

THAÍS MARIA AMORIM PINTO DE SOUSA

**A ATIVIDADE DO POLICIAL INFILTRADO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA:
um estudo sobre a possibilidade de exclusão de ilicitude para situações críticas.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Mestre Leonardo Siqueira.

Recife
2011

Thaís Maria Amorim Pinto de Sousa

**A ATIVIDADE DO POLICIAL INFILTRADO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA:
um estudo sobre a possibilidade de exclusão de ilicitude para situações críticas.**

DEFESA PÚBLICA em Recife, 14 de dezembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Mestre Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira

1º Examinador: Prof. Doutor Teodomiro Noronha Cardozo (FDIC)

2º Examinador:

Recife
2011

Sousa, Thaís Maria Amorim Pinto de.

A atividade do policial infiltrado em organização criminosa: um estudo sobre a possibilidade de exclusão de ilicitude para situações críticas. / Thaís Maria Amorim Pinto de Sousa. Recife: O Autor, 2011.

44 folhas.

Orientador(a): Msc. Leonardo Siqueira.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Crime Organizado 3. Estudo Comparado 4. Segurança Jurídica

I. Título.

**340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2011- 069**

Dedico este trabalho aos meus avôs maternos Anelides e Severino (*in memoriam*), ao meu noivo Rubem, a minha mãe Helena e as minhas madrinhas Maria e Margareth.

RESUMO

Este trabalho analisa o instituto, previsto na Lei n. 9.034, 03 de maio de 1995 (Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), da infiltração policial, que consiste em uma técnica para realizar uma colheita de provas *in loco* (torna-se membro de uma organização criminosa), bem como levantar-se informações sobre as possíveis ações deste grupo visando evitá-las, salientando que esta só é possível através de autorização judicial. Será realizado um estudo comparado das legislações dos países Alemanha, Portugal, Estados Unidos e Espanha, com o objetivo de sugerir alterações na Lei n. 9.034/95, através da inserção de dispositivo que possibilite a aplicação de uma excludente de ilicitude, ao Agente de Segurança infiltrado que comete delitos no âmbito da Organização Criminosa. Infelizmente o profissional de polícia nesta atividade não goza de segurança jurídica para participar dos atos da indústria do crime, podendo este ser punido, caso haja uma má interpretação por parte do Magistrado, no momento do julgamento dos membros da organização. Por isso, torna-se necessária a aprovação do Projeto de Lei n. 6.578/09 – desde que realizadas algumas alterações/ melhorias – para assegurar ao infiltrado a possibilidade de exercer a missão proposta por seus superiores e evitar a punição deste, caso não atue como agente provocador, ou seja, não cometa excessos.

Palavras- chave: Infiltração; Crime Organizado; Estudo Comparado; Segurança Jurídica; Excludente.

ABSTRACT

This paper analyzes the institute prescribed by Law n. 9.034/May-1995 (it provides the use of operational ways of prevention and repression of criminal organization acts), of police infiltration, which consists in a technique to research a collection of evidences *in loco* (when becomes a member of a criminal organization) and also gather information about possible actions of this group in order to avoid them, pointing out the possibility of it only through Court Authorization. It will be done a comparative study of legislation in countries such as Germany, Portugal, The United States and Spain. The aim of this study is suggesting some changes in the Law n. 9.034/95 through the addition of device that makes possible the application of any unlawful act to the infiltrate security agent who commits offences in criminal organization. Unfortunately, the professional of public safety in this activity enjoys no legal certainty to participate in acts of crime's industry, which may be punished if there is a misunderstanding by the magistrate at the time of the trial of members of the organization, taking the job as principal focus of analysis to this point. So, it is necessary the approval of Project of Law n. 6.578/09 – with some changes/improvements to assure to the infiltrated agent the possibility of exercising the mission proposed by his superiors and avoid his punishment, in case of not agent provocateur and without being excessive.

Keywords: Infiltration; Organized Crime; Comparative Study; Legal Security; Any Unlawful.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADA	- Amigos dos Amigos
Art.	- Artigo
CF/88	- Constituição Federal de 1988
CPB	- Código Penal Brasileiro
CPP	- Código Processo Penal
CV	- Comando Vermelho
ENCCLA	- Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
EUA	- Estados Unidos da América
LCO	- Lei do Crime Organizado
OrgKG	- <i>Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität</i>
PCC	- Primeiro Comando da Capital
RICO	- <i>Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act</i>
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TC	- Terceiro Comando
TCP	- Terceiro Comando Puro

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 ESTUDO COMPARADO DA LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO MUNDO	
1.1 Alemanha	12
1.2 Portugal	13
1.3 Estados Unidos da América (EUA)	15
1.4 Espanha	17
CAPÍTULO 2 EXCLUDENTES DE ILICITUDE (ANTI JURIDICIDADE)	
2.1 Noções gerais sobre ilicitude	19
2.2 Causas de justificação	21
2.3 Estrito cumprimento do dever legal	23
CAPÍTULO 3 LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	
3.1 Estudo Dogmático da Lei	26
3.1.1 Problemáticas na conceituação de crime organizado	26
3.2 Exemplo de organizações criminosas atuantes no Brasil	30
3.3 A problemática referente à possibilidade do agente infiltrado cometer delitos	32
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	40
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

No mundo moderno, com a proliferação da violência, a sociedade clama e exige, cada vez mais, uma resposta ágil do Estado, principalmente dos órgãos responsáveis pela Segurança Pública. O cidadão deseja que estes dêem uma solução implacável, pois os que desafiam a normalidade social são - para eles, inimigos do Estado.

Embora haja um rol extenso de leis no Ordenamento Jurídico Brasileiro para punir tais infratores, parece que independente desta existência os transtornos causados por estes indivíduos que não se adequam ao sistema continuam a proliferar, causando uma grande sensação de insegurança na população.

O grande dilema encontra-se na ausência de empenho por parte do poder legislativo em elaborar regulamentos adequados para combater a criminalidade, não permitindo assim uma atuação plena e segura dos Agentes de Segurança. Isto é facilmente constatado tanto ao verificar a mitigação de garantias fundamentais, quanto na exigência de vários quesitos para a formação da prova, bem como no grande protecionismo ofertado ao delinqüente para evitar a comprovação de sua culpa.

Diante do narrado acima, surge o Instituto da Infiltração Policial, prevista pela Lei nº. 9.034, de maio de 1995 (Lei do Crime Organizado), meio este, executado em caráter excepcional – utilizada em última hipótese, se autorizada pelo Judiciário, onde o policial entra no âmago de determinada organização criminosa e participa das atividades da mesma como se membro fosse.

Com o avanço da criminalidade, tal técnica passou a ser essencial ao combate da mesma, mas infelizmente os diplomas pátrios deixaram muitas lacunas quando disciplinaram o tema, fazendo com que o Agente de Segurança Pública caminhasse para um abismo de inseguranças e incertezas jurídicas.

Toda a implementação da medida depende e passa pelo aval do judiciário, limitando bastante a atuação do profissional que estará exercendo literalmente a infiltração dentro destas quadrilhas organizadas. Bem como, este ainda fica a mercê da compreensão do juiz, caso venha a cometer algum crime como meio de garantir seu disfarce, a sua integridade física e até mesmo sua sobrevivência, através de aplicação de causas de justificação ou excludentes de culpabilidade (caso da Alemanha) e ilicitude.

Este trabalho desempenhará a funcionalidade de examinar a medida de caráter cautelar da infiltração policial, através da utilização de um método de pesquisa indutivo, debruçando-

se sobre o prisma da análise doutrinária da legislação pátria e do estudo comparado dos ordenamentos jurídicos de outros estados.

No Capítulo 1 será realizada uma explanação, por meio do comparado de vários ordenamentos jurídicos pelo mundo que tratam do referido tema, a título de exemplo da Alemanha, que assim como o do Brasil, não goza de conceituação bem estruturada do que vem a ser o fenômeno do Crime Organizado e como este pode ser investigado no âmbito da técnica de infiltração policial, muito menos quanto à punição de agentes infiltrados que cometem crimes em situação críticas.

Já em Portugal, Estados Unidos da América e Espanha o profissional responsável pela infiltração conta com um estruturado aparato legal para exercer sua função com plena segurança e goza da certeza de não ser punido caso venha a cometer crimes no âmbito da organização criminosa – desde que não seja um agente provocador, como meio de preservação da operação.

Por conta disto, no Capítulo 2 deste trabalho, será necessária a realização de uma exploração sobre o tema das excludentes de ilicitude, como forma de encontrar uma forma de amparar o profissional de Segurança Pública infiltrado no Brasil, quando este cometer delitos no seio da organização criminosa, sendo possivelmente aplicável a causa justificativa de antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal.

