Bahia.

A Deus, por estar presente em todos momentos, demonstrando que sem Ele nada seria possível.

Aos meus pais, Marlúcia e Moisés, por serem a imprescindível base para o meu desenvolvimento.

A meu irmão Caio, meu maior companheiro e exemplo de luta.

A Matheus, outro irmão que a vida me deu, por todo apoio dado nestes últimos vinte um anos de amizade.

A Clara, instrumento de Deus, por me auxiliar em todos sentidos, na caminhada até aqui.

AGRADECIMENTOS

Neste momento, quando paro para pensar em todo o caminho percorrido, o que ocupa minha mente é o sentimento de gratidão e reconhecimento da minha fé.

A Deus, pois Ele se fez presente em todos os momentos do meu trajeto, acalmando-me, animando-me, não me fazendo desistir em aspecto algum. A Ele atribuo minha fé, pois acredito que, em sua sabedoria, me orientou em todos meus passos nesta jornada.

Aos meus pais, Moisés e Marlúcia, de quem herdei um caráter íntegro, sendo meus maiores modelos de retidão, honestidade e perseverança.

A meu irmão Caio, por ser o companheiro mais fiel durante toda minha vida, quem me proporcionou incontáveis momentos de alegria, força e um espírito de luta incomparável.

Ao professor Misael Neto Bispo da França, escolhido para orientar-me neste trabalho, por todo seu comprometimento e excelência como pessoa e profissional.

A Clara e toda sua família, que se mostraram disponíveis para prestar-me todo tipo de auxílio, acolhendo-me de maneira singular.

A Matheus, bem como seus pais e sua irmã, que se fizeram uma segunda família para mim, dando-me força em todos os momentos que necessitei e compartilhando as alegrias.

Aos amigos que fizeram da Faculdade de Direito da UFBA um ambiente marcado pelo bom humor e companheirismo, sendo merecedores de destaque João Paulo, Sérgio Augusto, Davi Leal, Guilherme Mendes, Lucas Araújo, Amanda Fiúza, Átila e Walber.

Desta forma, agradeço a todos os envolvidos, pois deram sua parcela direta de contribuição para minha boa vivência acadêmica, bem como para a realização deste trabalho.

Não só de sucessos vive o ser humano, mas da convicção de que nas dificuldades podemos escrever os melhores textos das nossas vidas [...] Revise suas rotas, refaça seus caminhos, gerencie seus pensamentos, administre sua emoção. Seja amigo da arte da dúvida e um amante da arte da crítica. A vida é a obra-prima do Autor da existência. Trate-a como seu maior tesouro. Cury, Augusto Jorge. *Seja líder de si mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2004, p. 126.

RESUMO

O trabalho de conclusão de curso em tela trata-se sobre a análise da legitimidade da medida de Infiltração Policial em organizações criminosas como meio excepcional de obtenção de prova, tendo em vista que tal técnica afeta direitos fundamentais do indivíduo. Como hipótese central é apresentado o Princípio da Proporcionalidade, idealizado por Robert Alexy, a fim de mostrar, no caso concreto, um meio viável de solução do conflito entre os direitos fundamentais envolvidos na busca Estatal pela resposta à criminalidade organizada, bem como nas garantias de defesa do indivíduo. A escolha do referido tema tem sua importância levantada, na medida que, em que pese existir alguns trabalhos neste sentido, o estudo não se mostra aprofundado e a quantidade de debates é tímida, sendo mister a análise do respectivo assunto, uma vez que tanto o Estado, como o indivíduo utilizam-se de direitos fundamentais como forma de legitimar seus discursos, o que faz o instituto da Infiltração Policial ser um tema delicado, por envolver conflito entre eles. Objetivando melhor estruturar o trabalho, este foi dividido em quatro capítulos. O primeiro cuidou de abordar o Princípio da Proporcionalidade, mencionando os aspectos importantes em relação aos Direitos Fundamentais, bem como mostra-lo imerso no Processo Penal, o qual foi estudado, de modo a mostrar seus fundamentos. O segundo partiu para a análise de uma visão crítica de um fenômeno atual conhecido como Eficientismo Penal, pautado num imediatismo na resposta Estatal contra a criminalidade. O terceiro preocupou-se com a apresentação do fenômeno da criminalidade organizada, explicando desde sua origem, até em sua roupagem contemporânea, além de externar a evolução legislativa quanto ao tema em questão. Por fim, no último capítulo é pormenorizada a medida de Infiltração Policial, bem como mostrou-se como seu instituto relaciona-se com a técnica da ponderação, oriunda do Princípio da Proporcionalidade, mediante exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, viabilizando uma solução no caso concreto, onde haja conflito entre os direitos fundamentais em jogo. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo para realização desta monografia; optando-se pela dialética e hermenêutica, no que se refere ao aspecto filosófico. Foram selecionados como métodos jurídicos os modelos hermenêutico e argumentativo, tendo como linha de metodologia a crítica metodológica; preferiu-se os tipos de investigações histórico-jurídica, jurídico-exploratória, jurídico-projetiva e prospectiva. Nesta linha, foi utilizada a pesquisa exploratória; fazendo-se uso da pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que é legítimo o instituto da Infiltração Policial em organizações criminosas, como meio excepcional de obtenção de provas, mediante a utilização, *in concreto*, do Princípio da Proporcionalidade, o qual já é figura conhecida no Processo Penal. Ocorre que o problema emerge, a partir do momento que o julgador não faz uso do princípio da maneira correta, não analisando a adequação da medida, sua necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, fazendo-se utilização como argumento retórico. Desta feita, aplicando o princípio da maneira correta, a medida de Infiltração Policial estará legitimada no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – INFILTRAÇÃO POLICIAL – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIMINALIDADE ORGANIZADA.

ABSTRACT

This undergraduate thesis treats on the analysis of the legitimacy of the measure of police infiltration in criminal organizations as an exceptional means of obtaining evidence, in view of that such technique affects the fundamental rights of the individual. As a central hypothesis is presented the principle of proportionality, devised by Robert Alexy, in order to show, in the concrete case, a viable means of solving the conflict between the fundamental rights involved in the state search for the response to crime as well as in the safeguards of the individual's defense. The choice of this subject has its importance raised, since there are some works in this regard, the study does not show itself in depth and the amount of debate is timid, and it is the analysis of the subject matter, since both the state, as the individual uses fundamental rights as a way to legitimize his speeches, which makes the Institute of Police infiltration a delicate subject, for involving conflict between them. Aiming to better structure the work, this was divided into four chapters. The first took care to address the principle of proportionality, mentioning the important aspects of fundamental rights, as well as showing it immersed in the criminal process, which was studied, in order to show its foundations. The second departed for the analysis of a critical view of a current phenomenon known as "Eficientismo Penal", which is based on an immediacy in the state of the law against crime. The third concerned with the presentation of the phenomenon of organised crime, explaining from its origins, even in its contemporary clothing, and to externalize the legislative developments in the subject matter. Finally, in the last chapter is detailed the measure of police infiltration, as well as showed how its institute relates to the technique of weighting, derived from the principle of proportionality, by examination of adequacy, necessity and proportionality in a strict sense, enabling a solution in the concrete case, where there is conflict between fundamental rights at stake. The hypothetical-deductive method for carrying out this monograph was used; Opting for dialectics and hermeneutics, as regards the philosophical aspect. The hermeneutical and argumentative models were selected as legal methods, with a methodology line to methodological critic; The types of historical-legal, legal-exploratory, legal-projective and prospective investigations were preferred. In this line, exploratory research was used; Using bibliographic and documentary research. It was concluded that the Institute of Police infiltration in criminal organizations is legitimate, as an exceptional means of obtaining evidence, through the use, in concrete, of the principle of proportionality, which is already known in the criminal proceedings. It occurs that the problem arises, from the moment that the judge does not make use of the principle in the correct way, not analyzing the adequacy of the measure, its necessity and proportionality in strict sense, making use as rhetorical argument. This is done by applying the principle in the right way, the police infiltration measure will be legitimized in the legal order.

Keywords: PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY – POLICE INFILTRATION - CRIMINAL ORGANIZATION – FUNDAMENTAL RIGHTS – ORGANIZED CRIME.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROCESSO PENAL: DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	13
2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	15
2.2 PROCESSO PENAL E SEUS FUNDAMENTOS.....	19
2.3 PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL.....	22
3 EFICIENTICISMO PENAL: UMA VISÃO CRÍTICA	27
3.1 EXPANSIONISMO PENAL.....	31
4 CRIMINALIDADE ORGANIZADA: ASPECTOS GERAIS	35
4.1 EVOLUÇÃO DO CRIME ORGANIZADO.....	36
4.2 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL.....	37
4.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	41
5 INFILTRAÇÃO POLICIAL E DIREITOS ENVOLVIDOS	45
5.1 LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INFILTRAÇÃO POLICIAL.....	47
5.2 MOMENTO E QUEM PODE SER AGENTE INFILTRADO.....	48
5.3 SIGILO NA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E ALCANCE DA DECISÃO.....	50
5.4 CONFUSÃO ENTRE OUTRAS FIGURAS E A DO AGENTE INFILTRADO.....	52
5.5 INFILTRAÇÃO POLICIAL E CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	54
5.5.1 Segurança Pública.....	56
5.5.2 Direito à Intimidade.....	57
5.5.3 Direito a não produção de provas contra si mesmo.....	58
5.5.4 Princípio da Eficiência.....	59
5.5.5 Infiltração Policial, choque de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.....	60
6 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Faz-se mister notar que o mundo tem passado por um processo de globalização contínuo e intenso, cujo auge foi observado nas últimas duas décadas do século XX e início do século XXI. Neste contexto, observam-se transformações claras, a exemplo da expansão do capitalismo associada à transnacionalidade de diversas práticas comerciais, o que implicou o afastamento de barreiras fiscais e a criação de pontes de comunicação.

Destarte, a globalização foi o símbolo de uma nova interação social, de estreitamento de laços e de uma nova visão multicultural. Em que pese os aspectos positivos desse fenômeno, destacam-se alguns problemas emergentes, como o rápido e intenso deslocamento de empresas mundialmente, o alto fluxo financeiro, a migração ilegal e o tráfico de drogas. Nesse viés, cumpre destacar que, hodiernamente, se torna dificultoso identificar, por exemplo, a procedência de determinado capital, tendo em vista que, diuturnamente, o montante advém de atividades ilícitas, tais como o tráfico de armas ou de seres humanos.

Diante do incremento das atividades criminosas, que se utilizam de recursos tecnológicos mais avançados e eficientes que outrora, o Direito passou a criar novos institutos e realizar alterações conceituais, com o intuito de tutelar as novas situações expostas, não se alheando à realidade social e garantindo a devida segurança jurídica aos indivíduos.

Após alguns instrumentos legais, no ano de 2013, surgiu a Lei nº 12.850, que trata da organização criminosa, bem como as técnicas especiais de investigação e todos pormenores. A Infiltração Policial manifesta-se, neste contexto, como meio excepcional de obtenção de provas, sendo técnica potencialmente produtiva em relação ao desmantelamento de organizações criminosas, mediante recolhimento de informações e dados relacionados à criminalidade desenvolvida no grupo criminoso. A criminalidade organizada emerge como fonte de inúmeros delitos, os quais são imensamente lesivos a todos indivíduos; é um fenômeno concreto e visualizado internacionalmente, sendo, inclusive, debatido na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, onde todos os Estados-Parte assumiram responsabilidade na luta frente a tais grupos criminosos, sendo o Brasil uma das nações integrantes.

A questão digna de debate é a afetação em relação aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo imputado, decorrente do instituto da Infiltração Policial. Tanto o Estado, como o

sujeito passivo da persecução penal relacionam-se com direitos fundamentais, que devem ser protegidos, tais como, respectivamente, o Direito à Segurança e Direito à Intimidade. O grande dilema está, justamente, em saber até que ponto é válido restringir um direito fundamental, principalmente tratando de direito individual do imputado, buscando assim analisar a legitimidade da Infiltração Policial como meio de obtenção de prova.

Desta forma, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, de Karl Popper, através do qual será observado o problema, traçada uma hipótese, a qual será testada e, posteriormente, apontado o resultado. Assim, é visualizado que o Estado, quando usa da técnica da infiltração policial, vale-se do argumento de proteção da segurança pública, obedecendo o disposto pelo princípio da eficiência, além de estar protegendo eventual direito fundamental envolvido no caso concreto. De outro modo, ao se deferir tal medida, o indivíduo imputado tem afetada sua intimidade, bem como seu direito de não produzir prova contra si mesmo, uma vez que o agente do Estado estará recolhendo informações incriminadoras do investigado. Obviamente, os direitos envolvidos têm natureza fundamental e mostram-se conflitantes, a depender do caso concreto. Neste trabalho é analisada a Infiltração Policial como meio de obtenção de prova legítimo (ou não), diante da afetação de direitos fundamentais do indivíduo.

A fim de buscar uma solução para o referido problema, o princípio da proporcionalidade, com a análise de seus filtros: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, idealizado pelo jurista alemão Robert Alexy, mostra-se como possível resposta, a ser analisada sempre no caso concreto. Tal princípio, que desemboca com a técnica da ponderação, é utilizado para a resolução de situações concretas, nas quais se visualiza o choque entre direitos fundamentais. Este trabalho abordará todo conteúdo do princípio da proporcionalidade, destacando também a natureza dos direitos fundamentais, e como estes relacionam-se com o processo penal, o qual será analisado de forma a apontar seus fundamentos, sua finalidade, bem como seus limites.

Importante se faz a avaliação de todo o problema sob à luz do criticado eficientismo penal, que acaba desvirtuando o sistema criminal, tendo como grande fomentadora a mídia contemporânea, que transmite informações com o único objetivo aparente de vender seu produto, ignorando os malefícios que sua conduta negligente possa causar à sociedade. Hoje em dia, o sistema criminal, em regra, mostra-se como fonte de resposta imediatistas, que têm a função de dar uma posição ao clamor público que, carente de conhecimento de política criminal,

vê no aumento da penalização a solução dos problemas, o que pode criar uma cultura de punir por punir, sem preocupar-se com a prevenção, a qual é a real solução da criminalidade.

Destarte, ciente do problema do imediatismo da resposta penal, busca-se analisar a Infiltração Policial como técnica excepcional de obtenção de provas no seio de organizações criminosas. Para tanto, será explanado o fenômeno da criminalidade organizada, como figura concreta e real, buscando traçar todo desenvolvimento, desde sua origem até os dias atuais, bem como demonstrando a evolução legislativa que se deu no Brasil, a princípio, com a Lei nº 9.034/95 até atualmente, com a vigência da Lei nº 12.850/2013. Por fim, são analisados julgados que trazem a aplicação do princípio da proporcionalidade no Processo Penal, bem como detalhada a visão da doutrina em relação aos conflitos entre direitos fundamentais, destacando os direitos envolvidos com a medida de Infiltração Policial.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROCESSO PENAL: DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Faz-se mister, quando se trata de meio de obtenção de prova, a explanação sobre a proporcionalidade entre o meio empregado e o fim almejado, pois é necessário identificar até onde se mostra viável o instrumento que é utilizado para a obtenção de prova. A infiltração policial, como meio excepcional de obtenção de prova, é questionável no sentido de, não raras vezes, mostrar-se conflitante com algum princípio ou direito fundamental, que, no caso concreto, exige uma solução fática e jurídica proporcional. Tendo em vista que, dependendo da natureza jurídica da norma que se está protegendo ou maculando com a infiltração policial, a forma de resolução dos dispositivos conflitantes é distinta, é natural que se tenha em mente a diferença entre regras e princípios.

Importante tema, no que diz respeito a qualquer vertente do Direito, principalmente na seara penal, tendo em vista seu objeto principal – a liberdade do indivíduo, o princípio da proporcionalidade surge como mecanismo apto a guiar as soluções de problemas referentes às colisões entre direitos fundamentais, fruto da visão do jurista alemão Robert Alexy.

Antes de abordar, especificamente, tal princípio, conforme o supracitado jurista, é importante fazer a distinção entre regras e princípios. Inúmeros são os critérios utilizados para diferenciar, todavia o mais requisitado é o critério da generalidade. Basicamente, este afirma que as regras possuem um grau de generalidade relativamente baixo, enquanto os princípios um grau de generalidade relativamente alto.¹

Por exemplo, a norma que estabelece a liberdade de locomoção possui um grau de generalidade relativamente alto, enquanto a norma que aduz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” possui um grau de generalidade relativamente baixo.²

Nada obstante, o referido autor entende que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que possibilitam cumprimento gradual, devendo ser cumpridos

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.87.

² Ibid, loc. cit.

da melhor forma possível, sendo fática ou jurídica. Enquanto as regras, apenas admitem cumprimento na sua integralidade.³

Ainda, quanto à diferenciação em tela, Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios*, declara que “princípios são normas imediatamente finalísticas [...] estabelecem um fim a ser atingido [...] as regras são definidas neste trabalho como normas imediatamente descritivas”.⁴ Desta forma, é possível traçar, em consonância com o exposto, diferenças entre os princípios e regras.

