

INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES E SUA APLICAÇÃO NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Omar Ali Ayoub

Resumo: este trabalho tem como objetivo analisar os principais aspectos controversos em relação à infiltração virtual de agentes nos casos de infrações penais praticadas por organizações criminosas. Para tanto, destacou-se, preliminarmente, a relação do homem com a sociedade atual, sob a perspectiva daquele como animal social. Demonstrou-se a importância do estudo do passado para a compreensão do presente e o delineamento do futuro, no campo das ciências humanas, e particularmente, do Direito. Posteriormente, analisou-se o regramento específico atinente à infiltração de agentes, aplicando-se as conclusões obtidas na modalidade virtual. Todos estes caminhos resultaram numa verdadeira carta de guia, suficientemente segura, para a utilização do instituto digital no campo da criminalidade organizada. O método utilizado na pesquisa foi o lógico-dedutivo, com base em revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Criminalidade Organizada; Organização Criminosa; Infiltração de Agentes; Infiltração Virtual de Agentes.

1 INTRODUÇÃO

Embora o termo mito tenha diversos significados, sabe-se que os homens não tentam definir as palavras, mas as coisas. Conforme explica Brandão (2009, p. 37):

É necessário deixar bem claro, nesta tentativa de conceituar o mito, que o mesmo não tem aqui a conotação usual de fábula, lenda, invenção, ficção, mas a acepção que lhe atribuíam e ainda atribuem as sociedades arcaicas, as impropriamente denominadas culturas primitivas, onde mito é o relato de um acontecimento ocorrido no tempo primordial, mediante a intervenção de entes sobrenaturais.

É o relato de uma história verdadeira, ocorrida nos tempos dos princípios, illo tempore, quando, com a interferência de entes sobrenaturais, uma realidade passou a existir, seja uma realidade total, o cosmo, ou tão somente um fragmento, um monte, uma pedra, uma ilha, uma espécie animal ou vegetal, um comportamento humano. Mito é, pois, a narrativa de uma criação: conta-nos de que modo algo, que não era, começou a ser.

Utilizamos a mitologia como ponto de partida para a compreensão da criminalidade organizada. Somente esta tem os instrumentos necessários para destrinchar as indagações científicas sobre o tema, levando-se em consideração, centralmente, o homem como ser eminentemente social¹, tendente a qualquer forma de agrupamento, precária ou não, com objetivo racional de preservação da própria espécie.

¹ Tema debatido com genialidade por Thomas Hobbes, na obra intitulada “Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil”, publicada em 1651. Logo em seguida, estas ideias foram

Em que pese a criminalidade organizada na sociedade moderna apresentar nova roupagem, pode-se dizer que a associação do mito, porquanto dotada de precária, mas existente estrutura hierárquica, com um autêntico líder, constituída com o objetivo de praticar as maiores atrocidades, não difere das figuras legais de organizações criminosas existentes nos dias de hoje.

A dita roupagem, condizente com os costumes da época, não teve o condão de alterar a natureza dos grupos em questão. Isso porque, os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos permaneceram estancados ao longo dos séculos, com pequenas variações pontuais, que nada influenciaram na essência do fenômeno.

É o que se pretende demonstrar nas próximas linhas.

2 CRÍTICAS PONTUAIS À LEI 12.850 DE 2013

O diploma define organização criminosa e dispõe sobre a investigação policial, os meios de obtenção de prova, as infrações correlatas e o respectivo procedimento judicial, sem prejuízo da alteração e da revogação de alguns dispositivos legais.

2.1 Aspectos constitucionais

O texto constitucional elenca no art. 1, III a dignidade humana² como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Embora num primeiro momento se possa pensar tratar de cláusula programática, sem força normativa, a partir de uma análise minuciosa de suas consequências, todavia, tal entendimento se torna carente de fundamentação jurídico-dogmática.