Enquanto no Capítulo 3 acontecerá um breve estudo de algumas normas pátrias que versam tanto sobre o tema Crime Organizado e suas tentativas de conceituação, bem como sobre o instituto da infiltração policial e suas atuais dificuldades e o atual e polêmico Projeto de Lei n. 6.578/2009 que visa melhor regulamentar esta atividade e é uma das metas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

Ora, se o garantismo do Código de Processo Penal assegura ao imputado o direito de só serem consideradas as provas adquiridas por meios lícitos, ou seja, que esta acompanhe todo o formalismo e exigência da legislação, por outro prisma ao profissional de Segurança Pública deverá ser também assegurada uma proteção legal taxativa para assim garantir o pleno exercício de seu disfarce durante todo o período em que esteja atuando como agente infiltrado.

Com isso pode-se chegar à conclusão de que todas as ações praticadas pelo infiltrado devem estar legalmente respaldadas, para que este no futuro não venha a responder pelos atos criminosos “supostamente” praticados quando o mesmo estava exercendo o cumprimento da missão a ele atribuída. Portanto, ele não pode ficar contando com a benevolência do juiz para isentá-lo de tais atos.

Por conta destas questões não resolvidas e de tantas discussões, faz-se necessário que o Estado coloque um fim nesta ausência legislativa na esfera penal (material e processual), sancionando um instrumento que aborde uma ampla proteção como meio de respaldar qualquer tipo de ação praticada pelo agente infiltrado – profissional responsável pela colheita de provas.

Há uma necessidade de serem bem esclarecidas as ações em que o Estado respaldaria o policial infiltrado, para que os mesmo aja dentro dos limites desta Legislação - a ser criada, de preferência espelhada no Ordenamento Espanhol ou Português, para só assim certificar-se de que o mesmo não seja penalizado por eventuais delitos que cometa, enquanto exerce o trabalho, bem como garanta o seu retorno as atividades após a infiltração.

Caso contrário, este profissional será limitado ao poder dever do Magistrado e seu poder discricionário na análise das provas obtidas por outros órgãos (Ministerial, Policial e Defesa), correndo um sério risco de ser condenado por atos que executou no exercício de sua atividade profissional.

CAPÍTULO 1 ESTUDO COMPARADO DA LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO MUNDO

1.1 Alemanha

Na Alemanha, assim como acontece no Brasil, não há uma definição bastante consistente no ordenamento jurídico do que viria a ser o crime organizado, mas sim “Linhas Diretivas” do Ministério Público e Polícia que servem como parâmetro para identificar tal prática através da análise da situação concreta.

Se não há conceituação legal, logo se presume a não existência de medidas específicas de combate e punição direcionada a tal prática delituosa, contudo, existe uma determinação que haja o agravamento da pena caso aquele indivíduo, concretamente, seja integrante de organização criminosa.

Uma tentativa de inserção de tal conceito na dinâmica legislativa daquele Estado foi feita pelo Congresso através da “*Besonderem Ermittlungsmaßnahmen im OrgKG von 1992 und für weitere Gesetze*”, a partir da qual reconheceu-se a existência de “Organizações Criminosas” naquele país e estipulou medidas especiais de combate ao destas e demais crimes.

A lei citada no parágrafo anterior proporcionou a integração de novos dispositivos ao Código Penal Alemão, promovendo desta forma, um sistema de proteção a condutas criminosas mais graves, ou seja, não houve a criação de uma norma só para o crime organizado, tendo a mesma, uma abordagem mais abrangente (delitos mais gravosos).

Naquele mesmo ano (1992), através “*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität – OrgKG*” passou a ser regulamentado o método de investigação da infiltração policial, sendo o agente responsável por tal investida chamado de *Verdeckter Ermittler* naquele ordenamento.

Tal regulamento introduziu no Código de Processo Penal do País os §§ 110a e 110b, os quais justificam a infiltração de Agente Policial no seio de organização criminosa quando houver os seguintes pressupostos: crime grave; relação deste com o tráfico de drogas, armas, falsificação de moeda/ documento/ valores/ segurança nacional; cometido por grupo organizado; presença de indícios suficientes de materialidade do ilícito penal ou perigo de sua repetição.

Vale salientar, que esta técnica de combate ao crime organizado naquele Estado só poderá ser utilizado, assim como prevê o ordenamento jurídico pátrio, em casos nos quais os meios de provas não podem ser obtidos de outra forma que não seja este, baseado no Princípio da Subsidiariedade, bem como através da autorização da Promotoria de Justiça.

Questão salutar é a que, havendo *periculum in mora* na manifestação do Órgão Ministerial a técnica deve ser colocada em prática imediatamente, entretanto, aquele deverá dar parecer no prazo de 3 (três) dias, sendo este feito por escrito e por tempo determinado.

O Ordenamento Alemão demonstra desta forma sua visão vanguardista, uma vez que estabelece um rol exaustivo de hipóteses atuação de tal profissional, não deixando de possibilitar a contemplação de outras situações através da análise do caso concreto.

Outro aspecto importante é que quando o agente se infiltra, em regra, não pode cometer delitos para garantir o disfarce, salvo nas hipóteses de uso de papéis ou documentos falsos. Muito menos há previsão legal de punição a tal conduta, só existem promessas de análise do caso pelas autoridades competentes, ficando a cargo daquele buscar proteção legal para sua ação nas causas justificação, como meio de não ser punido por tal conduta, assunto este, ainda bastante controverso naquele País.

1.2 Portugal

Possui uma legislação amadurecida e bastante eficaz no quesito da sistemática da infiltração e proteção legal do agente que exerce esta, embora assim como no Brasil e Alemanha não tenha uma definição jurídica delimitada quanto ao que é o fenômeno do crime organizado.

Para os legisladores portugueses esta técnica de investigação, chamada por eles de *acções encobertas*, tem caráter não somente investigativo, mas também um aspecto preventivo visando que determinadas práticas delituosas venham a ocorrer no futuro.

Tais previsões legais encontram-se dispostas na Lei nº 101 de 25 de agosto de 2001, que dentre outros aspectos elenca rol taxativo de aplicabilidade da técnica de infiltração policial, conforme transcrito a seguir:

Artigo 2.º
Âmbito de aplicação

As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes:

- a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido;
- b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;
- c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;
- d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns;
- e) Organizações terroristas e terrorismo;
- f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão;
- g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;
- h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios;
- i) Associações criminosas;
- j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- l) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos;
- m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências;
- n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção;
- o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática;
- p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional;
- q) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem;
- r) Relativos ao mercado de valores mobiliários.¹

Naquele país para torna-se um agente infiltrado não faz-se necessário o exercício da função policial, bastando tão somente aquele ser controlado pela polícia judiciária, conforme previsto no art. 1º, n. 2, da referida Lei:

Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.²

O período de duração da medida não é taxativamente determinado, mas este deverá respeitar os parâmetros de adequação e proporcionalidade, devendo, de acordo com o art. 3º da Lei 101/2011: ser autorizada pelo Ministério Público e informada ao juízo de instrução, quando realizado em fase de Inquérito Policial; caso seja realizada em carácter preventivo criminal, obterá a autorização do juiz responsável pela instrução, após proposta do Ministério Público. Vale salientar, que o ordenamento português determina que seja elaborado um relatório das atividades 48 (quarenta e oito) horas após o término da operação.

Por fim, quanto à responsabilização por delitos cometidos pelos profissionais infiltrados, a referida Lei é um instrumento fundamental para a proteção daqueles, pois seu

¹PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (Portugal) (Org.). **Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto: Acções Encobertas**. Disponível em: <http://www.pgr.pt/grupo_pgr/Dciap/legislacao.html>. Acesso em: 12 out. 2011;

²*Idem. Ibidem;*

art. 6º os isenta de qualquer responsabilidade desde que o crime não seja instigado ou de autoria do agente encoberto.

Artigo 6.º

Isenção de responsabilidade

1 - **Não é punível a conduta do agente encoberto** que, no âmbito de uma acção encoberta, **consubstancie a prática de actos preparatórios** ou de **execução de uma infracção** em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

2 - Se for instaurado procedimento criminal por acto ou actos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento de tal facto, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização a que se refere o n.º 3 do artigo 3º.³ (grifos nossos)

Interessante comentário a fazer-se é que, assim como acontece nos Estados Unidos da América, a Legislação Portuguesa (Lei 45/196) possui um dispositivo direccionado a isenção de pena do agente infiltrado que comete alguns crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, ou *tráfico de estupefacientes* – assim chamado naquele País:

Artigo 59.º

Condutas não puníveis

1 - Não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob controlo da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor.

2 - A actuação referida no n.º 1 depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, a proferir no prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado.

3 - Se, por razões de urgência, não for possível obter a autorização referida no número anterior, deve a intervenção ser validada no primeiro dia útil posterior, fundamentando-se as razões da urgência.

4 - A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do funcionário ou do terceiro à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela.⁴

1.3 Estados Unidos da América (EUA)

Nos Estados Unidos da América (EUA) há uma grande conscientização e comprometimento das autoridades (polícias, Ministério Público, Legislativo e Judiciário) no

³PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (Portugal) (Org.). **Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto:** Acções Encobertas. Disponível em: <http://www.pgr.pt/grupo_pgr/Dciap/legislacao.html>. Acesso em: 12 out. 2011;

⁴*Idem. Ibidem.* **Lei n.º 45/1996, de 03 de Setembro:** Altera o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=184&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&>>. Acesso em: 06 nov. 2011;

combate ao crime organizado, sendo este um dos lugares do mundo que mais investem na atividade de inteligência – treinamento de pessoal e disponibilização de equipamentos.