Focando na norma de direito fundamental, de modo a realizar uma análise de sua estrutura, a mais importante forma de diferenciação para a teoria dos direitos fundamentais é a distinção entre regras e princípios. Tais diferenciações tornam possível o estudo da estrutura mencionada.⁵

Resta clara importância do referido aspecto, como aduz Robert Alexy, “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.⁶ Destarte, mostra-se o grau de importância da referida separação de significados que os princípios e as regras demonstram.

Ademais, é importante frisar que “sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”.⁷

Os direitos fundamentais, assim sendo, possuem caráter principiológico, sendo decorrente da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁸ Demonstrando a natureza de princípio, existe a clareza da possibilidade de sopesamento em momentos de conflitos, pois, em que pese um princípio ceder para o outro, ambos continuam válidos.

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 588.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 87.

⁵ ALEXY, op. cit., p.85.

⁶ Ibid, loc. cit.

⁷ Ibid, loc. cit.

⁸ Ibid., p. 588.

2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Guiando-se pela natureza principiológica dos direitos fundamentais, é certa existência de um modelo de solução de conflitos entre os mesmos. Sendo a infiltração policial um meio excepcional de obtenção de prova, é cediço que direitos e princípios fundamentais chocam-se, no momento que ela é posta em prática, uma vez que sua utilização afeta outros princípios, ou seja, através deste meio de obtenção de prova, alguns direitos fundamentais envolvidos no caso concreto são (ou podem ser) visualizados em detrimento de outros. Ocorre que para solucionar tais conflitos o princípio da proporcionalidade apresenta-se como alternativa possível. Desta forma, é imprescindível destrinchar tal princípio, tendo em vista que este, utilizado de forma correta, encontra amparo jurídico.

O princípio da proporcionalidade é visto em dois aspectos fundamentais, quais sejam, *lato sensu* e *stricto sensu*. Este faz referência a proporcionalidade em sentido estrito, mais especificamente ao uso da técnica da ponderação. Aquele subdivide o princípio da proporcionalidade em três critérios, tais quais, adequação, necessidade e o já mencionado critério da proporcionalidade em sentido estrito.

Partindo do pressuposto que princípios são mandamentos de otimização⁹, determinando certos fins que devem ser alcançados, devem ser norteados com o objetivo de serem cumpridos na sua máxima inteireza. Logicamente, o que ocorre é que, não raras vezes, princípios entram em colisão, ou seja, os comandos orientados por eles acabam por não ser obedecidos em sua completude.

Neste momento, entra em cena um sistema de sopesamento, que traz consigo um exame, prévio, da adequação e da necessidade de determinada medida. Quando se pensa em adequação, é necessário trazer à mente a real possibilidade de eventual medida a ser tomada cumprir com o objetivo visado. A referida atitude deve ser adequada para se alcançar um fim pretendido.

Um bom exemplo para entender a análise da adequação é o exposto por Robert Alexy: um cabeleireiro colocou, sem permissão, uma máquina de venda automática de cigarros, no seu estabelecimento. Tendo em vista tal atitude, foi-lhe imposta uma multa por descumprimento da lei sobre comércio em varejo. Esta estabelecia que o comerciante deveria ter uma permissão, que só seria concedida se o mesmo demonstrasse “a necessária expertise” (podendo ser

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 587.

adquirida por curso profissionalizante), sendo testado seus conhecimentos técnico-comerciais.¹⁰

O caso foi parar no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, chegando à conclusão que a exigência não era adequada, uma vez que uma prova de competência comercial para utilização de uma máquina automática de vender cigarros não tinha capacidade (não era adequada) de proteger o consumidor contra prejuízos a sua saúde e econômicos.

Neste sentido percebe-se que estavam colidindo a liberdade profissional, por parte do vendedor, e a proteção ao consumidor. Ocorre que a medida exigida pela lei, qual seja, comprovação de expertise para qualquer comércio de qualquer mercadoria, não era adequada, naquele caso concreto, para garantir a real proteção ao consumidor, evitando os prejuízos supramencionados. Destarte, no referido caso, apenas a liberdade profissional foi duramente atingida.

Semelhantemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, analisando uma lei que exigia, do corretor de imóveis, a comprovação de condições de capacidade, entendeu que tal exigência não cumpria com objetivo de ter-se um efetivo controle do exercício da profissão. Assim sendo, tal medida imposta pela a referida lei apenas causava enorme prejuízo ao livre exercício do trabalho.¹¹

Seguindo esta lógica de pensamento, após se ter uma resposta positiva quanto à adequação, ou seja, sendo a medida pensada adequada, deve-se passar para o exame da necessidade. Nesta análise, é necessário identificar se existe uma outra medida que possa ser menos gravosa que a escolhida como adequada. Desta forma, busca-se a real necessidade de se aplicar tal medida, e não outra.

Conforme a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy traz um exemplo que envolve, também, a Liberdade Profissional e a Proteção ao Consumidor. O referido autor afirma que houve, na Alemanha, uma portaria do Ministério para a Juventude, Família e Saúde proibindo a comercialização de determinados doces, uma vez que, em que pese conterem chocolate em pó, eram feitos, predominantemente, de flocos de arroz. Este fato levava os consumidores a fazerem compras equivocadas. Todavia O Tribunal Constitucional

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 588-589.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 192.

Federal, apesar de entender que a medida era adequada (pois cumpria com o objetivo de fazer com que os consumidores não fossem enganados), não concordava que era necessária, uma vez que existia outra medida menos gravosa para ser aplicada no caso concreto, qual seja, a obrigação de existir uma identificação no rótulo.¹²

Observando tal entendimento do Tribunal Constitucional Federal, percebe-se que a medida de proibir a venda dos doces supracitados era sim adequada, pois, uma vez proibida, não existia possibilidade de os consumidores equivocarem-se com suas compras. Nada obstante, a proibição não era necessária porque não era a medida menos gravosa que poderia ser aplicada. Proibindo a comercialização, a Liberdade Profissional seria profundamente prejudicada, sendo que a simples utilização de identificação de ingredientes no rótulo dos produtos seria medida que cumpria com o objetivo de proteger os consumidores quanto aos possíveis equívocos.

Tratando do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, declarou a inconstitucionalidade de uma lei que reconhecia a obrigatoriedade de se pesar botijões de gás à vista do consumidor, pois, além de mostrar-se bastante oneroso para as companhias, uma vez que teriam que ter disponíveis balanças para cada veículo, ainda existia forma menos restritiva de proteger os consumidores. Destarte, a medida não passou pelo crivo da constitucionalidade, pois maneiras menos restritivas aos direitos fundamentais existiam, à exemplo da medida de fiscalização por amostragem.¹³

Constatado que a medida em questão é necessária (menos gravosa), passa-se para a fase seguinte – a ponderação propriamente dita, a fase de sopesamento. Aqui, fala-se em proporcionalidade em sentido estrito. Para analisá-la, é preciso seguir três passos: primeiro, avaliar o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio; segundo, avaliar a importância do princípio que está colidindo; terceiro e último passo consiste em analisar se é justificável a não-satisfação ou afetação de um princípio, tendo em vista a importância da satisfação do princípio colidente.¹⁴

Conforme o exposto, caso, eventualmente, o conflito não tenha sido resolvido pelos critérios anteriormente mencionados, as consequências jurídicas dos princípios, os quais se

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.590.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 195.

¹⁴ ALEXY, op. cit., p.594.

encontram, ainda, em colisão, devem ser colocadas, metaforicamente, numa balança, a fim de identificar-se qual delas, no caso concreto, tem uma importância racional maior que a outra.¹⁵

Exemplo bastante elucidativo é o trazido na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*; após cumprir com sucesso um exercício militar para o qual foi ordenado, um militar da reserva, tetraplégico, foi chamado, pela popular revista satírica *Titanic*, de “assassino nato”, e, na edição seguinte, de “aleijado”. A revista foi condenada a indenizar o militar. Destarte, interpôs reclamação constitucional, tendo sido julgada pelo Tribunal Constitucional Federal, que realizou o sopesamento entre a Liberdade de Manifestação do Pensamento e o Direito a Personalidade.

O supracitado Tribunal entendeu que a condenação imposta à revista se tratava de intervenção séria na Liberdade de Expressão. Sendo assim, a afetação no Direito à Personalidade deveria ser, igualmente, séria. Ocorre que a revista estava dentro do contexto de artigos satíricos, desprovidos de seriedade, onde vários indivíduos recebiam características seguidas do adjetivo “nato”. O Tribunal constatou que, dado à situação fática, o grau de afetação do Direito à Personalidade era leve, no máximo moderado. Por não ter sido sério, a medida de indenização teria sido desproporcional, em relação à alcunha “assassino nato”.

Quanto a adjetivação “aleijado”, o Tribunal entendeu ser proporcional a indenização imposta, uma vez que chamar um deficiente físico, naqueles dias, de aleijado era um desrespeito, algo humilhante. Assim sendo, houve, neste aspecto, uma séria afetação negativa no Direito à Personalidade do militar, carecendo de profunda importância a proteção do oficial da reserva, no caso, por meio da indenização em dinheiro.¹⁶

Utilizando as palavras de Humberto Ávila, “no exame da proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos”.¹⁷ Trata-se, então, de uma análise concreta sobre os possíveis ganhos e as eventuais perdas.

Através do exposto, fica claro que a proporcionalidade em sentido estrito trata-se da última análise a ser feita, no momento de conflito entre direitos fundamentais. Nesta análise é

¹⁵ JÚDICE, M.P. *Robert Alexy e sua teoria sobre os princípios e regras*. Conflitos no Direito, mar. 2007. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em 11 mar. 2018.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 596-597.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 201.

necessário avaliar os princípios em jogo, identificar qual deles, no caso concreto, deve ter prevalência em relação ao outro, buscando sempre a otimização, garantindo o máximo de cumprimento possível diante da realidade fática e jurídica. Sendo assim, antes de tratar do princípio da proporcionalidade no Processo Penal, é necessário que se entenda o fundamento deste, buscando encontrar solução tangível, nos momentos de conflitos de direitos.

2.2 PROCESSO PENAL E SEUS FUNDAMENTOS

Quando se pensa em processo penal, é inevitável a visualização de sua profunda relação com a história das penas. O surgimento do processo penal é oriundo deste fato. O motivo é o mais simples (porém com grau de importância elevadíssimo) possível: Ele é o caminho imprescindível para que a pena seja alcançada; indo mais além, é o principal condicionante da realização do poder de penar à mais fiel observância de um conjunto variado de regras que fundamentam o devido processo penal, constituindo o núcleo conceitual do “Princípio da Necessidade”.¹⁸

Nada obstante, o processo penal apenas define, de forma certa e clara, seus contornos, quando a pena (a qual tem em sua evolução o atrelamento com o referido processo) desenvolve sua natureza real: de pena pública. Desta forma, o Estado afasta-se da atuação familiar, fundada na vingança do sangue e composição, e demonstra toda sua autoridade, afirmando que a pena é definida por um juiz imparcial, que age conforme seus poderes jurídicos, os quais são limitados.¹⁹

Contrariamente a esta função real da pena, Elmir Duclec afirma que, no Brasil, houve um crescimento, desde a década de 1990, na criação de inúmeras leis, segundo o referido autor, de cunho autoritário, como forma principal do Estado responder a insistentes discursos que declaram a existência de um insuportável nível de violência.²⁰ Tal entendimento pode trazer à mente que a pena não desenvolveu sua natureza verdadeira, conseqüentemente o processo penal também pode não ter definido seus contornos, da maneira mais certa.

Aqui, vale frisar, então, que apenas após todo o processo penal é que será possível a pena ser aplicada, sendo completa a realização do direito penal, de modo que Aury Lopes Jr. aduz que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33.

¹⁹ *Ibid.*, p. 34.

²⁰ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Empório do Direito: Santa Catarina, 2016, p. 81.

para determinar o delito e impor uma pena”²¹, ficando “estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para pena”.²²

Hoje, o processo penal não pode ser reduzido, erroneamente, à simples instrumento punitivo do Estado, mas sim como garantidor de uma limitação em relação a este poder punitivo, sendo, por óbvio, claro que a proteção das garantias fundamentais não se confunde com impunidade; destarte, é inegável a existência da necessária simultaneidade e coexistência entre resposta repressiva do Estado frente ao delito e o respeito às garantias constitucionais.²³

Assim sendo, o processo penal apresenta-se como garantidor de um rito justo para aplicação de uma eventual pena, inclusive, cumprindo com sua função de limitar quaisquer tipos de abusos oriundos da máquina estatal, em prejuízo do indivíduo, tendo como desafio a missão de conciliar a resposta obrigatória do Estado com às garantias constitucionais.

Grande parte da doutrina, segundo declara Aury Lopes Jr., afirma que que o processo penal brasileiro é considerado misto, sendo inquisitório na primeira fase, correspondente à fase de inquérito, e acusatório na processual, porém o referido autor não concorda com tal posicionamento, pois afirma que todos os sistemas são mistos, ou seja, ser misto não é o ponto crucial. Este se revela em identificar o núcleo do sistema, chegando a conclusão, conforme o referido autor, que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório.²⁴

Como tentativa e proposta para solucionar este conflito de entendimentos, Alexandre Morais da Rosa informa que “se deve buscar guarida e pertinência formal e substancial no processo civilizatório democrático advindo das conquistas históricas, em especial com o devido processo legal substancial”.²⁵

Há, contudo, um aspecto bastante feliz no sistema processual penal brasileiro, qual seja, a separação das atividades de acusar e julgar, que é, em tese, o marco para a fixação do sistema acusatório. Todavia, não é suficiente esta “separação inicial, com o Ministério Público

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

²² *Ibid.*, loc. cit.

²³ *Ibid.*, p. 35.

²⁴ *Ibid.*, p. 47.

²⁵ ROSA, A. M. Devido processo (penal) substancial: 25 anos depois da CR/88. *Revista Brasileira de Direito*, 9, n. 1, jan-jun. 2013. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/506>>. Acesso em 11 mai. 2018.

formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora”²⁶, não constituindo, de fato, o sistema acusatório.

Desta forma, o referido autor entende que a imparcialidade do julgador só irá existir no modelo acusatório real, pois só com a separação de fato do “acusar” e “julgar” e o afastamento do juiz da atividade investigatória é que isto é possível, não havendo condições de existência de imparcialidade no modelo inquisitório.²⁷

Através do exposto, é clara a visualização no sentido de que a garantia da mencionada separação, deve representar a condição basilar do distanciamento do julgador em relação às partes (sendo a principal, dentre as garantias orgânicas que definem a figura do juiz), bem como pressuposto da função da contestação e da produção de provas, as quais são atribuídas à acusação, sendo as garantias procedimentais primárias da Jurisdição.²⁸

Partindo desta lógica, na obra *Direito Processual Penal*, Aury Lopes Jr. afirma que existe um erro em considerar que o objeto do processo penal é uma pretensão punitiva, uma vez que, com este entendimento, estaria afirmando-se que o Ministério Público, no processo penal, atuaria de forma idêntica a um credor no processo civil; destarte, desconsideraria que o Ministério Público não exerce a pretensão punitiva, uma vez que não detém o poder de punir, o qual é destinado ao juiz.²⁹

O processo penal é (ou deve ser), então, um processo de garantias fundamentais do indivíduo; uma forma, também, de limitar o poder punitivo estatal, garantindo o afastamento de abusos, por parte do Estado. Seguindo esta lógica, segundo Elmir Duclerc, enorme parcela da entrada do garantismo penal no Brasil deveu-se a movimentos, por parte de certos setores, de reação contra o aparente crescimento ilimitado da violência dos sistemas de punição e um compromisso com um modelo social excludente, baseado na dicotomia centro-periferia.³⁰

Conforme entendimento de Luigi Ferrajoli, precursor da teoria garantista, existem três significados ligados ao garantismo. O primeiro diz respeito a uma limitação do poder punitivo

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

²⁷ *Ibid.*, p. 48.

²⁸ ROSA, A. M. Devido processo (penal) substancial: 25 anos depois da CR/88. *Revista Brasileira de Direito*, 9, n. 1, jan-jun. 2013. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/506>>. Acesso em 11 mai. 2018..

²⁹ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 51.

³⁰ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Santa Catarina: Empório do Direito, 2016, p. 25.

do Estado, sendo garantista o sistema penal que se adequa ao modelo constitucional e o satisfaz de maneira eficiente; o segundo significado traz ao pensamento a diferença entre validade e efetividade, buscando a aproximação desses dois aspectos, de forma a questionar-se, criticamente, a validade das leis e sua aplicabilidade, direcionando a real proteção de direitos fundamentais para todos os sujeitos de direito; por fim, garantismo significa uma “filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem finalidade”, como uma justificação metajurídica.³¹

Conforme o exposto, percebe-se que a teoria garantista, tem relação íntima com o Processo Penal, uma vez que, dando substancial importância aos direitos valorados como fundamentais, propõe limites à atuação do poder punitivo estatal, que só pode ser efetivado e legitimado se houver um processo que não cometa excessos.