Cuida-se de verdadeiro vetor interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro, a ser observado não só pelos operadores do direito, mas também pelos administradores públicos e parlamentares, com a função de irradiar seus efeitos por todas as esferas de poderes

endossadas por John Locke, na obra intitulada “Two Treatises of Government”, publicada em 1681. Vale destacar também a influência sobre Jean-Jacques Rousseau, na obra intitulada “Le Contrat Social”, publicada em 1762.

² Vide as seguintes cartas: Alemanha (art. 1, I), Itália (art. 3), Portugal (art. 1), Chile (art. 1), Bolívia (art. 6, II), Grécia (art. 2, I), Espanha (art. 10.1), Paraguai (preâmbulo), Cuba (preâmbulo), Irlanda (preâmbulo), Guatemala (art. 4), Croácia (art. 25), Bélgica (art. 23) e Romênia (art. 1).

constituídos³ dispostas no art. 2. Não custa lembrar que estes são independentes, mas harmônicos entre si, embora a realidade, muitas vezes, nos demonstre o contrário.

Como bem demarcou Benda (1996, p. 117), quando da análise do instituto, embora referente à carta alemã, relacionando-se ao tema da religião cristã:

Históricamente, la garantía de la dignidad humana se encuentra estrechamente ligada al cristianismo. Su fundamento radica en el hecho de que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. La antigua imagen del aquél, como ser racional y dotado de libre albedrío, ha contribuido de forma esencial a adoptar una idea de su libertad asociada al cristianismo antiguo, por más que la antigüedad no llegara a conocer los derechos fundamentales en su actual versión.⁴

Não é à toa que o próprio legislador, diante de tal panorama, optou por estabelecer um rol de direitos e garantias fundamentais⁵ no bojo do art. 5. Tais direitos e deveres, individuais, coletivos, sociais e políticos são desdobramentos da própria essência humana, tomado o homem como verdadeiro sujeito de direito, a ter os seus atributos respeitados, contra as ações ou omissões do poder público, e num segundo plano, também dos particulares⁶.

Destaca-se, por mero desengano de consciência, visto se tratar de tema demasiado debatido na doutrina, o devido processo legal⁷, o juiz natural⁸, o contraditório⁹, a ampla defesa¹⁰, a presunção de inocência¹¹, a vedação de utilização de provas ilícitas¹² e a duração razoável do processo¹³.

³ Vide as seguintes cartas: França (art. 5), Canadá (art. 9), Colômbia (art. 113), Venezuela (art. 136), Grécia (art. 26), Portugal (art. 110, 1), Espanha (art. 56) e Paraguai (art. 3). Estes regramentos foram influenciados, em grande parte, mas não com exclusividade, pelas ideias de Charles-Louis de Secondat, na obra intitulada “De L'esprit Des Lois”, publicada em 1748.

⁴ Tradução livre: Historicamente, a garantia da dignidade humana se encontra estreitamente ligada ao cristianismo. Seu fundamento se radica no feito de que o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus. A antiga imagem daquele, como ser racional e dotado de livre arbítrio, contribuiu de forma essencial para a adoção de uma ideia de sua liberdade associada ao cristianismo antigo, por mais que a antiguidade não chegara a conhecer os direitos fundamentais em sua atual versão.

⁵ Vide as seguintes cartas: Bulgária (art. 57), Finlândia (art. 5), Polônia (art. 67), França (art. 1), Romênia (art. 17), Turquia (art. 12), Grécia (art. 4) e Hungria (art. 54).

⁶ O tema da horizontalidade dos direitos fundamentais é controvertido, mas prevalece na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de aplicação direta de tais liberdades aos particulares.

⁷ Vide as seguintes jurisprudências: HC 96.774, rel. Min. Cármen Lúcia, 1 Turma, DJ 17.04.2009; HC 96.905, rel. Min. Celso de Mello, 2 Turma, DJ 11.09.2009; HC 96.328, rel. Min. Cezar Peluzo, 2 Turma, DJ 09.04.2010.

⁸ Vide as seguintes jurisprudências: HC 88. 558, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1 Turma, DJ 23.03.2007; HC 91.253, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1 Turma, DJ 14.11.2007.