Para os americanos esta atividade é encarada com instrumento essencial, fazendo assim uso de duas propostas básicas: tática (mais ligada à ação imediatista) e estratégica (instrumento para formação de elementos de convicção e coleta de provas).

Neste país também não há uma definição legal do que seria Crime Organizado, mas sim um consenso que este pode ser caracterizado como uma “*atividade ilegal para ganhos financeiros através de negócios ilícitos. Inclui a realização de negócios através de ameaça, extorsão, tráfico ilícito de entorpecentes, sexo, contrabando, mas se utiliza de força, intimidação e ameaça em seus negócios.*”⁵

Aquela Nação preocupa-se com o tema desde a década de 50 do século passado, inclusive Senadores, já nesta época, objetivavam a preocupação em alertar os malefícios de tal prática criminosa e sua repercussão na economia e segurança pública, mas as efetivas legislações só foram implementadas na segunda metade do século XX, a exemplo a *The Omnibus Crime Control And Safe Streets Act*, de 1968, voltada a regulamentação dos procedimentos de investigação por meios eletrônicos.

Neste período também foi inserida naquele ordenamento jurídico a *Organize Crime Control Act* (Pub. L. 91-452, *status* 84.922 outubro 15, 1970), que versa sobre algumas determinações: proibição de criar ou gerenciar empresa de jogos de azar (*gambling*); detenção de testemunhas rebeldes; sistema de proteção a testemunha; criação do RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizatinos Act*).

Segundo MENDRONI o RICO tem como objetivo *punir a utilização de uma empresa utilizada como fachada para a prática de ações criminosas, em especial aquelas denominadas “racketeering activity” – entendidas como as práticas de assassinatos, seqüestros, contrabando, incêndio doloso [...]*⁶.

Os Estados Unidos da América gozam de uma legislação bastante abastarda no tocante a este tema, sendo este, o país que mais utiliza o Instituto da Infiltração Policial como meio de investigação, embora para este não haja regulamentação própria, mas sim, previsão de números dispositivos penais em diversas áreas de investigação.

⁵MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** aspectos gerais e mecanismos legais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.247;

⁶*Idem. Ibidem*, p. 248;

Atualmente nos EUA é possível não somente Agentes Públicos se infiltrarem (*undercover agent*), mas também particulares, pois os legisladores daquele país acreditam que estes possuam maior facilidade de aceitação no âmbito da organização criminosa.

O Ministério Público é o responsável por determinar a infiltração de agentes em organizações criminosas. Vale salientar, que a legislação ainda possui um dispositivo intitulado “*Immunity of Federal, state, local and other officials*” que concede imunidade legal civil e criminal ao *undercover agent* que no exercício de suas funções adquire aparatos (ex.: compra e exportação de produtos entorpecentes, etc), desde que haja a prévia autorização, visando garantir o sucesso do empreendimento.

Quanto ao cometimento de crimes no momento em que o policial esteja infiltrado, este é isento de qualquer punição, desde que respeitados alguns limites impostos pela lei: não obter lucros advindos da atividade criminosa; evitar violações aos direitos fundamentais – impostos pela Constituição daquele país – sem prévia autorização; intimidação ou ameaça aos investigados; etc.

Em contraponto vem formando-se correntes doutrinárias nos Estados Americanos, as quais pregam a existência de “uma certa” limitação no poder dos agentes infiltrados, como meio de diminuição da culpabilidade do criminoso no momento em que a medida for analisada pelo magistrado, tal teoria chama-se *entrapmente defense*.

Existem dois tipos de *entrapmente defense*: uma objetiva, que é a mais adotada e consiste em analisar como foi a atuação do policial junto ao criminoso, se aquele exerceu alguma influencia ao ponto de contribuir para o cometimento do delito; já a outra subjetiva, trata de verificar se a ação criminosa surgiu no curso da investigação policial e se o investigado tem predisposição para delinquir.

1.4 Espanha

Crime Organizado para a Legislação Processual Penal Espanhola (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) trata-se da associação de 3 (três) ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que visam cometer um ou mais dos crimes a seguir: seqüestro; os relativos a prostituição; os contra o patrimônio e ordem socioeconômica; o tráfico de espécies da flora e fauna; o tráfico de material radioativo; os crimes contra a saúde

pública; falsificação de moedas; tráfico e depósito de armas; terrorismo; dentre outros elencados no Art. 282 da referida lei.⁷

Esta legislação inspirou-se no ordenamento jurídico alemão para estabelecer as situações e os critérios nos quais poderá ser aplicada a técnica de investigação da infiltração policial, normalmente utilizada para crimes considerados mais graves, como se pode verificar no parágrafo anterior.

Cabe tanto ao Judiciário quanto ao Ministério Público o poder de outorgar tal medida, prerrogativa esta tacitamente prevista em lei, desde o órgão fundamente sua decisão e comprove a necessidade daquela para sucesso da investigação.

Quanto à previsão temporal para a duração da infiltração, a mesma será permitida por 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período. Naquele País também é permitida a utilização de documentos falsos pelo agente – mudança de identidade - com a finalidade de proteger o mesmo, bem como o infiltrado poderá no futuro ser considerado como testemunha do processo judicial e utilizar-se desta para preservar-se.

Outro aspecto da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* é ter uma disposição acerca de como deverá ser procedida a isenção de punição ou não do profissional autor de delito no âmbito de sua investigação - evidentemente observando se este não foi o mentor intelectual daquele (agente provocador) - e solução de controvérsias acerca de condutas que atentem contra os Direitos e Garantias Individuais.

Art. 282

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.⁸

Ou seja, no caso citado acima deverá ser levado em conta o Princípio da Proporcionalidade, como meio de definição do grau de reprovabilidade da conduta, para só assim, identificar se as conseqüências desta eram realmente imprevisíveis, bem como, imprescindíveis para o sucesso da investigação e se foram realizadas respeitando os limites legais.

⁷ESPAÑA. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.I2t3.html >. Acesso em: 08 nov. 2011;

⁸*Idem. Ibidem*;

CAPÍTULO 2 EXCLUDENTES DE ILICITUDE (ANTI JURIDICIDADE)

2.1 Noções gerais sobre ilicitude

A primeira noção de antijuridicidade, segundo o Brandão, remonta do século XVIII, tendo sido Bohemero responsável por tal criação. Para este, conforme afirma BRANDÃO, o tema nada mais era que “*ações ou omissões espontâneas contrárias a lei*”⁹, bem como no caso de homicídio a exclusão acontecia pela simples ausência de dolo.

Mas a sistematização da antijuridicidade só aconteceu, na metade do século XIX, através da elaboração da obra de Franz Von Liszt, que passou a vê-la de maneira científica e isolada - como um dos elementos do crime, embora reconhecesse tratar-se de um conceito em construção, ou seja, passível de evolução, tanto que, mais tarde, este difundiu o conceito de antijuridicidade material (fato que atinge ou coloca em perigo um bem jurídico).

Para LISZT:

Como injusto, o crime, do mesmo modo que o delito civil é ilegal, ou por outros termos é a transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica. Mas esta ilegalidade pode revestir formas diversas. O crime é ilegal, mas não produz ilegalidade.¹⁰

Para teoria finalista da ação o injusto trata-se de um injusto pessoal, no qual deve ser analisado sobre o prisma da pessoa que cometeu a conduta, não sobre o ato desta em si, o que fortalece a afirmação da necessidade da inserção de critérios subjetivos na análise da antijuridicidade. Bem como para ela, o tipo por ser incidência da antijuridicidade só se confirma quando não há a presença de nenhuma das causas de justificação.

O Delito, para a atual doutrina brasileira, é composto por 3 (três) elementos gerais, conforme leciona BRANDÃO: A tipicidade (adequação entre a ação humana e a norma do direito); a antijuridicidade ou ilicitude; e a culpabilidade (juízo de reprovação pessoal) Ou seja, as duas primeiras são base para a análise do juízo sobre a ação humana, enquanto a que terceira o juízo recai sobre o autor da mesma¹¹.

⁹BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 120;

¹⁰LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**; traduzido por José Higinio Duarte Pereira. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2003, p.236;

¹¹BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 116-117;

Como dito anteriormente, faz-se necessária uma análise mais elaborada de um dos elementos do crime, no caso a Antijuridicidade, esta consiste na:

[...] contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico. O fato típico, até prova em contrário, é um fato que, ajustando-se ao tipo penal, é antijurídico. Existem, entretanto, na lei penal ou no ordenamento jurídico em geral, causas que excluem a antijuridicidade do fato típico.¹²

Sendo assim, uma vez que a Juridicidade consiste na conformidade ao Direito, a contraposição deste será tida como uma conduta antijurídica (inaceitável), salvo quando haja a estipulação de causas de exceções.