2.3 PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

Antes de tudo, faz-se mister entender que nem tudo que é dito sobre o princípio da proporcionalidade, nem todo uso em seu nome é, de fato, legítimo. É basilar assimilar isto, uma vez que, conforme tudo que aqui vem sendo exposto, a aplicação deste princípio da proporcionalidade, assim como foi desenvolvido por Robert Alexy, é inafastável do exame prévio da adequação e necessidade, para após tais análises, partir para a proporcionalidade em sentido estrito, utilizando-se da técnica da ponderação.

Neste sentido é o entendimento de Humberto Ávila, tendo em vista que o referido autor observa uma larga idéia – equivocada – de proporção que caminha pelo Direito como um todo, sem limites, como se estivessem tratando sobre o princípio da proporcionalidade propriamente dito. O autor afirma que não há confusão de significado entre o postulado da proporcionalidade e a figura da proporção em suas mais variadas manifestações, afirmando que aquele deve passar pelos exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³²

Pensando em processo penal, Aury Lopes Jr. afirma que a proporcionalidade (como aqui vem sendo exposta) é o princípio dos princípios, sendo a base fundamental das prisões cautelares.³³ Não é novidade que a proporcionalidade já encontra espaço no processo penal.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 683-685.

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 183.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 613.

Não poderia ser diferente, uma vez que se trata de uma técnica que visa a solução de conflitos, em colisões de princípios; e, como em todo ordenamento jurídico, eles, não raras vezes, aparecem.

O que merece destaque incomensurável é a obrigação do princípio da proporcionalidade ser aplicado da maneira correta. A regra no processo penal é a liberdade do indivíduo, decorrente da sua presunção da inocência, sendo assim, não se pode aplicar, de forma vulgar, a prisão cautelar, invertendo, inúmeras vezes, a lógica regra-exceção. A prisão cautelar é exceção, no processo penal. Esta trágica inversão ocorre devido a inobservância das etapas que devem ser seguidas, quando se faz o uso do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Quando se fala em adequação da medida cautelar busca-se identificar se é apta aos seus motivos e fins; nesse caso, sendo a hipótese de quaisquer das medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal serem igualmente aptas e menos onerosas, devem ser aplicadas no lugar da prisão. A necessidade baseia-se no fato de que a medida cautelar imposta deve ser suficiente para atingir o resultado almejado, não podendo exceder o considerado necessário. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito da medida cautelar, aponta para a obrigação do julgador ponderar sobre a altamente custosa submissão do acusado (que é presumidamente inocente) a uma pena de prisão em confronto com a real necessidade da prisão e os elementos de prova que existem.³⁴

Muitas vezes não é aparente esta ponderação que deve ser feita. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal já julgou desta maneira, como pode se perceber:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, 'D' E 'I'. ROL TAXATIVO. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA.³⁵

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 614-615.

³⁵ STF. HABEAS CORPUS: HC 157628 MG - MINAS GERAIS 0071893-35.2018.1.00.0000. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 29/05/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584503047/habeas-corpus-hc-157628-mg-minas-gerais-0071893-3520181000000>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

Destarte, é notório o fato de que deve existir as análises graduais expostas, no momento de aplicação de uma medida realmente necessária, que esteja em conflito com outro direito substancial. Quando não se utiliza do referido sistema de exame, o que se cria é uma desproporcionalidade no processo penal. Isto, por incrível que pareça, é o que ocorre muitas vezes nas decisões que, por exemplo, deferem o pedido de prisão preventiva (como acima), as quais são ausentes da análise correta da necessidade (no sentido amplo), servindo como argumento retórico, o que fomenta a equivocada inversão da prisão como regra, afetando de maneira substancial e negativa o estado de presunção de inocência do indivíduo, o que remete a um Estado obscuro, onde se buscava a punição a qualquer custo.

Fugindo de tal forma – errônea – de aplicação do princípio, é perceptível que, se aplicado da forma correta, é perfeitamente cabível. Utilizando-se das palavras de Aury Lopes Jr., “deverá o juiz agir como muita ponderação, lançando mão de medidas cautelares isoladas ou cumulativas e reservando a prisão preventiva como (verdadeira) última ferramenta do sistema”. Destarte, o princípio da proporcionalidade existe e deve ser usado da forma correta no processo penal, a fim de evitar abusos (que já ocorrem devido a sua má aplicação) por parte do Estado.

Neste sentido, mostra-se importante colacionar o julgado Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, felizmente, corrigiu decisão que entendia pela prisão preventiva do acusado, porém sem exame algum de proporcionalidade, nos seus filtros da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06). CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO PACIENTE, MEDIANTE CONDIÇÕES. [...] A juíza singular, por sua vez, ao converter o flagrante em prisão preventiva, argumentou ser a medida necessária, principalmente para o fim de preservar a ordem pública, dada a gravidade dos delitos imputados, sobretudo o tráfico de drogas, que representa substrato para outros tantos delitos. Formulado pedido de revogação da constrição cautelar, o pleito restou indeferido [...] Não desprezando a gravidade dos delitos imputados ao paciente e os indícios veementes da autoria delitiva, não podemos olvidar que, após a edição da Lei nº 12.403/11, a prisão cautelar passou a ser a última medida a ser ordenada pelo magistrado. Nesse sentido dispõe o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar [...] ³⁶

³⁶ TJ-RS. HABEAS CORPUS: HC 70077691558 RS. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. DJ: 24/05/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584537351/habeas-corpus-hc-70077691558-rs>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

Semelhante entendimento é visualizado em Alexandre Morais da Rosa quando afirma que o princípio não se trata de uma simples ponderação e que, no devido processual penal substancial, existe a prevalência dos Direitos Fundamentais, todavia, ela impossibilita juízos a favor da coletividade, no sentido de afirmar que, em função da conhecida segurança coletiva, não é possível flexibilizar, de forma excessiva e desproporcional, os Direitos Fundamentais.³⁷

O referido jurista ainda prevê a possibilidade de, no contexto do devido processo penal substancial, analisar a dupla face dos Direitos Fundamentais, examinando tanto o excesso de proibição, quanto a proteção deficiente.³⁸

Sobre a questão da proteção deficiente, Virgílio Afonso da Silva aduz que o princípio da proporcionalidade, em geral, é tido como um limitador de eventuais excessos cometidos pelo Estado, porém reafirma a ideia que este mesmo princípio pode ser usado como “instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais [...] que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência”.³⁹ Desta forma deve haver uma proporcionalidade tanto para proibir eventual conduta excessiva do Estado, como para os casos em ele deveria agir para proteger outros direitos fundamentais em jogo e assim não age, bem como atua de forma deficiente.⁴⁰

Não pairam dúvidas sobre a positivação do princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, para alguns com a preponderância do aspecto limitador do excesso estatal⁴¹, para outros com visualização de uma segunda faceta, qual seja, a proibição de insuficiência por parte do Estado⁴². O que se mostrou claro é que aplicado de forma negligente (sendo muitas vezes uma negligência parcial), sem seguir o rito imprescindível de análise das etapas do princípio em tela, deixa-se de estar diante de um processo penal proporcional, partindo, inevitavelmente para um processo penal desproporcional.

³⁷ ROSA, A. M. Devido processo (penal) substancial: 25 anos depois da CR/88. *Revista Brasileira de Direito*, 9, n. 1, jan-jun. 2013. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/506>>. Acesso em 11 mai. 2018

³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

³⁹ SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 91, n. 798, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>> Acesso em 11 mai. 2018.

⁴⁰ COSTA, R. P. N. Proporcionalidade. Uma clarificação do conceito. *Revista da AGU* 08, n. 22, nov. dez. 2009. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/256/257>>. Acesso em 11 mai. 2018.

⁴¹ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Santa Catarina: Empório do Direito, 2016, p. 50-51.

⁴² SILVA, op. cit.

Exemplo de desproporcionalidade ocorreu na “Operação Carne Fraca”⁴³, batizada de “Operação Trapaça”, através da qual o Juízo de Ponta Grossa, no estado do Paraná, determinou a condução coercitiva de um grupo de testemunhas, referente à adulteração de análises laboratoriais por parte da empresa do ramo do agronegócio, com o fim de ocultar a presença da bactéria “salmonela” spp em aves. Ocorre que não houve a prévia intimação das testemunhas, na verdade, não houve muito menos notícia de recusa ao comparecimento em juízo. O fundamento da decisão foi a necessidade de não haver combinação de declarações. Ou seja, passou-se por cima do artigo 218 do Código de Processo Penal, sem exame algum de proporcionalidade.⁴⁴ Aqui, percebe-se que uma simples intimação com um prazo curto seria uma medida menos (muito menos) onerosa.

Afastando-se da aplicação equivocada do princípio da proporcionalidade, é simples reconhecer que ele trata da “primeira estrutura teórica que confere importância a direitos sociais e a interesses públicos, desde que positivados na constituição, no mesmo patamar dos chamados direitos individuais, próprios de uma estrutura social [...] de desigualdade”.⁴⁵

⁴³ A Operação Carne Fraca foi deflagrada pela Polícia Federal para fiscalizar um esquema de corrupção na fiscalização de carnes pelo país. Segundo a PF, uma organização criminoso facilitava a comercialização de alimentos adulterados e cobrava propina para tal. Carnes em condições inapropriadas para alimentação, produtos químicos utilizados para mascarar as péssimas condições da carne, bem como reembalagem de produtos vencidos foram envolvidos na investigação, a qual contou com 1.100 agentes, 309 mandados judiciais, 27 pedidos de prisão preventiva, 11 de temporária e ocorreu em 6 Estados do Brasil, além do Distrito Federal.

⁴⁴ MENEZES, R.V. *Banalizar a condução coercitiva só prejudica o sistema processual penal*. Opinião, mar. 2018. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/raphael-menezes-banalizacao-conducao-coercitiva-acoes-pf>>. Acesso em 11 mai. 2018.

⁴⁵ MASTRODI, J. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV, São Paulo 10, n. 2, 2014*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n2/1808-2432-rdgv-10-2-0577.pdf>>. Acesso em 11 mai. 2018.

3 EFICIENTICISMO PENAL: UMA VISÃO CRÍTICA

A infiltração policial, utilizada com meio excepcional de obtenção de prova, em que pese ser argumento o fato de primar por certos direitos fundamentais, encontra-se como técnica conflitante no que diz respeito às garantias, de natureza fundamental, do indivíduo. Consoante esta constatação, surge uma corrente que apresenta, de forma crítica, uma inversão perigosa no Direito Penal, afirmando que, atualmente, tem-se buscado punir a qualquer custo, sem observar verdadeiramente a causa da criminalidade, ou seja, levando a um ciclo de punição eterno, uma vez que, não agindo na raiz do problema, o crime nunca cessará.

Tal corrente recebe o nome de Eficienticismo, que é caracterizada por uma busca desenfreada do punir, passando a sensação que apenas se encontrará a eficiência do sistema penal, caso a forma repressiva de solução de problemas pelo Estado seja intensa e atuante, utilizando-se de discursos e aparato legislativo que fomentam criação de, cada vez mais, leis, formas de criminalização e penalização; desta forma, o Eficienticismo desenvolve o mecanismo judiciário, policial e penitenciário, de forma a deixar a prisão marginalizada, como um sistema que não dialoga com nada, além de excluir, sempre progressivamente, garantias penais e processuais do indivíduo.⁴⁶

Nada obstante ao exposto, o sistema penal deve buscar a solução da criminalidade, atingindo a raiz do problema, através de medidas que, realmente, tenham a capacidade para realizar tal objetivo, e não buscar a punição como solução (como solução) do transtorno do crime, criando cada vez mais leis, como se isto desse um basta no cometimento de crime.⁴⁷ Esta reflexão faz-se necessária, uma vez que, indubitavelmente, tem-se visualizado, no atual sistema penal, um crescente entendimento no sentido de afirmar que certas medidas ligadas intimamente com o processo criminalizador buscam uma eficiência do sistema⁴⁸, quando a verdadeira eficiência está que atingir a origem da criminalidade.

Não raras vezes, o discurso que busca legitimar a criação de medidas relacionadas com o procedimento de criminalização de condutas, pauta-se na insuficiência, na ausência de

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 163-182, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

⁴⁷ Ibid, loc. cit.

⁴⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo penal: prova direta indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 280.

efetividade de medidas que possam se encontrar obsoletas em relação a, por exemplo, a medidas anteriores, uma vez que os crimes têm se desenvolvido, tornando-se mais complexos. A fim de exemplificar, Deltan Martinazzo Dallagnol aduz que, devido ao crescimento da tecnologia, alguns crimes têm se tornado bastante dificultosos no que diz respeito a obtenção de provas, tendo as técnicas convencionais e especiais de investigação ficado ausentes de eficiência na solução de tais condutas criminosas (devido ao planejamento constante dos criminosos), o que possibilitaria uma condenação com base em provas por indícios, já que provas mais sólidas seriam quase impossíveis de obter-se em crimes complexos.⁴⁹

Baseando-se no entendimento de Vera Regina, é possível extrair que a forma de pensar acima é produto da corrente eficientista, uma que vez que, desta forma, busca-se diminuir o valor que uma prova deveria ter para condenar um indivíduo, decorrente de sua presunção de inocência, em seu artigo 5º, inciso LVII⁵⁰, com o objetivo de encontrar-se uma falsa eficiência penal.⁵¹ Um aspecto bastante importante em relação a isto, é o papel da mídia, a qual é duramente criticada, por se utilizar de uma situação para se auto promover ou garantir a promoção de outros. Esta ascensão midiática deve-se ao fato de que os meios de difusão informativa atuais fortalecem um sentimento popular equivocado, que visualiza na penalização a resolução do problema da criminalidade, muitas vezes criminalizando o indivíduo antes mesmo de qualquer procedimento, fortalecendo, no imaginário do público, que a solução é apenas encarcerar.⁵²

Analogicamente, pode-se estabelecer uma relação da atuação da mídia contemporânea, com a relação temperatura-sensação térmica. A temperatura de algum local é uma grandeza física e absoluta, enquanto a sensação térmica é forma como um corpo percebe a temperatura, com base em seus sentidos. O que a mídia faz, no contexto eficientista, é passar para a população uma sensação de insegurança, que é sempre maior do que a realidade. Aqui não se está afirmando que não existe insegurança no cenário atual, porém que os instrumentos midiáticos dão uma dimensão maior do que a realidade. Através destes apelos sensacionalistas, a mídia ganha mais adeptos, que, cada vez mais, sentem necessidade de buscar munir-se de

⁴⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo penal: prova direta indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 280

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 163-182, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

⁵² *Ibid*, loc. cit.

informações sobre os perigos diários, além de serem explorados intelectualmente, por serem persuadidos a acreditar que o aumento do número de prisões é a forma eficiente de serem protegidos.

Destarte, a mídia tem um papel determinante neste contexto eficientista. Como foi afirmado mais acima, busca-se inovar meios e variantes da forma de punir, sob o pretexto de, por exemplo, acompanhar um tipo de criminalidade que está temporariamente planejando-se, ficando cada vez mais complexa. Ocorre que, quando se para a fim de refletir sobre as condições atuais do sistema penal, é fácil perceber que não há preocupação alguma com a função disseminadora de informações, que deveriam ser, muitas vezes, confidenciais. Esse material informativo, a título de exemplificação, poderia tratar sobre técnicas de investigação, as quais têm a necessidade de possuir uma natureza confidencial, por razões óbvias.

Todavia, o que se vê é um total descaso quanto ao assunto. O aparato midiático está preocupado em vender seus serviços, buscando, inclusive, utilizar-se de informações que deveriam ter um certo grau de sigilo, como por exemplo as técnicas de investigações citadas, que são esmiuçadas, detalhadas, constantemente expostas ao público, de forma construir um cenário cinematográfico, que acaba por segurar a atenção de quem assiste. Assim sendo, quando se procurar criar, de forma banal, novos meios criminalizadores ou ligados diretamente a estes, o que ocorre é que se fomenta todo este panorama eficientista. Isto ocorre porque a criação de leis e mais leis, de forma impensada, somada a atuação da mídia vazando material informativo importante, vendendo medo e insegurança a qualquer custo⁵³, além de não resolver a origem do problema de certa criminalidade, piora a situação, uma vez que se distorce o verdadeiro objetivo do sistema penal.