Para BRANDÃO, o conceito de antijuridicidade é:

[...] a contradição da conduta humana com uma norma jurídica. Isto posto, conclui-se a priori, que a **antijuridicidade tem sua base direta fundamentada na Legalidade**.

A antijuridicidade é uma relação e relacionar, como dito, significa contrapor um objeto a outro. Nela os **conceitos contrapostos** são a conduta e a norma, donde se infere um desvalor, o qual a **polariza negativamente um fato revestindo-o do caráter de contrário ao Direito**.¹³ (grifos nossos)

Conforme explicita o Autor, há 2 (dois) objetos se contrapondo a ação do ser humano *versus* o Direito, uma vez que o segundo é concretizado através da elaboração de Normas - respeitando o Princípio da Legalidade, previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal (CF/88) : “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, no caso em tela a ação estará caminhando em sentido contrário a norma penal.

Para TAVARES há a necessidade de adequação da norma considerada ilícita aos elementos do tipo, pressupostos de imputação e após a confrontação com as normas permissivas, caso contrário, está não será assim considerada (antijurídica). Além do mais, as normas devem garantir a efetivação de paradigmas baseados nas garantias individuais e decisões democráticas, bem como não serem vistas de maneira estática, mas sim de acordo com a função que devem cumprir¹⁴.

Outra definição bastante esclarecedora sobre este Antijuridicidade foi elaborada por SANTOS, na qual o mesmo a define como sendo: “[...] *uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e*

¹²L.G., Janilson. **Dicionário Informal**. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/definicao.php?palavra=antijuridicidade&id=16430>>. Acesso em: 22 ago. 2011;

¹³BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 127;

¹⁴TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed.rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 308;

*permissões*¹⁵. Ele ainda propõe que os conceitos de antijuridicidade e tipicidade deverão ser trabalhados conjuntamente no momento da análise de uma conduta (defini-la como criminosa ou não), uma vez que a primeira serve como base para a estipulação de exceções da segunda, sendo estas causas de justificação. Para SANTOS “*toda ação típica é antijurídica, exceto as ações tipicamente justificadas*”¹⁶.

2.2 Causas de justificação

Diante do exposto, as causas de justificação são as possibilidades de exclusão da ilicitude do fato previstas de formas legais ou supralegais, onde é possível verificar situações especiais que afastam as proibições estipuladas no ordenamento jurídico.

Desta forma há uma transferência, momentânea e excepcional, ao cidadão comum ou ao funcionário público da tutela de bens jurídicos até então monopolizados pelo Estado, sendo possível através destas – exceções - conceber como lícitas certas atitudes que até então seriam vistas como antijurídicas pelo ordenamento.

Para LISTZ: “*Só excepcionalmente e por causas especiais é lícita a lesão de interesses juridicamente protegido*”¹⁷. Por ser este um trabalho bastante difícil (tanto pela linha tênue quanto a distinção entre casos não ilegais e os ilegais, quanto nos casos em que a lei permite a prática de tais ações), deve o Magistrado analisá-la de maneira rigorosamente objetiva, bem como justificar sua aplicação na sentença.

Partindo do método sugerido por SANTOS - quanto à regra e exceção, quando presentes uma das causas legais de justificação, haverá uma exclusão na ilicitude da conduta, caso contrário, ausente naquelas estará configurada a antijuridicidade desta¹⁸.

O doutrinador, para facilitar o estudo das justificativas, as organiza de acordo com seus elementos constitutivos em duas categorias: situação justificante (elementos objetivos); e ação justificável (elementos subjetivos orientados por alguns parâmetros).

¹⁵SANTOS, Juarez Cirino Dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 145;

¹⁶*Idem. Ibidem*;

¹⁷LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**; traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, p.239;

¹⁸SANTOS, Juarez Cirino Dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 146

Já para TAVARES, quanto a aplicação das causas de justificação há uma necessidade de revisão deste método negativo de identificação, pois o juízo de antijuridicidade é objetivo, embora para o mesmo haja a possibilidade de inserção de elementos subjetivos – quando necessários no caso em concreto - na aferição da conduta, não sendo estes uma exigência da ordem dogmática¹⁹.

Este autor, ainda menciona:

[...] esses elementos subjetivos de justificação só podem se estender àqueles elementos que, por sua natureza, possam ser objeto de uma apreensão subjetiva correspondentes aos elementos do dolo e que retratem a situação fática, que é exigida como pressuposto para a ação justificada [...]²⁰

Sendo assim, após o preenchimento dos elementos objetivos da justificação passa-se a examinar se a conduta típica cometida está direcionada para a consciência e vontade de garantir um interesse superior – elemento subjetivo, sendo este conforme explica PRADO, condição *sine qua non* para vislumbrar a existência de uma excludente de ilicitude: “o elemento subjetivo da causa de justificação está para a exclusão de ilicitude assim como o elemento subjetivo do injusto está para a configuração do delito.”²¹

Todas as hipóteses legais, para aplicação de excludentes de ilicitude genéricas estão taxativamente listadas no art. 23 do Código Penal Brasileiro (CPB), são as chamadas excludentes genéricas:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.²²

Também existem outras causas onde tal instituto pode ser invocado. Estas são conhecidas como Excludentes Específicas, são elas: **Aborto necessário** (art. 128), **art. 142** e **Constrangimento ilegal** (art. 146, § 3º), ambas elencadas na parte especial do CPB.

No entanto os doutrinadores brasileiros entendem que há - além das causas acima transcritas, mais um pressuposto em que pode-se aplicar a exclusão da antijuridicidade, seria o caso das condutas realizadas com consentimento do ofendido, obviamente quando houver o direito deste dispor daquele.

¹⁹TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed.rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 309;

²⁰*Idem. Ibidem*, p. 313;

²¹PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p. 394;

²²BRASIL. **Código Penal Brasileiro**: Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2011;

Para Cláudio Brandão, a excludente que protege as ações cometidas em detrimento do consentimento do ofendido deveria estar disposta expressamente na legislação pátria, ou seja, incluída no artigo 23 do CPB:

Melhor seria que o nosso Código elencasse o consentimento do ofendido entre as hipóteses legais de exclusão da ilicitude, como faz o Código Penal português de 1982, no seu art. 31, nº 2, d, *in verbis*:
 2. Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:
 [...]

 Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.²³

Com isso pode-se verificar a fundamental importância, para o direito, do pré-estabelecimento de normas que respaldem os mecanismos supra mencionados, pois a partir deles é possível evitar que o Estado exerça seu poder - *jus puniendi* - de maneira equivocada, uma vez que algumas condutas podem ser respaldadas na necessidade de autodefesa ou em prol da defesa de terceiros e assim descaracterizar sua ilicitude.

SANTOS, ainda recorda que há um desafio atual na sistematização das justificativas, pois existem dois grandes reptos a serem enfrentados: primeiramente a diversidade de fundamentos para elas; bem como, a previsão das mesmas em várias partes do ordenamento, além do Direito Penal, como já mencionado anteriormente. Também há outro aspecto problemático: a existência de teorias monista e pluralista para sua justificação, na qual a primeira se baseia na finalidade e a segunda (predominante na doutrina) nos princípios sociais²⁴.

2.3 Estrito cumprimento do dever legal

O estrito cumprimento do dever legal é fundamentado pelo princípio do interesse preponderante, salvo exceção, neste há uma situação de colisão de deveres. O mesmo está previsto no CPB, no inciso III do art. 23, mas neste não há uma definição para tal instituto, por isso é importante fazer-se o uso da doutrina para entendê-lo.

O mesmo é aplicado tão somente aos funcionários públicos e encontra sua situação justificante no cumprimento de uma lei em sentido amplo (no qual é dada a possibilidade de invadir a esfera privada para cumpri-la), ou então, quando este está cumprindo ordens de um

²³BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 183-184;

²⁴SANTOS, Juarez Cirino Dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 149-150;

superior hierárquico – desde que não manifestamente ilegais. Já a ação justificada encontra respaldo na situação deste funcionário estar cumprindo seu dever nos estritos limites daquela lei ou da ordem de seu superior.

Segundo instrui NUCCI sobre este instituto: “*Trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro*”²⁵.

Ou seja, para que este seja reconhecido é necessário que haja uma previsão legislativa, embora não se faça a exigência de lei em sentido *latu senso* (lei ordinária, regulamentos, decretos etc.), sendo assim é possível localizar várias possibilidades de aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

Fundamenta-se esta causa de justificação, conforme leciona BRANDÃO na “*atuação do Direito no mundo fatos*”²⁶. Importante questão a ressaltar é que ela possui tanto requisitos objetivos, quanto subjetivos, sendo necessário o preenchimento destes para o seu reconhecimento. Os primeiros tratam do cumprimento de um dever, dentro dos limites da lei, sendo possíveis excessos puníveis, já os segundos baseiam-se em ter consciência do dever e vontade de cumpri-lo (proteger bem jurídico) dentro dos limites legais.