Todo o exposto ainda é visualizado como forma de campanha política. Partidos políticos têm se utilizado de discursos que se pautam na insegurança jurídica, que já é altamente alimentada pela mídia, a fim de angariar adeptos a sua politicagem, resultando no crescimento de número de eleitores, desembocando em eventuais vitórias nas urnas.⁵⁴ Desta forma, tais partidos observam na criação desregulada de leis, no apoio da mídia sensacionalista, a fonte de

⁵³ GEBRIM. G.B. *O poder da mídia e sua influência no direito penal e processual penal*. Jus, set. 2017. Artigos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60554/o-poder-da-midia-e-sua-influencia-no-direito-penal-e-processual-penal>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 163-182, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

vitórias eleitorais, uma vez que a população, em sua maioria, apoia-se numa visão superficial de solução de problemas, que encontra eficiência no número de dispositivos legais criados. As soluções trazidas são emergenciais, não sendo tão eficazes, mas ganham popularidade na sociedade atual.⁵⁵

O desejo de punir desenfreadamente, passando por cima de qualquer garantia fundamental do indivíduo, é uma característica marcante do eficientismo penal. Nele, o encarceramento ganha o prêmio da eficiência (falsa eficiência), ou seja, a relação do número de prisões com a eficiência do sistema penal, no contexto eficientista, é diretamente proporcional. Isto motiva o surgimento de qualquer discurso que venha a legitimar a punição, a exemplo dos defensores da condenação por indícios, partindo da lógica que, quanto mais o crime for complexo, menos valor probatório será exigido para se condenar um indivíduo, uma vez que em tais crimes a produção de prova é bastante complicada.⁵⁶ Pensar assim é muito perigoso, pois seguindo esta lógica pode-se imaginar que, quando se chegar ao ponto de existir um crime imensamente complexo, o valor probatório exigido para a condenação do réu seria, senão nulo, quase nulo.

Este tipo de linha de raciocínio mostra o caráter de urgência que a sociedade se vê emergida atualmente, buscando na punição a resolução do problema da criminalidade. A penalidade deve ser necessária, ou seja, deve-se implantar um Direito Penal Mínimo, o que passar dessa necessidade não é justiça, mas sim abuso.⁵⁷ Esta impossibilidade de resposta do Estado, o faz partir para uma demonstração de eficácia através da força punitiva, manipulando o sentimento de insegurança da população, fazendo questão de dar um enorme destaque ao crescimento do crime (que não deixa de ser verdade), dando uma dimensão muito maior da ausência de segurança, mostrando então uma clara desproporcionalidade.⁵⁸

O problema que se discute não é a criação de lei ou a punição em si, mas um governo, uma sociedade, uma cultura pautada na busca do punir como solução da criminalidade. Tal

⁵⁵ GEBRIM. G.B. *O poder da mídia e sua influência no direito penal e processual penal*. Jus, set. 2017. Artigos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60554/o-poder-da-midia-e-sua-influencia-no-direito-penal-e-processual-penal>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo penal: prova direta indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 286.

⁵⁷ CASTRO. L. A. Rasgando el velo da politica criminal em américa latina, o el rescate de cesare beccaria para la nueva criminologia. Colaboración Internacional, fev. 1993. *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia*. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaonline.com/1993/02/rasgando-el-velo-de-la-politica-criminal-en-amrica-latina/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁸ Ibid, loc. cit.

procura, que é a motivadora da banalização de garantias fundamentais do indivíduo, é altamente prejudicial para a sociedade, uma vez que cria na mesma uma visão totalmente equivocada, fazendo com que a cultura popular se solidifique num entendimento errôneo que, caso não tratado da maneira correta, pode se institucionalizar de maneira definitiva, o que acarretaria a permanência eterna da criminalidade no seio da população, de maneira cultural.

3.1 EXPANSIONISMO PENAL

É cediço que o Direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio* na resolução de problemas, sendo representado pelo princípio da intervenção mínima, que afirma que a criminalização de condutas apenas seria legítima na medida que fosse o meio necessário para se prevenir ataques contra os bens jurídicos realmente importantes.⁵⁹ Contudo, tem se constatado que o atual contexto jurídico brasileiro demonstra um apreço pelo alargamento do Direito Penal, e isso, até mesmo pelo que tem sido exposto até o momento, é reflexo de uma lógica fundamentada no sentimento de segurança através da criminalização de condutas, que não dá um basta no problema da criminalidade, como já foi discutido.

Destarte, qualquer conflito e problema social torna-se pretexto para a utilização da resposta penal como remédio, constituindo-se em solução simbólica para o crime. Isto, retira o caráter subsidiário do Direito Penal, demonstrando que este não está no caminho da eficiência, mas sim do eficientismo.⁶⁰ Neste contexto de criação de infinitas leis, a fim de extinguir o surgimento de crimes, surge o chamado processo penal de emergência, que, nas palavras de Fauzi Choukr, “[...] é aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo [...] a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar [...] mecanismos excepcionais [...]”.⁶¹ Ou seja, inúmeras leis foram criadas com o objetivo de dar uma falsa resposta para a sociedade, que busca qualquer sinal de uma possível segurança.

A (in) segurança mencionada acima, como já vem sendo exposta, é um dos fortes motivos de expansão do direito penal, sendo os meios de comunicação a grande mola propulsora deste

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

⁶⁰ AZEVEDO, R. G. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 39-48, mar. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100006&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 12 jun. 2018.

⁶¹ CHOUKR apud AZEVEDO, 2004.

fenômeno expansionista. Através de seus discursos, cria-se uma sensação enorme de insegurança, fazendo com que a população creia que todos os conflitos que existem na sociedade devam ser resolvidos pelo Direito Penal, o que, inevitavelmente, força o Estado a agir sob pressão, esquecendo o verdadeiro sentido do sistema penal, e partindo para respostas eficientistas, emergenciais, a fim de mudar o panorama emocional do público.⁶²

Além da questão da insegurança, vários são os motivos que levam a uma expansão do Direito Penal, tais como, a transformação da sociedade como sujeito passivo do crime, a identificação da maioria com a vítima do delito e o descrédito em relação a outras instâncias de proteção.⁶³ Ao deixar de utilizar o Direito Penal para o que realmente é necessário, percebe-se que o Estado acaba entrando num caminho perigoso, pois, agora, seu objetivo é punir como forma de resposta para o anseio da população. Quando isso ocorre, ignora-se as possíveis máculas a direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de maneira indiscriminada, tendo em vista que o que se mostra importante na visão estatal é responder à massa.

Neste contexto de busca desenfreada de punição como resposta, surge o fenômeno do direito penal do inimigo; ou seja, o Estado, sedento por acalmar o lado emotivo da população, não mede esforços para punir o indivíduo, porém, justamente por não medir esforço algum, acaba passando por cima das garantias do indivíduo acusado. Ao desconsiderar tais direitos, como se nada fossem, retiram a dignidade do cidadão alvo da persecução penal, declarando que este não merece ser tratado como um ser humano, como um sujeito de direitos.⁶⁴ Desta forma, vai criando-se uma cultura de tratamento desumano ao indivíduo que, em que pese ter cometido qualquer crime e por mais que seja difícil a sociedade assim aceitar, continua sendo um ser humano. A crítica que se faz ao direito penal do inimigo não representa uma tendência a retirar a responsabilidade do infrator, ou querer que o mesmo não seja punido pelo que fez, mas que sejam estabelecidos limites e uma mudança na lógica de como o sistema criminal é visto nos dias atuais.

Nesta linha de pensamento, Jesús Mária Silva Sánchez traz a ideia, originada do raciocínio de Gunther Jakobs, da terceira velocidade do Direito Penal, que se constitui como o

⁶² SÁNCHEZ, Jesús Mária Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39-40.

⁶³ *Ibid.*, p. 41-61.

⁶⁴ RODRIGUES, V. G. *O direito penal do inimigo sob a ótica do devido processo penal*. 2008. 107 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Paraná, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp080537.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

instrumento de abordagem de fatos emergenciais, devido ao caráter excepcional do problema. O referido autor aduz que, tratando deste tipo de Direito Penal, não existe dúvida que a resposta estatal deveria pautar-se na necessidade, subsidiariedade e eficácia da medida emergencial; então, tratando de medidas ajustadas ao estritamente necessário, justificáveis, em certo ponto, no sentido da proporcionalidade, a fim de combater fenômenos excepcionalmente graves, o direito penal emergencial seria um mal menor, que deveria passar, constantemente por uma revisão permanente e intensa, com o objetivo de avaliar o pressupostos de regulação deste tipo de direito. Todavia, segundo o autor, isto não é visto, tendo o Estado acomodado-se em responder, quase sempre, de forma emergencial, fomentando o direito penal do inimigo.⁶⁵

Esta resposta emergencial é visualizada quando Gunther Jakobs aponta para uma manifestação estatal, caracterizadora do Direito Penal do Inimigo, consistente no fato de se criar numerosas leis penais que são intituladas como “leis de luta ou de combate”, representando uma mudança drástica de um sistema penal para um sistema de luta, na qual a existência de uma considerável restrição de garantias e direitos processuais do imputado é claramente visualizada na atualidade.⁶⁶

A resposta rápida por parte do Estado, a fim de reproduzir uma sensação de segurança para a população, tem-se mostrado um meio perigoso de tratamento da criminalidade, pois esta não se resolve desta maneira. Esta lógica, não raras vezes, pode levar ao mantimento de um Direito Penal desigual, através de um processo de criminalização seleta, que tem como alvo a ala social marginalizada do mercado de trabalho, pautada em critérios sociais negativos, tais como, desemprego e pobreza.⁶⁷ Sendo assim, deve se buscar por um procedimento que tenha o objetivo de prevenir, não utilizando o sistema penal de forma banalizada, atentando então para natureza de *ultima ratio* do referido braço do Direito. O Estado não pode sujeitar-se a pressão externa, comoção popular, e buscar resolver o problema de qualquer forma, quase sempre, não resolvendo verdadeiramente.

A emergência do fato excepcional leva, equivocadamente, a procura por soluções que caracterizam um Estado eficientista (não eficiente), que, por entender que a punição é um fim

⁶⁵ SÁNCHEZ, Jesús Mária Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 150-151.

⁶⁶ MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 462.

salvador, passa por cima de quaisquer aspectos que criem algum tipo de obstáculo para sua concretização. Destarte, as garantias do indivíduo que está sendo acusado de algum delito, são tidas como formas de proteção da impunidade, sendo difundida esta lógica por toda a sociedade. Isto solidifica uma cultura que acaba retirando a qualidade de ser humano do cidadão agente de algum suposto crime, uma vez que estas garantias que são vistas com maus olhos pela população, têm a função de, justamente, limitar o poder punitivo estatal, dada a condição de ser humano do acusado, evitando falsas condenações, as quais são possíveis devido a visualização do indivíduo como objeto.

O indivíduo acusado de qualquer infração, começa todo o procedimento criminal como inocente, sendo assim, fomenta uma lógica que declara o afastamento da condição de ser humano, sujeito de direito do investigado, é afirmar que o Estado pode agir da maneira que bem entender, se tiver como fim solucionar algum conflito. Ocorre que todo cidadão é presumidamente inocente, e, em que pese vários possíveis culpados ganharem a possibilidade de sair sem a resposta estatal ideal, vários inocentes estariam sujeitos as práticas, eventualmente, desumanas do Estado. Claro que a visualização disto é feita a longo prazo; não se espera chegar a este nível de atuação em pouco tempo, porém, através de um fortalecimento do pensamento eficientista, é possível, senão provável.

Conforme o exposto, faz-se mister identificar, fazendo uma análise minuciosa, de toda e qualquer medida apresentada na seara penal atual, utilizando-se do filtro do eficientismo, principalmente daquelas que apresentam, até certo ponto, algum tipo de flexibilização de alguma garantia fundamental do indivíduo, buscando afastar todo tipo de conduta desarrazoada, ausente de pensamento lógico, em que o pensamento primordial é responder, de forma totalmente irresponsável processualmente falando, o clamor público.

4 CRIMINALIDADE ORGANIZADA: ASPECTOS GERAIS

Faz-se mister notar que o mundo tem passado por um processo de globalização contínuo e intenso, cujo auge foi observado nas últimas duas décadas do século XX e início do século XXI. Neste contexto, observam-se transformações claras, a exemplo da expansão do capitalismo associada à transnacionalidade de diversas práticas comerciais, o que implicou o afastamento de barreiras fiscais e a criação de pontes de comunicação.⁶⁸

Destarte, a globalização foi o símbolo de uma nova interação social, de estreitamento de laços e de uma nova visão multicultural. Em que pese os aspectos positivos desse fenômeno, destacam-se alguns problemas emergentes, como o rápido e intenso deslocamento de empresas mundialmente, o alto fluxo financeiro, a migração ilegal e o tráfico de drogas. Nesse viés, cumpre destacar que, hodiernamente, se torna dificultoso identificar a procedência de determinado capital, tendo em vista que, diuturnamente, o montante advém de atividades ilícitas, tais como o tráfico de armas ou de seres humanos.⁶⁹

Diante do incremento das atividades criminosas, que se utilizam de recursos tecnológicos mais avançados e eficientes que outrora, o Direito passou a criar novos institutos e realizar alterações conceituais, com o intuito de tutelar as novas situações expostas, não se alheando à realidade social e garantindo a devida segurança jurídica aos indivíduos.

A globalização, que teve grande impulso no final do século XX, surgiu como mola propulsora de diversos avanços. Infelizmente, um dos avanços trata-se da criminalidade organizada, que hoje em dia, ultrapassa fronteiras, mostrando-se bastante complicado, senão, muitas vezes, impossível, sua solução. Esta dificuldade é o resultado do crescimento deste tipo de delito somado aos obstáculos que o Estado tem de encontrar meios eficientes para tratá-lo.

A figura da organização criminosa, atualmente, tem mostrado para todos como é prejudicial para a sociedade. Ela é percebida no envolvimento com diversas frentes, tais como, tráfico de drogas, desvio de verbas, pornografia infantil, entre outras. É a fonte que alimenta diversos delitos, instalando-se e se auto protegendo, de forma que é quase impossível ser desmantelada.

⁶⁸ SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

⁶⁹ *Ibid*, p. 3.

4.1 EVOLUÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

Dependendo do contexto de cada nação, a criminalidade organizada desenvolve-se de maneira distinta, tendo que se adequar, por exemplo, a existência de alguma eventual regulamentação que trate sobre algum aspecto criminoso. Tendo em vista isto, é de se notar que a origem do crime organizado se apresenta com certo tom de mistério, pois comportamentos diferentes dos mais variados países demonstram a possibilidade de motivos discrepantes em relação ao nascimento da criminalidade organizada. Todavia, a raiz histórica e algumas organizações, tais quais, as Máfias italianas, a *Yakuza* japonesa e as Tríades chinesas.⁷⁰

As referidas associações tiveram seu processo de iniciação no século XVI, como movimentos que buscavam proteção contra os abusos de pessoas poderosas e o Estado, referente àqueles menos favorecidos, moradores de regiões rurais, carentes da assistência de serviços públicos. Passando o tempo, tais grupos, com a finalidade de fortalecimento do movimento, começaram a contar com a conivência de algumas autoridades corruptas das respectivas localidades, onde os movimentos políticos-sociais eram intensos.⁷¹ Há quem aponte, também, a França como o berço de um dos precursores da criminalidade organizada – o contrabandista francês Louis Mandrin – que atuou durante o reinado de Luís XV.⁷² Fica claro que o fenômeno da criminalidade organizada não é fato novo, mas vem desenvolvendo-se desde muito tempo.

Ocorre que os mencionados grupos, como se pode perceber, mostram de que forma começou-se a desenvolver a criminalidade organizada, porém ainda não ao ponto de serem caracterizados como organizações criminosas, nos atuais moldes; possuindo outros aspectos próprios, pois, por exemplo, “diferentemente do que ocorre no crime organizado comum, na máfia, os laços familiares são, de fato, um importante fator de manutenção da associação criminosa e de afirmação de seu poder⁷³”. Sendo assim é possível perceber a existência de diferenças caracterizadoras das antigas associações criminosas.

⁷⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

⁷¹ Id. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

⁷² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado, investigação criminal e sigilo*. Boletim Jurídico [da] Escola da Magistratura TRF 4ª Região, Porto Alegre, n. 53, p. 17-72, nov./dez. 2005. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=143>. Acesso em: 21 mai. 2018.

⁷³ JOSÉ, M. J. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo,

As Tríades chinesas, por exemplo, tiveram origem no ano de 1644, sendo movimento de cunho popular que tinha como objetivo expulsar invasores do império Ming; passados alguns anos, após ser proibido o comércio do ópio, essas associações monopolizaram a exploração do mercado negro da heroína.⁷⁴ Já a *Yakusa* tem relação com a época Feudal do Japão, do século XVIII, e desenvolveu-se com o aproveitamento de atividades ilícitas, como atividades de cassino, turismo pornográfico, tráfico de mulheres; já no século XX, com o desenvolvimento industrial, os membros da referida associação compravam ações de empresas e exigiam lucros excessivos, sob pena de revelarem segredos aos concorrentes (chantagens corporativas), através de chantagistas profissionais (*sokaiya*).⁷⁵

A conhecida Máfia italiana surgiu como movimento que se levantou contra o rei de Nápoles, pois este baixou um decreto que influenciou de forma substancial e negativa a estrutura secular agrária da Sicília, retirando benefícios feudais e restringindo os poderes dos príncipes, os quais contrataram indivíduos denominados *uomini d'onore* para se protegerem dos golpes contra a região. Estes passaram a constituir as associações chamadas de máfias, as quais eram secretas e, a partir da metade do século XX, dedicavam-se a atividades criminosas.⁷⁶

Nada obstante o fenômeno da criminalidade organizada não ser recente, a partir do final do século XX, este se intensificou, tendo em vista o processo de globalização que ocorreu de forma veloz.⁷⁷ Globalização esta que pode ser entendida como um progressivo processo de “internacionalização do capital financeiro, industrial e comercial, bem como novas relações políticas internacionais, aliadas a uma expansão e uso intensivo da tecnologia sem precedentes”.⁷⁸

4.2 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

Antecedente da criminalidade organizada no Brasil é o lembrado, antigo e muito conhecido movimento chamado de Cangaço, que no teve no sertão nordestino, do final do século XIX até o começo do XX, sua atuação clara e visível; tal movimento teve sua gênese

2010. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

⁷⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

⁷⁵ Id. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4.