Bons exemplos deste instituto, dentre outros, estão elencados no parágrafo § 3º do art. 245 e no art. 292, ambos do CPP:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

[...]

§ 3º **Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.** (grifos nossos)

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, **resistência à prisão em flagrante** ou à determinada por autoridade competente, **o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários** para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.²⁷

Ainda para NUCCI:

[...] quando a abstenção do cumprimento do dever configurar fato típico, o seu exercício constitui o oposto (fato atípico). No entanto, quando o cumprimento do dever permitir a formação do fato típico (lesão corporal durante a execução de uma

²⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007, p. 265;

²⁶BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 106;

²⁷BRASIL. **Código Processo Penal Brasileiro:** Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2011;

prisão), valemo-nos da excludente de ilicitude referente ao estrito cumprimento do dever legal.²⁸

Outro aspecto relevante do estrito cumprimento do dever legal levantado por outro Doutrinador, BRANDÃO, é que “*estas causas de justificação exigem, para a sua concretização, o elemento subjetivo, consistente na vontade de defender bens jurídicos*”.²⁹

Com isso, esta excludente é baseada numa norma de caráter geral, na qual o agente (seja público ou particular) é permitido justificar a prática de uma conduta tida como típica para o ordenamento jurídico, desde que respeitados as limitações legais.

²⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007, p. 267;

²⁹BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.195;

CAPÍTULO 3 LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

3.1 Estudo Dogmático da Lei

3.1.1. Problemáticas na conceituação de crime organizado.

Atualmente ainda não há um conceito taxativo do que é Crime Organizado, pois para os pesquisadores do assunto torna-se difícil delimitar tal modalidade criminosa, tanto pela existência de várias formas de atuação que se enquadrariam tal perspectiva, quanto pela ausência de previsão legal expressa em nossa legislação, conforme será demonstrado a seguir.

O texto da Lei n. 10.217/2001 foi uma tentativa de solucionar o problema da conceituação deste ilícito, através da reformulação do art. 1º da Lei n. 9.034/95, mas aquela não logrou êxito, pois assim o definiu: “*Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.*”³⁰

Portanto, pode-se notar que este artigo menciona 3 (três) ilícitos: quadrilha ou bando; organização criminosa e associação criminosa.

A definição de **quadrilha ou bando** pode ser encontrada no CPB, em seu artigo 288, no qual diz: “*Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos*”³¹.

Já a **associação criminosa**, pode ser verificada em vários dispositivos legais a exemplo o art. 35 da Lei 11.343/2006 (Lei de combate às drogas), do art. 2º da Lei 2.889/56 (associação para prática de genocídio), mas ainda há dúvidas a serem dirimidas, pois muitos confundem aquela com organização criminosa, pois não há realmente no ordenamento jurídico pátrio, uma tipificação que permita a definição de desta.

Diante de tantos dilemas e visando evitar a desatualização do conceito de organização criminosa, alguns doutrinadores optaram por partir de um princípio de identificação de

³⁰BRASIL. **Lei nº. 10.217, de 11 de abril de 2001**: Altera os arts. 1º e 2º da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011;

³¹BRASIL. **Código Penal Brasileiro**: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De12848.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2011;

elementos constitutivos básicos que a compõe tal prática delituosa e assim aplicá-los através da análise das situações em concreto.

SILVA define a criminalidade organizada como sendo:

[...] consiste numa organização criminosa estruturada nos moldes empresariais para agir, que provoca vultosos danos às suas vítimas e à sociedade; que se aproveita da permeabilidade das estruturas do Poder Público para corrompê-lo, visando a obter impunidade para seus membros.³²

O mesmo autor destaca em seu estudo que “*um elemento essencial do crime organizado é a sua infiltração no Poder Público*”, pois assim o mesmo consegue evitar ou ao menos dificultar a punibilidade de seus membros, bem como tornar através da máquina estatal negócios até então ilícitos em lícitos.³³

Para ANDREUCCI podem ser elementos constitutivos da mesma: a realização de uma atividade grupal (com mais de duas pessoas, conforme determinou o Conselho da União Européia, em 1998); estabilidade temporal; ordenada; e por fim voltada a prática de delitos graves. Este doutrinador vai além, pois faz uma diferenciação do “crime organizado por natureza” do “crime organizado por extensão”, sendo este os crimes propriamente ditos praticados pelos infratores, já aquele se trata da formação do grupo em si com o objetivo de delinquir.³⁴

Outro aspecto relevante é que em tal modalidade criminosa, pode-se manifestar em vários tipos de delitos como: tráfico de drogas, armas, pessoas, entorpecentes etc, ou seja, estes variam de acordo com a localidade e realidade sócio-econômica na qual está sendo exercido.

Portanto, devido ao carecimento de conceituação, esta se torna bastante aberta a interpretações por parte dos magistrados, ficando demonstrada a fragilidade legal no momento de ser executada a punição aos que praticam tal ilícito penal. O legislador brasileiro não conseguiu nem expressar uma descrição típica mínima do fenômeno. Desta maneira, podemos concluir que, conforme afirma o doutrinador Luiz Flávio GOMES, “*no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade)*”³⁵.

³²SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado: aspectos jurídicos e criminológicos** (Lei n. 9.034/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998, p. 47;

³³*Idem. Ibidem*, p. 65;

³⁴ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106;

³⁵GOMES, Luiz Flávio. **Que Se Entende por Crime Organizado: Parte 1**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2011;

Sendo assim, outra boa parte da doutrina optou por conceituar o crime organizado de acordo com sua estrutura e *modus operandi* [expressão em latim que significa modo de operação, utilizada para designar uma maneira de agir, operar ou executar uma atividade seguindo sempre os mesmos procedimentos³⁶]. Dentre esta o próprio Luiz Flávio GOMES diz:

Dentre tantas outras, são apontadas como suas características marcantes: hierarquia estrutural, planejamento empresarial, claro objetivo de lucros, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades, alto poder de intimidação, alta capacitação para a fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações etc.³⁷

Outro doutrinador que critica a ausência de definição da terminologia organização criminosa é Guilherme NUCCI, que vai além e a conceitua como:

A lei 9.034/95 deixou a desejar, criando um vazio e determinado ilogicidades. A lacuna advém da ausência de definição do que vem a ser organização criminosa. A ilogicidade foi a equiparação, para os mesmos fins, desse tipo de empresa-crime a quadrilha ou bando e a genérica expressão “Associação criminosa de qualquer tipo”. Por isso, pode-se definir a organização criminosa como atividade delituosa exercitada em formato ordenado e estruturado, podendo ser constituída por qualquer número de agentes, desde que, no mínimo, existam duas pessoas associadas para tanto. É lógico que não será essa a regra. O crime organizado não age com apenas dois agentes; ao contrário, busca a formação de um número considerável de adeptos.³⁸

Também pode ser levado em consideração o que foi definido no art. 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque, de 15 de novembro de 2000, sendo a mesma ratificada pelo Decreto Legislativo n. 231/2003, posteriormente promulgado pelo ordenamento brasileiro através do Decreto n. 5.015, de 12/03/2004, no qual em seu art. 5º delimita algumas terminologias que ajudam no na compreensão e aperfeiçoam o combate ao crime organizado, são elas:

Artigo 2

Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

³⁶WIKIPEDIA. **Modus Operandi**: Definição. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Modus_operandi>. Acesso em: 06 jun. 2011;

³⁷Op. Cit;

³⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007, p. 201;

- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;
- d) "Bens" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos;
- e) "Produto do crime" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime;
- f) "Bloqueio" ou "apreensão" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente;
- g) "Confisco" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente;
- h) "Infração principal" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção;
- i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;
- j) "Organização regional de integração econômica" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "Estados Partes" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.³⁹

Outro meio, segundo HIRECHE, não de delimitação, mas sim de exclusão, auxilia na identificação do que não é crime organizado. Este consiste em diferenciá-lo da “Criminalidade de massa”, a qual consiste em crimes do cotidiano, que não prejudicam a coletividade, mas sim direitos individuais e tem maior visibilidade e que não exige um aparato especial para nortear suas investigações, podendo citar como exemplo um “arrastão”.⁴⁰

Vale salientar que quanto à aplicação do conceito de crime organizado às contravenções penais, existem duas correntes doutrinárias de pensamento: a primeira alega que a Lei n. 9.034/95 em seu texto utiliza-se da expressão “ilícitos”, portanto tal concepção se adéqua ao conceito ora explanado; já a segunda não vislumbra tal hipótese (contravenções), pois o crime de quadrilha ou bando apenas aplica-se a “crimes”, ora sendo a extensão interpretativa uma analogia *in mallam partem*, bem como por conta da Convenção de Palermo

³⁹BRASIL. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**: Decreto n.º. 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011;

⁴⁰HIRECHE, Gamil Foppel El. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas**: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 74-75;

para ser considerado uma organização como criminosa está deve ter a finalidade de cometer infrações graves.

Conforme exposto acima, chega-se à conclusão que devido à existência destas lacunas deixadas pelo poder legislativo, da complexidade destas organizações, bem como da possibilidade de interpretação muito além do art. 288 do CPB, caberá ao poder judiciário – através de papel anômalo, ou seja, da jurisprudência, determina-se em quais hipóteses serão consideradas a organização objeto de investigação como uma organização criminosa conforme menciona a lei n. 9.034/95.

3.2 Exemplo de organizações criminosas atuantes no Brasil.

O Brasil tem um vasto histórico de criação de Organizações Criminosas. Estas, geralmente, têm como campo de atuação e principal fonte de renda o tráfico de drogas, roubo de cargas e veículos, tráfico de pessoas, pirataria, dentre outras formas ilícitas de se adquirir recursos.

Uma delas é o Comando Vermelho (CV), criada por Rogério Lemgrüber, e descendente da Falange Vermelha, que surgiu na década de 70, mais precisamente no ano 1979, no Presídio de Ilha Grande, tendo como membros: desde presos-políticos do Regime Civil-Militar Brasileiro (1964-1985) até criminosos comuns. Estas visavam melhorar a qualidade de vida dos detentos dentro do sistema prisional.

Com o passar dos anos, o CV deixou de lado o que preconizava seu lema “Paz, Justiça e Liberdade” e tornou-se efetivamente uma organização responsável pelo cometimento de ilícitos penais, e mais ainda extrapolou os limites do Presídio e se espalhou por todo o Rio de Janeiro, sendo o principal responsável pelo comércio de substâncias ilícitas na região metropolitana daquele Estado até meados dos anos 90.

Por conta das dissidências na organização, atualmente esta vem perdendo espaço no tráfico de drogas do Rio, pois a maioria de seus líderes está morta ou presa, não havendo assim uma renovação no comando. Os principais Comandantes da organização são: “Fernandinho Beira-Mar”, detendo do presídio de segurança máxima de Catanduvas; “Isaiás do Borel”; “Marcinho VP”; “My Thor”; e “Elias Maluco”.

Já a extinta facção: Terceiro Comando (TC), criada através de uma das dissidências do Comando vermelho nos anos 90, dominou por cerca de uma década o tráfico de drogas nas zonas Oeste e Norte do Rio de Janeiro.

O grupo ADA (Amigos dos Amigos) surgiu após uma ruptura do CV e do TC. Ele ganhou grande exploração da mídia quando em 2002 se aliou ao Terceiro Comando, mas atualmente segue sem fazer novas alianças, por isso somente domina o comércio de entorpecentes nas zonas Oeste e Norte do Estado do Rio de Janeiro. O ADA tem como seus principais líderes: Celsinho da Vintém, Sassá e Aritana.

O Terceiro Comando Puro (TCP) é outro exemplo de organização criminosa forjada através de um rompimento entre outras duas organizações – TC e ADA – no ano de 2003, cujos principais líderes são: Acari, Dendê, Casa Branca, Parada de Lucas. Seu domínio abrange os pontos das zonas Oeste e Norte, quase sem expressão no centro e na Zona Sul.

As Milícias, grupo formado por policiais, bombeiros, vigilantes, agentes penitenciários e militares, possuem grande expressão no controle do comércio ilícito do Rio de Janeiro. Os milicianos conseguem o apoio da comunidade dos morros através do oferecimento de serviços básicos (água, luz, telefone, segurança contra os traficantes, transporte alternativo etc), pois o Estado, muitas vezes, não consegue fornecer tais condições básicas de sobrevivência aos cidadãos desprovidos de bens.

Mas com o passar do tempo, os Milicianos começaram a extorquir os comerciantes e moradores, a controlar o fornecimento dos serviços supracitados e até chegaram ao absurdo de cobrar taxa de proteção.

Segundo o Núcleo de Pesquisas das Violências da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, “*até a operação no complexo do Alemão e na Vila Cruzeiro, no final de novembro de 2010, as milícias dominavam 41,5% das 1.006 favelas do Rio de Janeiro (contra 55,9% por traficantes, e 2,6% pelas Unidades de Polícia Pacificadora).*”⁴¹

Infelizmente, uma das vítimas recentes de um Miliciano foi à juíza Patricia Acioli, que após uma emboscada em Niterói no Rio de Janeiro foi executada (a mando, segundo investigações, do tenente-coronel Cláudio Luiz de Oliveira).

Por fim, no Brasil a maior facção criminosa organizada em atuação é o Primeiro Comando da Capital (PCC), que foi articulada em 1993 por oito presos do Anexo da Casa de Custódia de Taubaté - 130 km de São Paulo, local este para onde eram transferidos os presos de alta periculosidade.

O PCC é responsável pelo empreendimento de: resgates de presos, ataques a distritos policiais de São Paulo. Sua principal fonte de arrecadação é a cobrança de uma taxa mensal

⁴¹WIKIPEDIA. **Milícia:** Rio de Janeiro. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Mil%C3%ADcia_\(Rio_de_Janeiro\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Mil%C3%ADcia_(Rio_de_Janeiro))>. Acesso em: 13 nov. 2011;

aos membros deste grupo – chamados de “irmãos”, geralmente R\$ 50,00 (cinquenta reais) para aqueles que estão presos e R\$ 500,00 (quinhentos reais) para os em liberdade.

Atualmente é liderado pelo detento Marcos Willians Herbas Camacho, vulgo “Marcola” ou “Playboy”, que está neste cargo desde o ano 2002. O mesmo ao assumir, destituiu os líderes da ala radical da facção “Cesinha” e “Geleirão”, os quais utilizavam um método de intimidação das autoridades do sistema prisional através de atentados.

Segundo o site Jornal Diário da Região:

Para se tornar membro do PCC, o criminoso precisa ser "batizado", ou seja, apresentado por um outro que já faça parte da organização criminosa e que se responsabilize por suas ações junto ao grupo. Todos têm de cumprir um estatuto, redigido pelos fundadores reunidos no Piranhão, em 1993, com 16 itens. O nº 9, por exemplo, diz: O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, hombridade, solidariedade e o interesse comum ao bem de todos, porque somos um por todos e todos por um.⁴²

Através desta breve análise sobre as facções criminosas de mais importância que atuam no Brasil podemos verificar o quão importante e fundamental é o papel do policial infiltrado em organizações criminosas, como forma de combate ao crime organizado.

3.3 A problemática referente à possibilidade do agente infiltrado cometer delitos

Dentre os muitos meios de investigação e provas previsto na Lei n. 9.034/95, destaca-se a possibilidade de um Agente de Polícia ou de Inteligência, mediante autorização judicial, infiltrar-se, ou seja, entrar no âmago da organização criminosa e a partir disto ganhar a confiança de seus integrantes para assim participar de suas decisões, atividades etc. Aquele indivíduo passa a comportar-se como um novo integrante – “criminoso” – daquela.

Esta técnica é um importante meio de combate a criminalidade organizada, pois possibilita ao agente de Segurança Pública ter inteiro acesso àquela entidade e assim tomar conhecimento antecipadamente das atividades (delitos) que estes pretendem cometer e repassar a Autoridade competente tal informação para assim combatê-los ou impedi-los, bem como é fundamental instrumento para formação de provas.

Trata-se da possibilidade de um contato mais direto com o objeto em investigação, permitindo desta forma, presenciar as vicissitudes da rotina de decisões da organização, freqüentar os mesmos lugares que seus membros e analisar *in loco* as discussões e planos

⁴²JORNAL DIÁRIO DA REGIÃO (Ed.). **PCC Partido**. Disponível em: <<http://www.webdiario.com.br/?est=especiais/pcc/materia1>>. Acesso em: 15 maio 2011;

desta.

MENDRONI, em seu livro, destaca os benefícios de tal técnica, conforme passa-se a ser transcrito abaixo:

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, *modus operandi*, nomes – principalmente dos “cabeças” da organização, nome de “testas-de-ferro”, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro.⁴³

Atualmente, para o uso de tal técnica de investigação faz-se imprescindível uma autorização judicial, além de ser necessária a ouvida do Ministério Público, sendo – o pedido – por conta de seu caráter de medida cautelar apartado dos autos e mantido em absoluto sigilo até o término daquela. Quanto à duração da medida esta não encontra previsão na Lei n. 9.034/95, cabendo ao magistrado defini-la.

Importante questão é a que este agente infiltrado não pode confundir-se com o agente provocador, pois o segundo possui um papel de instigar e induzir os membros da organização à prática de delitos, sendo tal conduta ilícita.

No entanto, o projeto original da Lei n. 9.034/95 previa a possibilidade de o policial infiltrar-se sem a autorização do Poder Judiciário, bem como isentar-se de futuras punições caso fosse, no curso da investigação, obrigado a cometer algum delito (como meio de garantia do disfarce), tal disposição encontrava-se no inciso I do art. 2º da referida legislação da seguinte forma:

Art. 2º

I - a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade.