⁷⁶ Ibid, loc. cit.

⁷⁷ SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

⁷⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27.

devido a atuação de jagunços e capangas dos grandes homens da época (os donos das grandes fazendas), e a atuação do coronelismo, em função do histórico de colonização da região pelos portugueses.⁷⁹

Alguns anos depois, tendo seu início no princípio do século XX, surgiu o “jogo de bicho” no Brasil, sendo considerado a primeira infração penal organizada no país. Sua origem deveu-se ao Barão de Drumond, que criou o jogo para arrecadar dinheiro, o qual seria usado para proteger os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Ocorre que, posteriormente, o referido jogo se tornou popular, e grupos organizados viram uma oportunidade de enriquecer com a tal ideia, sendo assim a monopolizaram, com o auxílio de policiais e políticos corruptos. Estima-se que, na década de 1980, os grupos envolvidos com a infração em tela, movimentaram aproximadamente quinhentos mil dólares por dia com apostas, indo quatro a dez por cento para as mãos de banqueiros.⁸⁰

Atualmente, já no século XXI, as grandes massas carcerárias influenciaram para o surgimento de diversas outras associações criminosas. Juntos, sem muito espaço (na verdade, quase nenhum ou, de fato, nenhum) para ressocialização, tendo que aprender a viver com inúmeras adversidades, os presidiários buscaram na união de um com os outros, a tentativa de melhorar a vida interna dos presos. Sendo observado uma resposta positiva quanto ao buscado, bem como a influência que passaram a exercer, houve uma mudança de foco, fazendo com que tais facções iniciassem sua onda de crimes.

O Estado, ao ser omissor e ausente no que diz respeito às políticas públicas revestidas de seriedade, com capacidade de fato para suprir com as necessidades dos presidiários, acabou tornando-se o responsável pelo aumento da criminalidade e pelo surgimento das facções de mais destaque, atuantes no Brasil.⁸¹ Desta forma, muitas organizações criminosas originaram-se deste contexto, tendo tomado proporções gigantescas no atual cenário brasileiro, atuando em diversas frentes, com os mais variados crimes. O “Comando Vermelho” é um exemplo claro de organização criminosa que se desenvolveu conforme o exposto. Esta é uma

⁷⁹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

⁸⁰ MINGARD, Guaracy. *O estado e o crime organizado*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998, p. 95.

⁸¹ SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. *Facção criminosa*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127-156.

evolução da facção “Falange Vermelha”, é comandada por líderes do tráfico de entorpecentes, e surgiu no presídio Bangu 1, aproximadamente na metade da década de 1970.⁸²

O número de membros do “Comando Vermelho” em Mato Grosso cresceu mais de 700% desde 2014, sendo, nesta época, constatado o número de 400 integrantes, e, em 2018, o número subiu para 3.500, tendo como motivo a incapacidade do sistema carcerário no atendimento de exigências.⁸³ Logo após o “Comando Vermelho” surge o “Terceiro Comando”, como sua dissidência, tendo sido originado no mesmo presídio, em 1988, porém, por presos que eram contrários aos sequestros e crimes comuns nas áreas de comando da organização.⁸⁴ Posteriormente, surgiram outras organizações, como a “ADA – Amigo dos Amigos”, em 1990, aliando-se com o “Terceiro Comando”, o qual foi extinto pelo “Terceiro Comando Puro”, criado no Complexo da Maré, em 2002, após a morte do líder da organização extinta. Iniciando a década de 1990, surge uma nova figura chamada de milícia, que se tratava de um grupo parapolicial, com o perfil de organização criminosa, que controlava as favelas cariocas sob o pretexto de proteção contra outras facções.⁸⁵

Já em São Paulo, na metade da década de 1990, surgiu a tão conhecida organização criminosa chamada de “PCC – Primeiro Comando da Capital”, tendo atuação criminosa diversificada em vários Estados, fomentando desde rebeliões e resgates de presidiários, até na prática de “roubos a bancos e a carros de transportes de valores, extorsão de familiares de pessoas presas, extorsão mediante sequestro e tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, com conexões internacionais”⁸⁶, sendo responsável por diversos homicídios.

Após inúmeras transferências de presos membros do “Primeiro Comando da Capital” para outros Estados do Brasil, a organização passou a espalhar seu comando por todo o país, unindo-se com presidiários de influência (ou não) por cada presídio que passou, atingindo sua enorme estrutura atualmente.⁸⁷ Seu desenvolvimento é inegável, tendo Luiz Flávio Gomes afirmado que esta organização tem “potencialidade para se tornar uma grande organização mafiosa, que emerge quando ela se infiltra profundamente nas estruturas do Estado, ou seja, na

⁸² SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

⁸³ BORGES, Lázaro. *Número de membros do Comando Vermelho cresceu mais de 700% em Mato Grosso*. Disponível em <<https://olive.com.br/numero-de-membros-do-comando-vermelho-cresceu-700-em-mato-grosso/>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

⁸⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

⁸⁵ *Ibid*, loc. cit.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁷ PORTO, Roberto. *Crime Organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 76.

política, na polícia e na Justiça, para garantir o sucesso dos seus “negócios” [...]”⁸⁸, o que torna excessivamente dificultoso o combate contra esta facção.

Nem todas as organizações criminosas envolvem-se (pelo menos diretamente) com práticas violentas, tais como as já expostas, em relação as facções supracitadas. Existem organizações responsáveis por profundos desvios de verbas públicas, quantias que, muitas vezes, seriam destinadas a aspectos basilares para formação da sociedade, como segurança, saúde e educação, atingindo assim os direitos fundamentais de cada cidadão, que acaba sendo uma vítima eterna da educação deficitária, permanecendo em seu baixo estado socioeconômico, uma vez que não tem possibilidade de ascensão econômica e social sem a educação de qualidade; torna-se vítima da exígua prestação de serviços de saúde, prejudicando sua vida como um todo, dado o caráter existencial do referido direito; bem como se mostra padecente de uma segurança insuficiente por parte do Estado.

A existência e atuação desses tipos de organizações não se trata de fruto da imaginação fértil do cidadão; em verdade, quase todos os escalões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário já se envolveram com esses desvios significativos de dinheiro do cofre público para suas contas particulares abertas nos paraísos fiscais, convenientemente localizados no exterior, o que chegou a resultar, por exemplo, na cassação de um Presidente da República no ano de 1992, a renúncia, após alguns anos, de alguns Deputados da Câmara Federal que eram responsáveis pela manipulação de verbas públicas, vulgarmente conhecidos como “anões do orçamento”, cassação de um Senador da República, prisão do presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, condenação de várias pessoas envolvidas no esquema do “mensalão”, pelo Supremo Tribunal Federal e outros.⁸⁹

Conforme o exposto, percebe-se que existe um ponto em comum entre grande parte das variadas origens das organizações criminosas por todo o mundo, pois quase todas iniciaram-se como movimentos populares, sendo, gradativamente, aceitos pela sociedade, e posteriormente foram ganhando força com a inclusão de outros voluntários que seriam responsáveis pela prática de futuras condutas ilícitas; com o tempo, foram atuando no espaço dado pelas proibições impostas pelo Estado, bem como foram tendo a conivência dos agentes estatais para

⁸⁸ GOMES, L.F. Em um paraíso da cleptocracia o pcc cresce sem parar. Jusbrasil, São Paulo, 2015. Artigos. Disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/157249045/em-um-paraiso-da-cleptocracia-o-pcc-cresce-sem-parar>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁸⁹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

o fim de seu desenvolvimento, utilizando-se de variados tipos de ameaça e violência, a fim de manterem seu progresso e mantimento.⁹⁰

4.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O Brasil, em 1995, editou o primeiro texto normativo que tratou sobre o tema de organizações criminosas – a Lei nº 9.034. Na verdade, tal documento dispôs sobre a forma de utilização de meios operacionais, visando prevenir e reprimir as práticas das ditas organizações.⁹¹ Ocorre que esta lei era tão falha que nem mesmo definiu e/ou tipificou a figura da organização criminosa⁹², sendo inclusive alterada pela Lei 10.217/2001. É bem verdade que, antes do referido diploma legal, o ordenamento pátrio brasileiro já previa a figura da associação criminosa para fins de tráfico (artigo 35 da Lei 11.343/2006), fins de genocídio (artigo 2º da Lei 2.889/1956), bem como o surgimento de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal); todavia, quanto a organização criminosa, nesta época, não existia definição, muito menos sua tipificação.⁹³

Destarte, devido a esta incompletude jurídica, Luiz Flávio Gomes entendeu tratar-se de perda de eficácia de todos os dispositivos legais que utilizavam como base a figura da organização criminosa, uma vez que não existia conceituação; eram exemplos a ação controlada, identificação criminal, delação premiada, proibição de liberdade provisória, bem como progressão de regime, além dos demais meios investigativos, como infiltração policial, interceptação ambiental, entre outros.⁹⁴

A definição (não a tipificação) de organização criminosa apenas foi surgir por “empréstimo”, após a incorporação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, ao ordenamento pátrio, promulgada pelo Decreto Presidencial 5.015/2004. Nada obstante a este ganho jurídico, as incertezas quanto à figura em tela continuavam, tendo então surgido duas correntes que tratavam sobre o conceito de organização criminosa. A primeira defendia que a possibilidade de aplicação do Código

⁹⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27.

⁹¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado comentários à lei 12.850/2013*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 11.

⁹² MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 21.

⁹³ Ibid, loc. cit.

⁹⁴ GOMES, L.F. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2919>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

Penal ou Lei de Drogas quando se tratasse deste tipo de delito. A segunda declarava a utilização do conceito trazido pela Convenção de Palermo, uma vez que dizia respeito a tratado internacional, incorporado com status supralegal.⁹⁵

A segunda corrente prosperou, sendo, segundo Marllon Sousa, mais adequada para aplicação do conceito de organização criminosa, tendo em vista, por exemplo, que já estava incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.⁹⁶ Todavia, a utilização da definição trazida pela Convenção de Palermo foi alvo de críticas, principalmente quando de seu uso na redação original do artigo 1º, inciso VII da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), que tratava do referido crime cometido por organização criminosa. Neste sentido, havia o entendimento de que utilizar tal conceito violaria o princípio da legalidade, em sua garantia da *lex populi*; era um conceito amplo e genérico, violando o princípio da taxatividade – *lex certa*; e tal conceito apenas poderia ter validade nas relações de direito internacional.⁹⁷

Nesta mesma linha, é válido citar que o Superior Tribunal de Justiça, até a edição da Lei nº 12.850/2013, vinha assumindo a posição de aplicar o conceito de organização criminosa, oriunda da Convenção de Palermo⁹⁸. Todavia determinado entendimento, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal assim não entendeu, uma vez que declarou ser atípica a conduta fundada no artigo 1º, inciso VII da Lei de Lavagem de Dinheiro, pois, na época, não existia um conceito legal de organização criminosa no ordenamento interno, afirmando que esta não poderia ser definida por um simples decreto (Decreto 5.015/2004), para fins de tipificação do delito em tela.⁹⁹

O raciocínio do Supremo Tribunal Federal foi criticado, por exemplo, por Vladimir Aras, uma vez que, segundo o mesmo, era possível a aplicação do conceito de organização criminosa trazido pela Convenção de Palermo, no que tange a Lei nº 9.613/1998, no inciso VII do artigo 1º, pois o referido dispositivo tratava-se de norma penal em branco, carecendo apenas de uma

⁹⁵ SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

⁹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁷ Definição de crime organizado e a convenção de palermo. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print> Acesso em: 25 mai. 2018.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Regional Federal da Primeira Região e Luiz Fernando Valladão Nogueira. HC 162.957/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2012, Dje 18/2/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25500687&sReg=201000295902&sData=20130218&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 25 mai. 2018.

⁹⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 23.

definição de organização criminosa, e não sua tipificação; o que deveria estar e estava tipificado era o crime de lavagem de dinheiro, sendo a figura da organização uma definição de quem pratica o crime da Lei nº 9.613/1998, ou seja, seu agente.¹⁰⁰

Diante de todo este contexto, foi editada a Lei nº 12.694, no ano de 2012, a qual tratava sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição para os crimes praticados pela organização criminosa, desta forma o legislador, pela primeira vez, definiu (não tipificou, semelhantemente a Convenção de Palermo) para o Direito Penal interno o que era organização criminosa.¹⁰¹ Finalmente, surgiu a Lei nº 12.850/2013, que revogou a antiga Lei nº 9.034/95, apresentando uma nova definição de organização criminosa, abordando a questão das investigações, procedimento criminal, bem como meios de obtenção de prova, além de, com o merecido destaque, ter tipificado o crime.¹⁰²

Ocorre que, após a introdução da Lei nº 12.850/2013, iniciaram-se duas correntes em relação à utilização dos conceitos de organização criminosa. Uma afirma que são aplicáveis os dois conceitos, tanto o trazido para os fins da Lei nº 12.694/2012, como o exposto pela nova lei de organizações criminosas, tendo em vista que esta não revogou expressamente aquela.¹⁰³ A outra corrente, que é majoritária, defende que houve uma revogação tácita do artigo 2º da Lei nº 12.694/2012¹⁰⁴, tendo convívio harmônico com o restante do texto legal. Ou seja, existe apenas um conceito legal de organização criminosa – o da Lei nº 12.850/2013.

Ante o exposto é possível perceber que, em que pese o entendimento minoritário, o majoritário é no sentido de afastar a possibilidade de existência de uma duplicidade de conceitos, o que parece ser bastante acertado, tendo em vista a insegurança jurídica que surgiria diante da dupla conceituação. Nada obstante ter se alcançado esse avanço no que diz respeito a definição de organização criminosa, Vladimir Aras entende que seria melhor que a nova lei de organização criminosa seguisse os mandamentos instituídos pela Convenção de Palermo, uma vez que o Brasil é participante.¹⁰⁵ Resumidamente, em que pese a crítica, o que fica claro é que

¹⁰⁰ ARAS, Vladimir. *A nova lei do crime organizado*. Disponível em < <https://vladimiraras.blog/2013/10/26/a-nova-lei-do-crime-organizado/>>. Acesso em 26 mai. 2018.

¹⁰¹ MASSON; MARÇAL, *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p 24.

¹⁰² Ibid, loc. cit.

¹⁰³ MOREIRA, Rômulo Andrade. *A nova lei de organização criminosa – lei nº 12.850/2013*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013, p. 30.

¹⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 479.

¹⁰⁵ ARAS, op. cit.

permanece, de forma indubitável, vigente a Lei nº 12.694/2012, sendo revogada tacitamente apenas o seu artigo 2º.¹⁰⁶

Sendo assim, conforme a nova lei, organização criminosa é 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”.¹⁰⁷ Percebe-se assim que não mais prevalece o conceito de organização com a antiga previsão de associação de 3 pessoas, bem como não se trata mais do cometimento de crimes cujas penas máximas sejam iguais ou superiores a 4 anos. Atualmente, como exposto, destacando a diferença surgida, deve haver a presença de 4 pessoas, que venham a praticar crimes com penas máximas acima de 4 anos.

Esta definição não foi isenta de críticas, tendo sido apontado primeiramente que, ao estipular quais crimes seriam vinculados à organização criminosa, pecou o legislador, pois desta forma pareceu que o destaque foi dado aos crimes, em si, que são praticados no seio da organização, quando, na verdade, o reprovável e merecedor de destaque é o fenômeno da criminalidade organizada, que faz, em tese, os crimes se agravarem; além disto, considerou-se um retrocesso afastar-se da antiga definição, no que diz respeito ao número de integrantes caracterizador da organização, bem como nas penas dos crimes cometidos por esta, uma vez que, atualmente, exige-se um número maior de participantes para ficar caracterizada a organização criminosa, bem como os crimes com penal máxima igual a 4 anos não fazem mais parte do texto legal.¹⁰⁸

Nada obstante as críticas, é inegável o ganho na edição da Lei nº 12.850/2013, no sentido de se ter preenchido aquele vácuo jurídico, caracterizado pela ausência de definição e tipificação do que era a figura da organização criminosa.

¹⁰⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado comentários à lei 12.850/2013*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 14.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei 12.850/2013, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, ago 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 26 mai. 2018.

¹⁰⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 28.

5 INFILTRAÇÃO POLICIAL E DIREITOS ENVOLVIDOS

A Infiltração Policial é uma técnica especial de investigação, sendo utilizada principalmente para investigar organizações criminosas. Na verdade, tal técnica existe desde o advento da Lei nº 9.034/1995, que foi alterada pela Lei nº 10.217/2001, todavia apenas se solidificou com a publicação da Lei nº 12.850/2013, a qual deu contornos e detalhou os modos de desenvolvimento deste método investigativo. Em que pese já existir previsão de utilização desde 1995, tal norma era inaplicável, uma vez que não havia qualquer hipótese de rito a ser aplicado no modo de proceder de um agente infiltrado. Sendo a Infiltração Policial uma medida que afeta outros direitos fundamentais do indivíduo, não se poderia aplicá-la sem ter seus exatos limites, sob pena de causar sérios danos aos direitos do investigado.¹⁰⁹

Esta técnica especial consiste na infiltração de um agente policial numa organização criminosa, fazendo-se parecer mais um dos integrantes do referido grupo criminoso, a fim de obter informações sobre seu funcionamento, dados dos membros, bem como sobre os crimes já cometidos ou os que estão em desenvolvimento.¹¹⁰ O agente, que deve ser, necessariamente, policial, simula ser um componente da organização e acaba invadindo à intimidade do indivíduo, buscando recolher informações que têm uma natureza incriminadora, ou seja, o investigado, acusado de integrar o grupo, termina passando dados que são, eventualmente, auto incriminadores, sem imaginar que um agente policial está do outro lado, fazendo uso de cada palavra dita, documento mostrado, a fim de serem externados tais dados, futuramente.

A origem do instituto é datada na época do absolutismo francês, especialmente no período marcado por Luis XIV, no qual foi criada a figura do delator, que consistia no ato de qualquer cidadão servir como verdadeiro espião, tendo a função de observar indivíduos, e descobrirem, eventualmente, possíveis inimigos políticos. Através de tais descobertas, tentava-se proteger e reforçar o regime absolutista em questão. Ocorre que, o que, no princípio, resumia-se a simples espionagem e encaminhamento de informações ao conhecimento das autoridades, passado algum tempo, tornou-se atividade que visava a provocação de condutas consideradas ilícitas.¹¹¹

¹⁰⁹ SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 77.

¹¹⁰ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 299.

¹¹¹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93

Mudou-se, por óbvio, a figura do instituto em tela. A Infiltração Policial, hoje, mostra-se com integração do agente policial de forma dissimulada no que diz respeito à investigação, na qual a finalidade é a busca de provas e informações referentes às organizações criminosas, ou até mesmo em determinadas hipóteses, como no crime de drogas, de modo a desmantelar tais grupos criminosos.¹¹² Em sede doutrinária, a dissimulação (ocultação da condição de agente policial e suas intenções reais), o engano (pois todo o procedimento baseia-se na encenação para obter a confiança do suspeito), bem como a interação (a relação direta e pessoal com o suposto integrante da organização criminosa) são as três características fundamentais que marcam a infiltração do agente policial.¹¹³

A Lei nº 12.850/2013 disciplinou de forma pormenorizada o instituto da Infiltração Policial, sendo uma inovação do sentido de trazer um preenchimento ao vácuo que existia no que se referia a esta técnica especial de investigação. Como já foi exposto, este meio excepcional de obtenção de prova tem sua origem, no Brasil, desde 1995, com a criação da Lei nº 9.034, porém de maneira bastante irresponsável, uma vez que não apresentava o rito, modo de atuação do policial infiltrado. Mediante a nova lei, foram previstas, por exemplo, o prazo de duração da infiltração, controle judicial, legitimidade para solicitar tal técnica, relatórios periódicos sobre o andamento do procedimento, além de autorização judicial, bem como sigilo na distribuição.

Quando não se observar possibilidade alguma de obtenção de provas por meio das técnicas tradicionais, baseando necessariamente na extrema necessidade, pode ter-se autorizada a medida de infiltração policial. É imprescindível que se tenha em mente que esta deve ser a última opção na tentativa de angariar provas para legitimar um eventual oferecimento de denúncia contra algum ou alguns indivíduos acusados de pertencerem a uma organização criminosa. Trata-se de uma medida que, além de afetar alguns direitos fundamentais do indivíduo, ainda pode mostrar-se demasiadamente perigosa para o agente infiltrado. Este, a depender do nível do grupo criminoso, deve incorporar totalmente um personagem e assumir

¹¹² PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009, p. 820.

¹¹³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 299-300.

outro estilo de vida, passando por pressões intensas, podendo sofrer física e psicologicamente.¹¹⁴

5.1 LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INFILTRAÇÃO POLICIAL

Analisando a Lei nº 12.850/2013, constata-se que foram destinados 5 artigos para tratar sobre a medida de Infiltração Policial, começando do artigo 10 até o 14. O primeiro dos artigos que tratam sobre o tema traz os legitimados ativos, declarando que a autoridade policial que estiver presidindo o inquérito policial pode representar pela cautelar de infiltração, bem como o Ministério Público requerer a medida ao órgão jurisdicional competente para examinar a solicitação. Sendo assim, tal como ocorre na interceptação telefônica, porém diferentemente da prática norte americana, a infiltração necessita de autorização judicial, que deve ser fundamentada, após ter-se analisado a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, os quais devem expor, de maneira minuciosa, todos os requisitos legais para o exame e deferimento da solicitação, demonstrando seu preenchimento.¹¹⁵

Um aspecto importante a ser ressaltado é que a representação da autoridade policial deve ser seguida de parecer ministerial, ou seja, apenas após oferecimento de parecer por parte do Ministério Público, no que diz respeito à representação em questão, é que se pode ter decisão sobre o pedido. Isto destaca o sistema acusatório, pois, uma vez que a função de acusar está ligada única e exclusivamente ao órgão ministerial, é necessário que este apresente seu posicionamento em relação às medidas de natureza investigativa, ou seja, caso o Ministério Público mostre-se contra a diligência representada pela autoridade policial, não cabe o magistrado deferir tal pedido.¹¹⁶ Em suma, se quem possui o ônus da prova é contrário à realização da infiltração policial, não existe qualquer sentido em o órgão jurisdicional deferir-la, devendo, inclusive, o Ministério Público acompanhar todo o procedimento investigativo.¹¹⁷

Caso o magistrado, mesmo diante do parecer ministerial contrário à diligência da infiltração policial, resolvesse por deferir-la, estaria autorizando ex officio a infiltração, o que

¹¹⁴ SOARES, H. F. Da infiltração policial em organizações criminosas: evolução, espécies e consequências. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 12, p. 131-160, jun. 2016. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/10966>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

¹¹⁵ SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92.

¹¹⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 306.

¹¹⁷ ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 195.

afetaria imensa e negativamente o sistema acusatório, sendo o referido juiz o produtor de provas, cenário idêntico ao sistema inquisitório. Neste sentido são importantes as palavras de Geraldo Prado quando afirma que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.¹¹⁸ Desta forma, o magistrado não pode sair da inércia que lhe é própria, a fim de deferir a medida supracitada de ofício; semelhantemente, a renovação não pode ser decretada pelo mesmo nos mesmos moldes apresentados, ou seja, *ex officio*.

5.2 MOMENTO E QUEM PODE SER AGENTE INFILTRADO

A medida da infiltração policial visa a obtenção de informações suficientes para o oferecimento da denúncia, devendo os autos, contendo os dados da medida, acompanhá-la, conforme é possível perceber da leitura do parágrafo segundo, do artigo 12 da Lei nº 12.850/2013.¹¹⁹ Uma vez que a denúncia for oferecida, entende-se que a fase primária de investigação mostrou-se produtiva na colheita dos elementos que constata a suficiência para instauração da ação penal, sendo injustificável a utilização de medidas mais invasivas do que as que foram deflagradas em momento anterior.¹²⁰ Além do exposto, estando a ação penal em curso e havendo o deferimento da medida de infiltração, Marllon Sousa entende existir justa causa para o seu trancamento, pois declara que a imprescindibilidade para as investigações é o pressuposto para o atendimento da solicitação para a realização da infiltração policial.¹²¹

Nada obstante, existem posições doutrinárias distintas em relação ao momento da realização da medida em tela, segundo Cleber Masson e Vinícius Marçal, os quais declaram existir duas correntes referentes ao período correto de sua realização. Estes afirmam que a primeira corrente, que é predominante, afirma que a infiltração policial apenas pode ser decretada no bojo do procedimento investigativo criminal; já a segunda corrente aduz que, em regra, a medida deve ocorrer no seio da investigação, mediante pedido do delegado ou do Ministério Público e autorização do magistrado, todavia não existe impedimento, a exemplo da

¹¹⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 136.

¹¹⁹ O artigo 12, §2º da Lei nº 12.850/2013 traz que “os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente”.

¹²⁰ SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 86.

¹²¹ *Ibid.*, p. 87.

colaboração premiada, de realização durante a instrução criminal.¹²² O parágrafo segundo do artigo 12 da Lei em tela vai justamente no sentido contrário a esta segunda corrente, todavia existe previsão da infiltração policial em qualquer fase da persecução penal, tratando-se da Lei de Drogas, o que pode abrir espaço para o pensamento base do referido entendimento.¹²³

Conforme o exposto, entende-se que não faz sentido a realização da infiltração, uma vez que já estiver sido iniciada a ação penal¹²⁴, em que pese o entendimento contrário. Sendo assim, quando se oferecer a inicial acusatória, restará completamente preclusa a possibilidade de fazer-se uso da infiltração policial no que diz respeito aos fatos que são narrados tendo ela como base, ou seja, em suma, até o oferecimento da denúncia é que se pode pensar em medida que vise infiltrar agente policial na organização criminosa.

Quantos aos legitimados para infiltrarem-se em organizações criminosas, o legislador mudou o panorama, demonstrando que não é qualquer funcionário do Estado que terá a capacidade de atuar como agente infiltrado. Antigamente, quando ainda era vigente a Lei nº 9.034/1995, agentes de polícia ou de inteligência poderiam infiltrar-se nas organizações, todavia com o advento da Lei nº 12.850/2013, os agentes de inteligência saíram da lista de legitimados, restando apenas os de polícia. Justificando tal posição, Everton Luiz Zanella aduz que o motivo de se ter apenas agente policiais como autorizados para a infiltração se dá pela necessidade de treinamento em centros de formação próprios, que pertencem aos órgãos policiais, sendo viável que os agentes sejam da carreira policial também; além disto, os Ministérios Públicos não possuem um quadro extenso de agentes de promotoria, não sendo factível colocá-los na atividade de infiltração; por fim, só será viável como prova efetiva a infiltração desenvolvida em força-tarefa, onde tanto policiais como outros agentes, à exemplo do Ministério Público, executem distintas tarefas, em sintonia.¹²⁵

Consoante com este entendimento, ou seja, no sentido de reafirmar os agentes policiais como únicos legitimados para a infiltração, parte considerável da doutrina entendia de

¹²² MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 308.

¹²³ O inciso primeiro do artigo 53 da Lei nº 11.343/2006 prevê que “ 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: a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes”.

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 162.

¹²⁵ ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 192.

constitucionalidade questionável a atuação dos agentes de inteligência nas infiltrações, uma vez que, para estes, não são destinadas funções de polícia judiciária, não tendo legitimidade para coleta de provas que seriam utilizadas futuramente no processo penal.¹²⁶ Em suma, agentes de polícia são aqueles elencados no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, porém nem todos possuem atribuições investigativas, sendo assim, dos apontados no referido artigo, os únicos que possuem capacidade para investigação são os policiais federais e os policiais civis estaduais.¹²⁷ Destarte, não é permitida a infiltração por agentes do Ministério Público, membros de Comissões Parlamentares de Inquérito, das Corregedorias, receitas federais ou estaduais, bem como integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência e da Agência Brasileira de Inteligência.¹²⁸

5.3 SIGILO NA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E ALCANCE DA DECISÃO

A autorização judicial para infiltração policial deve abranger todos os detalhes do caso concreto, ou seja, ser circunstanciada; deve expor os argumentos fáticos e jurídicos que justifiquem a adoção da medida, mostrando sua motivação; por fim, a autorização judicial deve, necessariamente, ser sigilosa, pois não pode colocar em risco a operação, muito menos a vida do agente e seus familiares.¹²⁹ São quatro os questionamentos que o magistrado deve responder antes da autorização da infiltração policial, segundo Cleber Masson e Vinícius Marçal; Deve saber se a medida é adequada para a obtenção do fim almejado, se foram observados indícios mínimos da prática do crime de organização criminosa, se foram esgotadas previamente outras medidas investigativas menos invasivas aos direitos fundamentais do indivíduo, e, por fim, saber se as vantagens advindas do fim público compensam os eventuais prejuízos provocados aos direitos individuais violados.¹³⁰

Parte da doutrina entende que o recomendável é que o magistrado aponte as condutas que o agente policial estará autorizado a praticar, bem como aquelas que lhe serão proibidas, no decorrer da infiltração.¹³¹ Todavia, Marllon Sousa apresenta um entendimento crítico em

¹²⁶ PACHECO, Rafael. *Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

¹²⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado comentários à lei 12.850/2013*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 103.

¹²⁸ Ibid., p. 104.

¹²⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 311.

¹³⁰ Ibid, loc. cit.

¹³¹ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 227.

relação ao exposto, pois afirma que, dependendo da lente que se use para visualizar tal regra, pode constatar-se que o órgão jurisdicional está apresentando uma ingerência indevida no procedimento investigativo, mostrando ser uma mácula ao sistema acusatório.¹³² Sendo assim, tal autor entende que o legislador foi infeliz ao estabelecer tal previsão, afirmando que os limites de atuação deveriam ser matéria de lei, como se fosse um guia, semelhante ao guia de atuação para infiltração policial do *Federal Bureau of Investigation* (FBI).¹³³

Assim, ao deferir-se a medida de infiltração, o magistrado deve estar atento ao estabelecimento de certos limites de atuação do agente infiltrado, tais como, limite espacial, limite temporal e limite investigatório. O limite espacial diz respeito ao campo de atuação do policial, para legitimar sua presença enganosa na organização criminosa, durante um prazo específico, ou seja, demonstrando um limite temporal, de modo a apontar as pessoas (quando possível) que serão investigadas e as técnicas especiais de investigação que o agente poderá utilizar, materializando assim o limite investigatório.¹³⁴ Nesta mesma linha, um aspecto importante sobre a infiltração policial, diz respeito o eventual cometimento de “crimes”, em casos de necessidade extrema, uma vez que esta possibilidade é clara quando se tem em mente que o policial infiltrado precisa integrar-se totalmente na organização criminosas, podendo, em algum momento, ver-se obrigado a praticar alguma infração penal.¹³⁵

Destarte, visualiza-se que a medida de infiltração policial necessita de limites, a fim de evitar qualquer abuso no procedimento investigativo. O prazo de duração da medida, por exemplo, é algo imprescindível, quando se entende que a referida técnica é gravosa, não podendo estender-se por tempo indefinido, sob pena de causar danos imensos para o indivíduo que está sendo investigado. Conforme parágrafo 3º, do artigo 10, da Lei nº 12.850/2013, a infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 meses, sem prejuízo de renovações, de acordo com a demonstração de necessidade. Não há, desta forma, qualquer óbice quanto ao deferimento por prazo menor que o limite, bem como não existe imposição da duração da

¹³² SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97.

¹³³ *Ibid.*, p. 98.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 313.

¹³⁵ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

medida de renovação; todavia parece correto que o prazo da renovação respeite o mesmo limite imposto no parágrafo 3º do artigo supracitado.¹³⁶

O legislador deixou uma lacuna na questão de quantas renovações são permitidas e, em que pese tal ausência, existe entendimento no sentido de aceitar mais de duas renovações, por entender que, atingindo este número de renovações, a infiltração terá atingido a duração de 18 meses, sendo imensamente prejudicial estender por mais tempo uma medida de caráter excepcional;¹³⁷ Essa lógica parte do pressuposto que, com todo este prazo deferido, ou já se teve oportunidade suficiente, através do contato com o Ministério Público, para requer do juízo todas as medidas necessárias para comprovar as investigações, tais como, quebra de sigilos de dados, expedição de mandado de busca e apreensão, bem como interceptações; ou a medida já mostrou-se infrutífera, o que fomentaria o término da referida medida invasiva de infiltração policial.¹³⁸ Contrariamente a esta visão, há a posição que entende que pode renovada quantas vezes mostrar-se necessária a medida, desde que com fundamentação para tal.¹³⁹

5.4 CONFUSÃO ENTRE OUTRAS FIGURAS E A DO AGENTE INFILTRADO

Apesar da grande diferença, o agente infiltrado é alvo de confusão com a figura ilegítima do agente provocador. Este “deliberadamente desencadeia práticas ilícitas pelos integrantes de uma organização criminosa, sem dela fazer parte, para em seguida impedir a consumação do resultado”.¹⁴⁰ Nesta figura, o agente é dono da conduta, tem o poder de tomar ou não determinada decisão, todavia assim o faz, como o único objetivo de incriminar o indivíduo; prepara todo um cenário, de modo a instigar a conduta ilícita do mesmo, porém evitando, no momento crucial, a consumação o delito. O Supremo Tribunal Federal já demonstrou o repúdio à figura do agente provocador, mediante apresentação da Súmula 145, afirmando a inexistência de crime, quando a preparação do flagrante resultar na impossibilidade de consumação do crime.¹⁴¹

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170.