Tal dispositivo legal foi vetado pelo Presidente da República sob a alegação de contrariar o interesse público, bem como afrontar os princípios adotados pela sistemática do Código Penal pátrio.⁴⁴

Quanto à necessidade da autorização judicial não há realmente o que se discutir, tal veto fazia-se imprescindível, embora países como Estados Unidos da América e outros da Europa tenham atribuído tal função autorizativa para o membro do Ministério Público – verdadeiro detentor do poder de dirigir a investigação, devendo o mesmo determinar e

⁴³MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.109;

⁴⁴BRASIL. **Mensagem de veto**. n. 483, de 03/05/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2011;

controlar a infiltração dos agentes.

Mas com relação à **preexclusão da antijuridicidade** verifica-se que, na verdade, o legislador no momento em que propôs tal inciso visava evitar futuras celeumas na doutrina e jurisprudência.

A título de comparação, caso tal parte do inciso I não tivesse recebido um veto, estaria o ordenamento jurídico brasileiro promovendo uma inovação, assim como aconteceu em Portugal com o advento da Lei n.º 101/2001, especificamente no seu art. 6º (*vide* p. 15), ou seja, a previsão legal da exclusão da ilicitude nos casos em que o agente infiltrado cometesse delitos.

Mas ocorre, por conta de tal veto, que uma parte da doutrina pátria sustenta que tal questão deverá ser solucionada a luz do Princípio da Proporcionalidade Constitucional (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, no Direito Alemão), o qual se baseia na seguinte conclusão: se há dois princípios fundamentais em conflito, deve-se optar por aquele de maior valor, portanto – por exemplo – o sacrifício de uma vida não seria justificado pelo alcance do sucesso da investigação.

Posição esta bastante radical e prejudicial à atividade do policial infiltrado, uma vez que aos olhos dos demais membros da organização criminosa, ter um integrante que recuse-se a participar de suas ações soaria um tanto quanto estranho e colocaria em risco, muitas vezes, a integridade física do servidor público.

Já outros doutrinadores compartilham da tese de aplicação de uma excludente de ilicitude para solucionar tal conflito, dentre estes podemos citar como exemplo ANDREUCCI, que leciona a seguinte idéia:

Cremos que a melhor solução é considerar-se a conduta criminosa praticada pelo agente infiltrado acobertada por uma causa de preexclusão de antijuridicidade, consistente na infiltração propriamente dita, autorizada judicialmente, atendido o Princípio da Proporcionalidade Constitucional.⁴⁵

Sendo assim, tal conduta do agente deverá ser uma causa justificativa de exclusão da ilicitude do ato, pois o mesmo cometeu tal delito por conta da sua situação de infiltrado, ou seja, no estrito cumprimento de seu dever legal. Mas para tanto faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos: ser esta atuação autorizada judicialmente; ser o delito conseqüência necessária e indispensável para o desenvolvimento da investigação; respeito ao princípio da proporcionalidade, desta forma evitando abusos e excessos; jamais ser o

⁴⁵ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112;

responsável intelectual da ação ou induzir ou instigar os demais membros da organização a cometê-la.

O posicionamento anterior é mais adequado para o combate ao crime organizado (este atualmente se tornou bastante dinâmico, uma vez que possui bem mais recursos financeiros para investir em tecnologias avançadas para garantir o sucesso de suas atividades excusas, do que os órgãos de persecução penal para melhor aparelhar seus métodos de investigação), uma vez que o policial se sente respaldado de alguma forma para cumprir sua atividade.

Quanto à questão da colheita de provas e evidências no curso da ação de infiltração, esta encontra uma posição doutrinária pacífica em relação a sua possibilidade de aproveitamento das mesmas nos autos, desde que o mandado – autorização - judicial contenha poder extensivo para realização de tal prática e aquelas sejam repassadas em momento oportuno a Autoridade competente, cabendo ao juízo verificar quais serão tidas como lícitas (podem auxiliar na elucidação do delito), assim expurgando do processo criminal as de origem ilícita.

Para MENDRONI a solicitação e espera de autorização do poder judiciário para colheita de provas, prejudicaria o combate a situação criminosa:

Seria, a contrário senso, absolutamente inviável a necessidade de que o agente tivesse que buscar autorização judicial para cada situação vivida na infiltração, não só pelo evidente risco do *periculum in mora*, mas também pela absoluta impossibilidade fática. São também providências que se encaixam com o princípio da proporcionalidade, pois se o agente pode estar infiltrado no meio dos criminosos, não há razão para que não possa, via de extensão e em compatibilidade com a sua função investigativa, recolher as provas que forem possíveis à demonstração cabal da situação criminosa vivenciada.⁴⁶

Atualmente tramita - em estado de prioridade, por ser uma das metas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 6.578/2009, o qual permite aos agentes infiltrados que cometeram crimes na ocasião da investigação gozar do benefício da exclusão da ilicitude de tal ação:

Art. 14

§ 1º O agente infiltrado responderá em caso de prática de crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura.

§ 2º Se o agente infiltrado praticar infrações penais ao abrigo de excludente de ilicitude ou a fim de não prejudicar as investigações, tal fato deverá ser comunicado imediatamente ao magistrado, o qual decidirá, ouvido o Ministério Público, sobre a

⁴⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.111;

continuidade ou não da infiltração.⁴⁷

GODOY interpreta o dispositivo anterior da seguinte forma:

Consideramos necessário deixar na lei que o crime praticado pelo agente infiltrado para preservar sua verdadeira identidade ou a fim de não prejudicar as investigações está ao abrigo de excludente de ilicitude. O texto preservado imputa responsabilidade em caso de excesso e veda a prática dos crimes contra a vida, contra a liberdade sexual e de tortura, para os quais o agente infiltrado, caso seja instado a cometer, como “ritual de passagem” ou mostra de lealdade ao grupo criminoso, deve dissuadir os “comparsas” ou adiar a execução e, então, optar pelo abortamento da missão.⁴⁸

O posicionamento acima, em sua segunda parte, demonstra-se pouco eficaz na proteção do agente de Segurança Pública, pois a situação hipotética narrada, não corresponde com a realidade da dinâmica criminal. Um policial (infiltrado) que deixa de praticar um crime – determinado pelo dirigente da organização criminosa – passaria a levantar, possivelmente, dúvidas sobre o seu real interesse na organização, chegando ao ponto de colocar a sua integridade física em risco.

Na verdade, assim como determina o ordenamento espanhol (*vide* p. 18), deveria ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade para julgar a conduta do agente – em caso de cometimento de delitos dolosos contra a liberdade sexual, vida ou de tortura, sendo este avaliado por sua conduta e, por consequência, verificando se o mesmo agiu como agente provocador ou não.

É de fundamental importância que o infiltrado seja julgado e somente punido quando cometer excessos no desempenho de suas funções, respeitando assim o Princípio Legal da Ampla Defesa, uma vez que este é tão difundido e protecionista aos criminosos, porque não deve ser aplicado ao agente da lei.

Situação ideal seria o legislador adequar este novo projeto de lei – dispositivo, através da exclusão do § 1º deste e utilizar como parâmetro art. 6º da Lei n.º 101/2001 portuguesa (*vide* p. 15), por este ser mais abrangente, pois somente assim os infiltrados poderiam desempenhar suas funções sem medo de eventuais punições advindas de má interpretação da sua conduta por parte dos magistrados, mas evidentemente deverá ser respeitado o disposto no § 2º do art. 14 do Projeto de Lei n. 6.578/2009 e preenchidos os requisitos (*vide* p. 34-35).

⁴⁷BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei 6578/2009**: Dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463455>>. Acesso em: 05 nov. 2011;

⁴⁸GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. **Crime Organizado**: e seu Tratamento Jurídico Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 165.

CONCLUSÃO

Através de um estudo comparado pode-se verificar que alguns países, assim como o Brasil, não possuem um conceito delimitado do que viria a ser Crime Organizado, podendo citar como exemplo de tal realidade a Alemanha, a qual em seu ordenamento jurídico tem apenas linhas diretivas para Ministério Público e Polícia de combate a tal prática delituosa, sendo a situação analisada em concreto e havendo agravamento da pena caso seja detectado que o autor participa de organização criminosa.

Já outros Estados como Portugal, Estados Unidos da América e Espanha, incluíram em sua legislação o norteamento do que viria a ser o Crime Organizado, inclusive deixando bastante delimitado como seria o combate a este delito, bem como serão os procedimentos daqueles que utilizaram a técnica de infiltração policial como forma de elucidar tal situação.

Como meio de demonstrar a problemática do agente infiltrado no ordenamento jurídico brasileiro, fez-se no Capítulo 2 uma breve explanação das excludentes de ilicitudes, com especial tratamento a causa justificativa de estrito cumprimento do dever legal, no qual demonstrou-se a necessidade de análise da situação em concreto - policial infiltrado que comete delitos no curso da investigação – para só então decidir se este será isento de pena ou não.