¹³⁷ SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 90.

¹³⁸ Ibid, loc. cit.

¹³⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado comentários à lei 12.850/2013*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 109.

¹⁴⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

¹⁴¹ A Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal declara que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

A figura do agente infiltrado é prevista em lei, enquanto a do agente provocador é repudiada; O agente policial que se infiltra numa organização criminosa, busca informações, provas sobre crimes que já ocorreram, ou os que estão em desenvolvimento no seio do grupo criminoso, ou seja, o agente infiltrado, ao contrário do provocador, não busca criar um cenário fictício para que terceiros cometam crimes. Qualquer operação com base em agente provocador, abre espaço para anulação do ato, com, inclusive, responsabilização do policial; já a prova colhida pelo policial infiltrado em organizações criminosas é considerada lícita. Analogicamente, o agente provocador age como se fosse roteirista de uma novela, o qual já sabe como será seu final, enquanto o agente infiltrado é apenas o ator, que se encontra imerso em história já escrita, vivendo cada capítulo de cada vez.¹⁴²

Semelhantemente, Infiltração Policial não se confunde com Ação Controlada, também prevista como técnica de obtenção de provas, trazida pela Lei nº 12.850/2013. Esta última trata-se na ação de retardar a intervenção do agente policial ou administrativo no que se refere à conduta realizada pela organização criminosa ou a ela vinculada, na condição de estar sendo observada e acompanhada, a fim de que tal medida legal seja concretizada no momento que o agente entenda mais eficaz para a produção e formação de provas e obtenção de informações, ou seja, é escolhido o melhor momento para a ação ser deflagrada, uma vez que, se deixado para tomar uma atitude antecipada, os provas que seriam obtidas não teriam o mesmo corpo das recolhidas em momento posterior.¹⁴³

Exemplo de Ação Controlada é o exposto por Rômulo Andrade Moreira ao afirmar que se trata da ação de policiais que monitoram um porto à espera da chegada de uma quantidade substancial de carregamento de cocaína por parte de uma organização criminosa, até que, em dado momento, atraca no referido porto um pequeno bote, sendo comandado por dois integrantes da organização - já conhecidos pelos agentes, em posse de um saco plástico contendo um pó branco, que, supostamente, seria a droga em questão. Desta forma, em vez de efetuarem a prisão em flagrante dos investigados, diante da aparência do delito, os policiais resolvem esperar, postergando o ato, na esperança de que a enorme quantidade de cocaína seja desembarcada em um navio, o qual sabem que chegará em breve. Sendo assim, a prisão em flagrante, num primeiro momento, é descartada, devido a escolha de esperar uma grande carga

¹⁴² SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 46.

¹⁴³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 232.

de droga que sabe ser de chegada certa, de modo a ser monitorada toda a ação, a fim de encontrar maior eficácia na solução da conduta delituosa.¹⁴⁴

Ainda sobre a figura em tela, existe entendimento que a Ação Controlada apenas tem aplicação para os delitos que envolvam organização criminosa e tráfico de drogas.¹⁴⁵ Sendo assim, não é qualquer retardo de efetuação de prisão que representa o instituto, ou seja, um policial, em sua rotina normal, que percebe o furto dentro de um mercado e, não realizando a prisão no momento exato, espera um momento mais oportuno, não está se falando, propriamente, de Ação Controlada, com todos o requisito impostos em lei.¹⁴⁶ Destarte, é claro que existe diferença entre as figuras apresentadas acima, demonstrando que o policial infiltrado não se confunde com o repudiado agente provocador, nem o instituto da Infiltração Policial com a Ação Controlada. Tal distinção é importante, a fim de melhor esclarecimento dos aspectos já abordados ou os que ainda serão, no que se refere à Infiltração Policial.

5.5 INFILTRAÇÃO POLICIAL E CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mediante tudo que foi exposto até o momento, é indubitável que a realização da infiltração de um policial numa organização criminosa envolve direitos fundamentais. De um lado encontra-se o Estado que apresenta, em um determinado momento, mais interesse em certos direitos, e do outro lado está o indivíduo, que é sujeito possuidor de outras garantias fundamentais. Desta forma, percebe-se que há direitos fundamentais em cena, para ambos os “lados”, sendo todos carentes de total atenção, e dignos de busca por concretização. Ocorre que não existe direito absoluto, existindo, na verdade, o potencial choque entre vários direitos, inclusive os fundamentais. Assim, nestes momentos de colisão, deve-se encontrar uma solução viável fática e juridicamente, a qual terá validade para o caso concreto. É exatamente o princípio da proporcionalidade - já exposto em tópicos anteriores - do jurista alemão Robert Alexy, que apresenta, por meio da técnica da ponderação, uma forma de resolver tais conflitos entre direitos fundamentais.

Necessariamente, quando se fala do instituto da Infiltração Policial, certos direitos fundamentais, a princípio, apresentam-se em conflito, quais sejam, direito à intimidade, direito de não produção de provas contra si mesmo, bem como o direito à segurança pública, previsto

¹⁴⁴ MOREIRA apud MASSON; MARÇAL, 2017, p. 232.

¹⁴⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado comentários à lei 12.850/2013*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 98.

tanto no *caput* do artigo 6º, como do artigo 144, ambos da Constituição Federal de 1988, além de estar profundamente ligado o princípio da eficiência. Seu aparente conflito dá-se pelo fato de que, quando o agente policial infiltra-se numa suposta organização criminosa, automaticamente, ele está explorando o nome, a identidade ou semelhança do investigado sem seu consentimento, utilizando-se de falsas declarações;¹⁴⁷ De outro modo, o policial infiltrado, quando recolher informações que, de fato, levem a produção de provas no futuro, em juízo, acaba fazendo com que o investigado participe da produção de provas, construindo arcabouço probatório contra si mesmo, sem saber que está passando dados incriminadores para um policial; todavia o Estado precisa encontrar uma maneira viável de solucionar o problema da criminalidade organizada que, como tem sido exposto, apresenta um grau incomensurável de prejuízo para inúmeros indivíduos, uma vez que é fonte de delitos, os quais, não raras vezes, mostram-se gravíssimos, afetando imensa e negativamente a segurança de toda sociedade, ferindo outros direitos interligados.

Ocorre que, não raras vezes, outros direitos apresentam-se diretamente envolvidos com a situação que tenha a possibilidade de ensejar a efetivação da medida de infiltração policial. Basta imaginar que determinada organização criminosa é responsável pelo cometimento de delitos que estejam relacionados com tráfico e/ou exploração sexual de crianças e adolescentes. Estes recebem proteção importantíssima da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que é dever da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de, dentre outras, qualquer forma de exploração, crueldade e violência.¹⁴⁸ Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ressalta o caráter fundamental da proteção que é dada para esta classe, afirmando a natureza inviolável da integridade física, psíquica e moral deles, além de destacar o paládio à saúde e à vida deste seguimento.¹⁴⁹

Inclusive, a medida de Infiltração Policial já é prevista no combate de delitos contra a dignidade sexual da criança, com previsão no Estatuto da Criança e Adolescente, todavia

¹⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 555.

¹⁴⁸ O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 diz que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

¹⁴⁹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Promulgado em 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>.

tratando-se de infiltração em meio eletrônico. Destarte, é notável a importância que é dada a tais indivíduos, diante sua condição de vulnerabilidade. Ora, se existe uma organização criminosa comandando o tráfico e exploração sexual de crianças, percebe-se que o direito fundamental à proteção delas está diretamente envolvido na situação, sendo assim, no momento de análise da representação ou requerimento a favor da medida de Infiltração Policial, deve-se colocá-lo na balança. Este é um exemplo de outro direito que pode estar relacionado no caso concreto, levando o magistrado a perceber eventual menor ou maior peso a ser dado no momento do deferimento (ou não) da realização da técnica.

5.5.1 Segurança Pública

A Constituição Federal de 1988 destinou um capítulo específico para tratar sobre segurança pública, em seu artigo 144, afirmando ser responsabilidade de todos e dever do Estado, a qual, diante da expansão do rol dos direitos fundamentais, foi elevada à categoria de direito fundamental. O vocábulo segurança, conforme José Afonso da Silva, apresenta um significado geral de garantia, proteção, bem como demonstra uma estabilidade de situação ou da pessoa em vários aspectos.¹⁵⁰ Já Segurança Pública tem sentido de “manutenção da ordem pública interna”, na visão deste mesmo autor.¹⁵¹ Este aduz que segurança pública além de não ser só repressão, não é unicamente problema de polícia, assumindo sua figura de tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população.¹⁵²

Tal direito não se encontra taxado no catálogo do artigo 5º da Lei Maior, todavia sua natureza de direito fundamental deve ser vista através da cláusula de abertura presente no parágrafo 2º do referido artigo, sendo um direito que legitima e permite a concretização de outros fundamentais, tanto individuais, como coletivos, o que demonstra que íntima relação com a própria noção de dignidade humana.¹⁵³ Pelo exposto, resta claro o caráter fundamental do Direito à Segurança, devendo o Estado buscar meios que o levem a uma concretização, não apresentando uma prestação insuficiente, uma vez que se mostra imprescindível para a manutenção da ordem, garantindo o fomento aos outros direitos fundamentais.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 777.

¹⁵¹ Ibid, loc. cit.

¹⁵² SILVA apud LENZA, 2017, p. 1069.

¹⁵³ RIO, J. J. O Direito Fundamental a Segurança pública num Estado Democrático de Direito. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 12, jan. 2014. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/397>>. Acesso em: 03 jul 2018.

5.5.2 Direito à Intimidade

O Direito à Intimidade recebe da Constituição Federal de 1988 a natureza de direito subjetivo autônomo, sendo, inclusive, distinguida de outras manifestações típicas da privacidade.¹⁵⁴ Tal tema foi abordado em 1967, na Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, em Estocolmo, onde, em documento, foram traçadas cinco ofensas ao direito em questão, sendo eles: a “penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone”¹⁵⁵; além disto, também foi destacada a “gravação de conversas e tomada de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral”¹⁵⁶.

Ademais, foi apontada, da mesma forma, a “audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente”¹⁵⁷; é perceptível que também o destaque em relação a “exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas”¹⁵⁸; por fim é visualizada a “utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas subrepticiamente nas formas precedentes”¹⁵⁹.

Assim, a vida secreta, a qual o indivíduo não revela para ninguém, nem mesmo para família e/ou amigos, é a intimidade que se busca proteger, guardando aquela parte da vida que não se quer repercussão social algumas, reservando tudo para si mesmo. Ou seja, trata-se do mais íntimo do indivíduo, aquilo que não abre espaço para qualquer exposição pública, demonstrando ser bastante restrito, o que faz com que ele queira estar totalmente afastado de tudo e de todos, resumindo-se apenas aquele núcleo de informações e dados que ninguém está autorizado a saber.

¹⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 554.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 555.

¹⁵⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁹ *Ibid.*, loc. cit.

5.5.3 Direito a não produção de provas contra si mesmo

Também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, o princípio da inexigibilidade de autoincriminação garante que ninguém será compelido a produzir prova contra si mesmo, guardando íntima relação com o princípio da presunção da inocência e com o direito ao silêncio, previsto pela Constituição Federal de 1988, o que mostra uma ideia de limitação do poder Estatal.¹⁶⁰ É uma expressão da defesa pessoal ou autodefesa, a qual se divide em positiva e negativa, sendo a positiva o direito disponível do sujeito passivo realizar atos, declarar, participar de acareações etc; e a negativa funda-se justamente no direito do investigado de recusar, consistindo em um não fazer, ou seja, sendo o aspecto no qual o direito de não produzir provas contra si mesmo encontra-se.¹⁶¹ Destarte, entende-se que o imputado tem o direito de não participar de qualquer conduta que venha a lhe incriminar, exercendo então seu direito de autodefesa negativa.

Semelhantemente ao que já foi comentado, o princípio em tela também guarda relação com o conhecido “Aviso de Miranda”, o qual foi originado do julgamento *Miranda versus Arizona*, nos Estados Unidos, o qual apresentou o entendimento de que a ausência de advertência ao investigado quanto aos seus direitos constitucionais, leva a anulação de suas confissões e outras provas delas derivadas.¹⁶² Consoante isto, esta relação leva a perceber que é necessário comunicar ao imputado sobre o conteúdo completo de seus direitos, sendo uma garantia fundamental, apontando para uma leitura prévia de direitos constitucionais, antecedendo muito a nota de culpa, posta sempre após formalizar-se uma prisão.¹⁶³

Deste modo o princípio da não autoincriminação envolve o direito do imputado permanecer em silêncio, não ser obrigado a confessar o cometimento de infração penal, inexigibilidade de dizer a verdade, não realizar conduta ativa que a leve o a incriminação, bem como não produzir prova invasiva ou que leve a penetração em seu organismo.¹⁶⁴

¹⁶⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 96.

¹⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 380.

¹⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011, p. 58.

¹⁶³ TÁVORA, op. cit., p. 96.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 97.

5.5.4 Princípio da Eficiência

Tratando do Princípio da Eficiência, o que vale é o resultado que o Estado deve obter, devendo a Administração ser dotada de estrutura suficiente para sua concretização.¹⁶⁵ Consiste, conforme ensina José Afonso da Silva, “na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços de qualidade [...]”¹⁶⁶, ou seja, o Estado deve se organizar, nos aspectos suscitados, a fim de buscar obter a melhor prestação de serviço possível para a sociedade. O Princípio da Eficiência integra o caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, tendo, por força da Emenda Constitucional nº 19/98, trazido o dever explícito de efetivar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento.¹⁶⁷ Desta forma, o Estado tem a necessidade de mostrar máxima produtividade, a fim de alcançar resultados ótimos, cumprindo com seu objetivo.

O princípio em tela apresenta dois aspectos: um em relação ao modo de atuação do funcionário público e outro ligado à organização, estrutura e disciplina do Estado.¹⁶⁸ No contexto da Administração Pública, existe uma distinção entre eficiência e eficácia. Esta preocupa-se apenas com o resultado, ignorando os meios utilizados; aquela tem o foco nos meios, métodos e procedimentos adequados, visando garantir a melhor utilização dos recursos disponíveis.¹⁶⁹ Surge, então, na doutrina a ideia de efetividade administrativa, a qual afirma que o Estado, na figura do princípio da eficiência, deve abarcar o sucesso dos meios, bem como o sucesso dos resultados, uma vez que apenas será visualizada a efetividade da Administração, quando os resultados forem alcançados mediante emprego de meios adequados.¹⁷⁰

Assim, observa-se a obrigação do Estado em ter que trabalhar de modo a criar respostas sempre aprimoradas, visando os melhores resultados possíveis, utilizando as técnicas que se mostrarem mais eficazes e que estejam disponíveis, a fim de buscar-se a ótima execução da prestação do serviço público.

¹⁶⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1487.

¹⁶⁶ SILVA apud LENZA, 2017, p. 1487-1488.

¹⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 745.

¹⁶⁸ Ibid., p. 746.

¹⁶⁹ Ibid, loc. cit.

¹⁷⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 188.

5.5.5 Infiltração Policial, choque de direitos e princípio da proporcionalidade

Conforme tudo que foi exposto, o deferimento de uma medida de infiltração policial deve ser entendida como meio excepcional de obtenção de prova, sendo a *ultima ratio* dos meios existentes, devendo ser utilizada mediante análise do caso concreto. Tal medida, por óbvio, é invasiva no que diz respeito aos direitos do imputado, mostrando que, realmente, apenas deve ser concedida em casos extremos. Tais casos podem ser visualizados, atualmente, através das atividades de certas organizações criminosas, as quais desenvolvem um nível de criminalidade imensamente prejudicial e de natureza variada. Como exemplo já citado, se, num caso concreto, é visualizada uma organização responsável por crimes relacionados com o tráfico e exploração sexual de crianças, não resta a menor dúvida do dano incomensurável que estará em desenvolvimento, estando em jogo, semelhantemente, o dever fundamental de segurança que o Estado deve efetivar, bem como o princípio da eficiência, orientando sua conduta de solução em direção ao melhor resultado possível, mediante as técnicas mais eficazes.

Equivalentemente à natureza do crime supramencionado, qual seja, atentatório à dignidade sexual da criança, existem outras organizações criminosas que envolvem outros tipos de criminalidade, que são igualmente danosos. Nestes momentos, quando se está diante da análise referente ao pedido de realização da medida de infiltração policial, o magistrado deve colocar na balança os direitos envolvidos, conflitantes: os que envolvem a tentativa de solução do crime respectivo, e os que estão ligados as garantias fundamentais do investigado. Para tanto, o julgador deve utilizar, como aqui se defende, o Princípio da Proporcionalidade, trazido pelo jurista alemão Robert Alexy, o qual foi já abordado em capítulo anterior.

Em suma, o juiz deve analisar se a medida de infiltração policial é adequada para atingir-se o fim almejado, qual seja, desmantelamento da organização criminosa, mediante obtenção de informações referentes aos crimes cometidos pelo grupo criminoso; se tal medida é necessária, ou seja, se não existe medida menos gravosa que tenha a capacidade de obtenção do mesmo resultado (e aqui se fala em *ultima ratio* das medidas, destacando seu caráter excepcional); por fim, o magistrado deve realizar o exame da proporcionalidade em sentido estrito, efetivando uma ponderação, de modo a sopesar os direitos colidentes, isto é, deve-se avaliar o grau de afetação dos direitos fundamentais do indivíduo no caso concreto, a importância da satisfação dos direitos fundamentais colidentes e, finalmente, deve ser avaliado se a importância da satisfação dos direitos que estão envolvidos com o combate da organização

criminosa, justifica a afetação ou não satisfação dos direitos fundamentais do indivíduo, no caso concreto.¹⁷¹

Seguindo a linha de raciocínio, não há direitos fundamentais absolutos, independentemente de tratar-se do Estado ou do indivíduo, pois tais direitos são relativos, consequentemente, limitáveis. Sendo esta limitação possuidora de reciprocidade, no sentido de que um direito pode, *in concreto*, levar a limitação do exercício do outro.¹⁷² Os mencionados direitos fundamentais são dotados de uma dupla perspectiva, apresentando uma dimensão subjetiva e uma objetiva. A subjetiva diz respeito à dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, enquanto a objetiva refere-se à sintetização de valores básicos da sociedade democraticamente organizada, os expandindo para toda ordem jurídica.¹⁷³ Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, “os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado”.¹⁷⁴

Desta forma, a Infiltração Policial, como técnica excepcional e especial de obtenção de provas, deve ser avaliada como imprescindível à adequada investigação criminal, sendo rigorosamente submetida aos parâmetros da proporcionalidade, levando em consideração, no caso concreto, tendo em vista a complexidade e potencial dano da criminalidade organizada, o exame prévio da medida investigativa, pelo poder judiciário.¹⁷⁵ Dito isto, mediante o já abordado, a Infiltração Policial, como meio excepcional de obtenção de prova, no caso concreto, havendo uma ponderação dos direitos fundamentais em jogo, fruto da técnica trazida pelo jurista alemão Robert Alexy, através do princípio da proporcionalidade, é perfeitamente admissível, cabendo ao magistrado, de forma fundamentada, deferir ou não a medida. Sendo assim, os direitos fundamentais do indivíduo (destacados aqui o da intimidade e não produção de provas contra si mesmo), bem como os direitos fundamentais relacionados à conduta ativa do Estado, não são absolutos, podendo, *in concreto*, serem limitados, uns pelos outros.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 594.

¹⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 492.

¹⁷³ Ibid, p. 494.

¹⁷⁴ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁵ SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-30112015-165420/pt-br.php>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

6 CONCLUSÃO

Mediante tudo que foi exposto, restou claro que a criminalidade organizada é um fenômeno real, não se tratando de figura retirada do imaginário popular, fazendo mister destacar que a luta contra este novo tipo de crime mereceu total atenção de diversos países no mundo, mais especificamente aqueles que se colocaram como Estados-Parte na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo, na qual, as nações integrantes assumiram responsabilidade em relação às condutas que visem combater as organizações criminosas.

Percebeu-se que desde a origem mais remota da criminalidade organizada, até os dias atuais, houve um desenvolvimento estratosférico, que, dependendo de cada nação, se deu de forma distinta. Grande parte deste progresso deu-se a partir do século XX, devido ao enorme avanço tecnológico, fruto de uma intensa globalização, a qual, em que pese ter auxiliado de forma positiva a sociedade, acabou criando formas mais complexas de efetivar condutas delitivas, dentre as quais destaca-se o crime organizado. Atualmente, as organizações criminosas são fontes dos mais variados crimes, que chamam a atenção pelo nível de prejuízo que causam a diversos indivíduos, dentro de uma sociedade, sendo de dificultoso desmantelamento.

Tais grupos criminosos, em regra, são extremamente organizados, com formas, inclusive, de condutas provenientes de uma linha anti-inteligência, responsável por defender-se das condutas investigativas do Estado, fazendo com que seja comum a destruição de provas incriminadoras, instrumentos tecnológicos que visem criar obstáculos para as interceptações telefônicas, dentre outros. Suas condutas delituosas, muitas vezes, envolvem imensos desvios de dinheiro, que são destinados à saúde, educação, segurança, bem como, a depender do caso, podem relacionar-se com delitos que atentem contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, exploração de idosos etc.

Foi neste contexto que surgiu o instituto da Infiltração Policial, como meio excepcional de obtenção de provas, sendo uma, dentre outras advindas da Lei nº 12.850/2013, técnica especial de investigação, que tem grande potencial para obter informações importantes para o desmantelamento de uma organização criminosa, conseqüentemente, o fim de inúmeros crimes que são patrocinados por estes grupos.

Foi visualizado que a medida de infiltração policial atenta contra alguns direitos e garantias fundamentais do investigado, da mesma forma que busca proteger outros direitos fundamentais, tais quais, a segurança pública, seguindo orientação do princípio fundamental da eficiência, além de, no caso concreto, envolver direitos específicos, como, por exemplo, na situação em que a organização criminosa atente contra a dignidade sexual de crianças. Desta forma, este trabalho chegou à conclusão que de ambos os lados direitos fundamentais fazem-se presentes, sendo um clássico caso de conflito entre direitos fundamentais. Tais direitos, por óbvio, possuem incomensurável importância para o mantimento de um Estado Democrático de Direito, dado ao caráter fundamental de cada um.

Entendeu-se que, inevitavelmente, quando se escolher por proteger um direito fundamental, neste contexto apresentado, outro será afetado. Chegou-se à conclusão que não existe direito fundamental absoluto, então não há que se falar que um direito é mais importante que outro, de forma abstrata. Faz-se mister esta análise de importância em cada caso, *in concreto*, identificando qual direito irá prevalecer em relação ao outro.

Ocorre que o Processo Penal tem uma dupla função. Por um lado, mostra o caminho necessário para que o Estado possa ter como legítima a aplicação da pena. Por outro, apresenta uma natureza limitadora do poder estatal, evitando qualquer abuso por sua parte. Seguindo este raciocínio, percebeu-se a importância da feliz proteção às garantias e direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que são elas que destacam a condição de ser humano do imputado, coibindo condutas abusivas do Estado, as quais, em tempos passados, eram marcadas pela negligência quanto a natureza de sujeito de direitos do indivíduo investigado, tratando este como se fosse um mero objeto destinado a fortalecer seus prévios julgamentos.

Concluiu-se que, em conformidade com o exposto acima, existe uma tendência imediatista, no que diz respeito as respostas dentro de um sistema criminal. Esta tendência emerge no chamado Eficientismo Penal, que visualiza na pura e simples penalização, a resposta definitiva para o todo o problema da criminalidade. Tem como grande fomentadora a mídia contemporânea, que com seus discursos quase sempre sensacionalistas, passam uma sensação de insegurança maior que a realidade; não se trata de questionar se existe ou não insegurança, ou o seu nível, mas o que o aparato midiático faz é dar uma sensação sempre maior. Desta forma, chegou-se à conclusão que tem se criado uma cultura popular de apenas punir, isso empobrece o sistema de política criminal, o qual fica refém de posições que tenham

a capacidade de responder um clamor público, sem se preocupar, verdadeiramente, com a solução para criminalidade.

Através deste trabalho, entendeu-se que algumas medidas preventivas poderiam ser tomadas, a fim de evitar o desenvolvimento de alguns tipos de criminalidade organizada. Um exemplo foi o das facções criminosas brasileiras, originadas dos presídios. Tais grupos iniciaram suas atividades, buscando melhoria de vida dentro das penitenciárias, pois não eram tratados de forma adequada. A partir disto, as facções criaram corpo, perceberam sua força, e mudaram o foco da associação, passando a se preocupar apenas com o cometimento de crimes, o que acabou sendo favorecido pela falta de estrutura e políticas que buscassem a organização dentro de tais estabelecimentos prisionais. Sendo assim, caso existisse uma posição preventiva neste sentido, as condições atuais poderiam ser outras.

Ocorre que também foi constatado que, em que pese dever existir uma política preventiva (devendo ser a regra), é necessário que o Estado busque maneiras de responder de forma suficiente a criminalidade que já se encontra em desenvolvimento, destacando aqui a criminalidade organizada, devido ao seu elevado nível de estruturação e o envolvimento com diversos direitos fundamentais. Tais direitos têm uma dupla dimensão, sendo subjetiva e objetiva, e uma não se sobrepõe a outra, ou seja, os direitos fundamentais não devem ser vistos apenas como garantias de defesa do indivíduo contra os abusos do Estado, mas também como um conjunto de valores e diretrizes objetivas básicas de atuação positiva Estatal.

Mediante o exposto, chegou-se à conclusão que o Princípio da Proporcionalidade, trazido pelo jurista alemão Robert Alexy, mostrou-se satisfatório para a solução dos conflitos entre os direitos fundamentais envolvidos com a medida de infiltração policial, através de sua técnica da ponderação. Sendo assim, entendeu-se que o magistrado, no momento de análise da solicitação da medida, deve avaliar se esta é adequada para o fim pretendido, se é necessária – não havendo outro meio de obtenção de prova menos gravoso (*ultima ratio*), e avaliar a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, identificando o grau de importância dos direitos colidentes, o nível de afetação dos direitos fundamentais do imputado, e, por fim, julgar se a importância de satisfação do direito colidente compensa a não satisfação do direito colidido.

Foi de extrema importância concluir que, no Processo Penal Pátrio, o Princípio da Proporcionalidade, nos moldes apresentados, já é utilizado. Exemplo claro é o da prisão preventiva, na qual o magistrado deve analisar se é adequada, se é necessária e, em última

avaliação, se a importância do direito fundamental que o Estado quer proteger (colidente), compensa a afetação do direito fundamental à liberdade (colidido) do indivíduo. Sendo assim, percebeu-se que a medida de Prisão Preventiva é excepcional, pois afeta direito basilar, senão o mais importante, do imputado, que é a sua liberdade. Neste trabalho, as informações coletadas levaram ao entendimento de que o Princípio da Proporcionalidade já é perfeitamente cabível no Processo Penal, todavia, consoante crítica já realizada, deve ser delicadamente analisado.

Observou-se que, infelizmente, tem se adotado a prisão preventiva como regra, sendo que ela deveria ser a exceção. Não se tem fundamentado, muitas vezes, da forma correta, com todos seus pormenores, os motivos adequados de se deferir uma medida tão gravosa. Sendo assim, a proporcionalidade, fruto do princípio abordado, tem sido usada como argumento retórico, apenas para confirmar a eventual prisão do indivíduo, e isto pode ser entendido como uma cultura criada no sentido da necessidade de resposta imediatista do clamor público. Nesta linha, cabe uma análise crítica quanto ao possível deferimento de uma medida de Infiltração Policial, ou seja, deve-se debater o tema, tendo em vista esta realidade, declarando que a medida que ensejar a infiltração do agente policial deve ser bastante ponderada, uma vez que se trata de medida excepcional, por ser gravosa, tendo em vista que afeta de maneira invasiva os direitos do investigado, bem como, dependendo da situação, pode ser imensamente perigosa para vida do agente do Estado e seus familiares.

A conclusão que se chega com este trabalho é que a Infiltração Policial, sendo usada, verdadeiramente, como meio excepcional de obtenção de prova, fazendo-se o uso do Princípio da Proporcionalidade, no caso concreto, é legítima, uma vez que a situação mostra claro conflito entre Direitos Fundamentais. Para tanto o julgador deve realizar uma análise muito ponderada sobre o deferimento ou não de tal medida, legitimando assim a referida técnica especial de investigação.

REFERÊNCIAS

- _____. NBR 10520: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.
- _____. NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011.
- _____. NBR 5892: norma para datar: Rio de Janeiro, 1989.
- _____. NBR 6021: informação e documentação: publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.
- _____. NBR 6022: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.
- _____. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.
- _____. NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.
- _____. NBR 6027: informação e documentação: sumário: apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro, 2012.
- _____. NBR 6028: resumos. Rio de Janeiro, 2003.
- _____. NBR 6029: informação e documentação: livros e folhetos: apresentação. Rio de Janeiro, 2006.
- _____. NBR 6033: ordem alfabética. Rio de Janeiro, 1989.
- _____. NBR 6034: informação e documentação: índice: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolucionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 163-182, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>. Acesso em: 09 jun. 2018.
- ARAS, Vladimir. *A nova lei do crime organizado*. Disponível em <<https://vladimiraras.blog/2013/10/26/a-nova-lei-do-crime-organizado/>>. Acesso em 26 mai. 2018.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Conheça a ABNT: normalização um fator para o desenvolvimento*. Rio de Janeiro 1990.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

AZEVEDO, R. G. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 39-48, mar. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado, investigação criminal e sigilo*. Boletim Jurídico [da] Escola da Magistratura TRF 4ª Região, Porto Alegre, n. 53, p. 17-72, nov./dez. 2005. Disponível em https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=143. Acesso em: 21 mai. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORGES, Lázaro. *Número de membros do Comando Vermelho cresceu mais de 700% em Mato Grosso*. Disponível em <<https://olivire.com.br/numero-de-membros-do-comando-vermelho-cresceu-700-em-mato-grosso/>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 12.850/2013, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, ago 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 26 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Regional Federal da Primeira Região e Luiz Fernando Valladão Nogueira. HC 162.957/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2012, Dje 18/2/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25500687&sReg=201000295902&sData=20130218&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 25 mai. 2018.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Promulgado em 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CASTRO, L. A. Rasgando el velo da politica criminal em américa latina, o el rescate de cesare beccaria para la nueva criminologia. Colaboración Internacional, fev. 1993. *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia*. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaonline.com/1993/02/rasgando-el-velo-de-la-poltica-criminal-en-amrica-latina/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado comentários à lei 12.850/2013*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo penal: prova direta indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Definição de crime organizado e a convenção de palermo. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print> Acesso em: 25 mai. 2018.

DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Santa Catarina: Empório do Direito, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GEBRIM, G.B. *O poder da mídia e sua influência no direito penal e processual penal*. Jus, set. 2017. Artigos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60554/o-poder-da-midia-e-sua-influencia-no-direito-penal-e-processual-penal>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

GOMES, L.F. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2919>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

GOMES, L.F. Em um paraíso da cleptocracia o pcc cresce sem parar. Jusbrasil, São Paulo, 2015. Artigos. Disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/157249045/em-um-paraiso-da-cleptocracia-o-pcc-cresce-sem-parar>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

JOSÉ, M. J. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

JÚDICE, M.P. *Robert Alexy e sua teoria sobre os princípios e regras*. Conflitos no Direito, mar. 2007. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em 11 mar. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MASTRODI, J. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV, São Paulo 10, n. 2, 2014*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n2/1808-2432-rdgv-10-2-0577.pdf>>. Acesso em 11 mai. 2018.

MENEZES, R.V. *Banalizar a condução coercitiva só prejudica o sistema processual penal*. Opinião, mar. 2018. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/raphael-menezes-banalizacao-conducao-coercitiva-acoes-pf>>. Acesso em 11 mai. 2018.

MINGARD, Guaracy. *O estado e o crime organizado*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998.

MOREIRA, Rômulo Andrade. *A nova lei de organização criminosa – lei nº 12.850/2013*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

PACHECO, Rafael. *Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTO, Roberto. *Crime Organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIO, J. J. O direito fundamental a segurança pública num estado democrático de direito. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 12, jan. 2014. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/397>>. Acesso em: 03 jul 2018.

RODRIGUES, V. G. *O direito penal do inimigo sob a ótica do devido processo penal*. 2008. 107 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Paraná, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp080537.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

ROSA, A. M. Devido processo (penal) substancial: 25 anos depois da CR/88. *Revista Brasileira de Direito*, 9, n. 1, jan-jun. 2013. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/506>>. Acesso em 11 mai. 2018.

SÁNCHEZ, Jesús Mária Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. *Facção criminosa*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). Crime organizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 91, n. 798, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>> Acesso em 11 mai. 2018.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-30112015-165420/pt-br.php>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

SOARES, H. F. Da infiltração policial em organizações criminosas: evolução, espécies e consequências. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 12, p. 131-160, jun. 2016. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/10966>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015.

STF. HABEAS CORPUS: HC 157628 MG - MINAS GERAIS 0071893-35.2018.1.00.0000. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 29/05/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584503047/habeas-corpuz-hc-157628-mg-minas-gerais-0071893-3520181000000>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

TJ-RS. HABEAS CORPUS: HC 70077691558 RS. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. DJ: 24/05/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584537351/habeas-corpuz-hc-70077691558-rs>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016.