Tal instituto - estrito cumprimento do dever legal - também não possui definição taxativa no Código Penal do que este viria a ser e como deveria ser aplicado, ficando a cargo da doutrina, através do Princípio do Interesse Preponderante delimitar algumas hipóteses de sua aplicação - de maneira geral, mas cabendo realmente ao Magistrado se este o aplicará a lide. Situação esta que demonstra o quanto o Policial fica desassistido, pois corre um sério risco de por conta de má interpretação do juiz, vir a ser punido por condutas delituosas que cometeu no momento em que estava no âmago da organização criminosa.

No Capítulo 3 houve uma retomada do tema: “a problemática na conceituação de crime organizado no ordenamento pátrio”, pois o texto do art. 1º da Lei n. 10.217/2001 faz menção a 3 (três) ilícitos: quadrilha ou bando; associação criminosa; e organização criminosa, dos quais só os dois primeiros encontram justificativa legal, ficando o terceiro a mercê de futuras interpretações.

A Lei 9.034/95 também deixou muito a desejar quanto à formação do conceito da última, bem como o judiciário costumava confundir-se ao interpretá-la como sinônimo de associação criminosa, o que não o é, portanto, coube a doutrina solucionar tal dificuldade. Boa parte dos Doutrinadores delimita o conceito de organização criminosa a partir da

identificação desta através de elementos constitutivos básicos, os quais dirimiram bastante tal problema e outra parte atribui tal perspectiva ao *modus operandi* da mesma.

Diante do exposto demonstra-se muito séria tal situação, pois diante do crescimento da criminalidade organizada no Brasil nas últimas décadas – proliferação de grupos como Comando Vermelho, Terceiro Comando, ADA, Terceiro Comando Puro, Milícias e PCC, as quais são chefiadas por verdadeiros Gestores – faz-se necessário um maior comprometimento do Poder Legislativo para controlá-la.

O projeto inicial da Lei 9.034/95 previa a possibilidade do policial infiltrado que cometesse delitos no curso da investigação ser isento de pena através da aplicação do instituto da exclusão de ilicitude – estrito cumprimento do dever legal, mas tal inciso – I do art. 2º - foi vetado pelo Presidente da República sob a alegação de afrontar os princípios adotados pela sistemática do Código Penal pátrio.

Tal veto gerou celeumas até hoje enfrentadas pela doutrina e jurisprudência, nas quais uma parte resolveu avaliar a conduta através do Princípio da Proporcionalidade Constitucional (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, no Direito Alemão), no qual deve-se verificar qual princípio deve prevalecer e outra que opta por aplicar a exclusão da ilicitude, deste que preenchidos alguns requisitos.

Atualmente, visando solucionar tal dilema, tramita na Câmara dos Deputados – em caráter de urgência – o Projeto de Lei n. 6.578/2009, o qual através de seu art. 14, tenta regularizar de maneira mais abrangente a situação do policial infiltrado que comete delitos, embora ainda permaneça um pouco prejudicial para tal profissional, uma vez que no § 1º há a afirmativa de que o mesmo responderá em caso de prática de crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura, deixando claramente de lado a análise da proporcionalidade da ação no caso concreto.

A primeira solução para tal controvérsia seria a substituição do art. 14 do Projeto de Lei n. 6.578/2009 através da reinclusão do inciso I do art. 2º do Projeto inicial da Lei n. 9.034/95 (vetado pelo Presidente da República), implementando a determinação legal que a infiltração só pode ser realizada através de Autorização Judicial.

Desta forma ficaria a cargo do Magistrado aplicar uma excludente de ilicitude, conforme acontece com a Legislação Espanhola, caso fosse preenchido os seguintes requisitos: ser esta atuação autorizada judicialmente; ser o delito consequência necessária e indispensável para o desenvolvimento da investigação; respeito ao princípio da proporcionalidade, desta forma evitando abusos e excessos; jamais ser o responsável intelectual da ação ou induzir ou instigar os demais membros da organização a cometê-la.

Mas ideal recurso seria a aprovação do Projeto de Lei n. 6.578/2009, utilizando como modelo a realidade do Ordenamento Português em seu art. 6º da Lei n.º 101/2001, ou seja, tornar o dispositivo legal referente ao assunto (art. 14) mais abrangente – adaptando-o aos requisitos já acima transcritos.

Aliado ao parágrafo anterior, outra medida importante seria a exclusão do § 1º, do referido Projeto, por ser este totalmente prejudicial à atividade do policial infiltrado, mas evidentemente passando a análise da conduta através dos requisitos anteriormente mencionados, principalmente direcionar a lide para análise de excessos praticados e respeitando-se o Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Ampla Defesa.

Só assim, o profissional de Segurança Pública poderá desempenhar suas funções plenamente, sobretudo, porque contará com a certeza de ser julgado pelos seus atos e punido caso tenha excedido na situação em concreto.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011;

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

_____. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

_____. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei 6.578/2009**: Dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463455>>. Acesso em: 05 nov. 2011;

_____. **Código Penal Brasileiro**: Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2011;

_____. **Código Processo Penal Brasileiro**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2011;

_____. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**: Decreto nº. 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011;

_____. **Lei nº. 10.217, de 11 de abril de 2001**: Altera os arts. 1º e 2º da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011;

_____. **Mensagem de veto**. n. 483, de 03/05/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2011;

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. **Crime Organizado: e seu Tratamento Jurídico Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011;

GOMES, Luiz Flávio. **Que Se Entende por Crime Organizado (Parte 1)**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br> - 2 de março de 2010>. Acesso em: 01 mai. 2011;

HIRECHE, Gamil Foppel El. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio**. Manifestação do Direito Penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <www.teses.usp.br/.../2/.../Infiltracao_policial_Maria_Jamile_Jose.pdf>. Acesso em: 12 out. 2011;

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**; traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003;

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007;

_____. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2009;

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial**. 1ª. ed. (2007), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011;

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 7ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007;

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (Portugal) (Org.). **Lei n. 101/2001, de 25 de Agosto: Acções Encobertas**. Disponível em: <http://www.pgr.pt/grupo_pgr/Dciap/legislacao.html>. Acesso em: 12 out. 2011;

_____. **Lei n.º 45/1996, de 03 de Setembro**: Altera o Decreto-Lei n. 15/93, de 22 de Janeiro (regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes). Disponível em: <

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=184&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&>. Acesso em: 06 nov. 2011;

SANTOS, Juarez Cirino Dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005;

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado**: aspectos jurídicos e criminológicos (Lei n. 9.034/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998;

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

WIKIPEDIA. **Milícia**: Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Mil%C3%ADcia_\(Rio_de_Janeiro\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Mil%C3%ADcia_(Rio_de_Janeiro))>. Acesso em: 13 nov. 2011;

_____. **Modus Operandi**: Definição. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Modus_operandi>. Acesso em: 06 jun. 2011.

ANEXO A – MENSAGEM DE VETO Nº 483, DE 03/05/1995

Mensagem nº 483

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente o Projeto de Lei nº 3.516, de 1989 (nº 62/90 no Senado Federal), que "Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas".

É o seguinte o teor do dispositivo ora vetado por contrariar o interesse público:

"Art. 2º

I - a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade;

....."

O Ministério da Justiça assim se manifestou sobre o assunto:

"O inciso I do art. 2º, nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independentemente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado.

Essa redação, como se pode observar, difere da original, fruto dos estudos elaborados por uma subcomissão, presidida pelo Deputado Miro Teixeira, que tinha como relator o Deputado Michel Temer, criada no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, que, de forma mais apropriada, condicionava a infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa à prévia autorização judicial.

Além do mais, deve-se salientar que o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime, preexcluída, no caso, a antijuridicidade, o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código Penal.

Em assim sendo, parece-nos que o inciso I do art. 2º deve merecer o veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 66, § 1º, da Constituição Federal, ressaltando, contudo, que este Ministério, posteriormente, encaminhará proposta regulamentando a matéria constante do dispositivo acima mencionado."

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à clevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 3 de maio de 1995.

ANEXO B – PROJETO DE LEI N. 6.578/2009

Dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO II DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Seção III Da infiltração de agentes

§ 1º O agente infiltrado responderá em caso de prática de crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura.

§ 2º Se o agente infiltrado praticar infrações penais ao abrigo de excludente de ilicitude ou a fim de não prejudicar as investigações, tal fato deverá ser imediatamente comunicado ao magistrado, o qual decidirá, ouvido o Ministério Público, sobre a continuidade ou não da infiltração.

Art. 14. O agente que não guardar, na sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.

§ 1º O agente infiltrado responderá em caso de prática de crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura.

§ 2º Se o agente infiltrado praticar infrações penais ao abrigo de excludente de ilicitude ou a fim de não prejudicar as investigações, tal fato deverá ser imediatamente comunicado ao magistrado, o qual decidirá, ouvido o Ministério Público, sobre a continuidade ou não da infiltração.

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

THAÍS MARIA AMORIM PINTO DE SOUSA

A ATIVIDADE DO POLICIAL INFILTRADO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA:
um estudo sobre a possibilidade de exclusão de ilicitude para situações críticas.

Recife
2011