⁹ Vide as seguintes jurisprudências: RE 201.819, rel. Min. Ellen Gracie, 2 Turma, DJ 27.10.2006; RE 718.807, rel. Min. Cármen Lúcia, 2 Turma, DJ 11.03.2013.

¹⁰ Vide as seguintes jurisprudências: HC 111.535, rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1 Turma, DJ 30.10.2014; HC 99. 768, rel. Min. Teori Zavascki, 2 Turma, DJ 14.10.2014.

¹¹ Vide as seguintes jurisprudências: RHC 111.327, rel. Min. Cármen Lúcia, 1 Turma, DJ 24.04.2013; HC 114.092, rel. Min. Teori Zavascki, 2 Turma, DJ 12.03.2013.

O art. 5, §3 dispõe que este rol exemplificativo não exclui outros decorrentes do próprio texto constitucional e de tratados internacionais de direitos humanos de que o país seja signatário.

O próprio art. 31 do Decreto 5.015 de 2004 alerta que os Estados-partes devem promover e estabelecer as melhores práticas e políticas para prevenir a criminalidade organizada transnacional.

Como bem lembra Piovesan (2017, p. 238):

No cenário mundial marcado por recentes e importantes atentados praticados por grupos terroristas com massivas perdas humanas, o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor de segurança máxima. Eis aí o universo das preocupações no âmbito dos direitos humanos, contextualizando-o no espaço contemporâneo. Vive-se hoje um tempo de constantes conflitos; esta multipolaridade desconexa que marca o cenário global contemporâneo põe à prova a cultura dos direitos humanos.

Ainda, tem-se no art. 22, I a competência legislativa privativa da União¹⁴ para dispor sobre direito material e processual penal.

Houve momento obscuro da história constitucional no qual cada assembleia legislativa era responsável pela elaboração de seu estatuto adjetivo. A desorganização era tanta que houve por bem fixar tal competência em âmbito exclusivamente federal, desarticulando, assim, o excesso de regras que em nada contribuía para o aperfeiçoamento da justiça.

De qualquer forma, o núcleo central de combate à criminalidade encontra-se na estrutura da segurança pública minuciosamente regradada no art. 144¹⁵. Nota-se que esta é dever dos órgãos públicos e responsabilidade de todos, ou seja, também dos particulares.

Todavia, acredito que não seja viável transferir, nem que seja parcialmente, tal função exclusivamente estatal, à simples pessoas do povo, sem qualquer condição ou preparo para tanto.

Trata-se de norma meramente didática cujo objetivo é estabelecer uma ponte de comunicação entre o setor público e o setor privado, no sentido de potencialização e de divulgação da defesa social.

¹² Vide as seguintes jurisprudências: HC 82.862, rel. Min. Cezar Peluso, 2 Turma, DJ 13.06.2008; RE 402.035-AgR, rel. Min. Ellen Gracie, 1 Turma, DJ 06.02.2004.

¹³ Vide as seguintes jurisprudências: HC 91.041, rel. Min. Cármen Lúcia, 1 Turma, DJ 05.06.2007; HC 91.408, rel. Min. Eros Grau, 2 Turma, DJ 14.08.2007.

¹⁴ A organização político-administrativa brasileira apresenta uma peculiaridade que a difere dos demais países que adotam a forma de estado federativo. Isso porque, atribui-se aos municípios competências materiais e legislativas privativas.

¹⁵ Vide as seguintes cartas: Portugal (art. 172), Bolívia (art. 215), Espanha (art. 148), Itália (art. 170), Paraguai (art. 172), Uruguai (art. 173) e Venezuela (art. 332).

Todas as polícias devem, necessariamente, embora isso não aconteça na prática, cooperar entre si no combate à criminalidade. Entende-se por cooperação a troca de informações relevantes entre as diversas categorias legais, a utilização de centros de comunicação e a realização de diligências em conjunto.

Acrescenta-se, ainda, o relevante papel do parquet no controle externo do inquérito policial.

Vale ressaltar que de nada adianta a boa vontade dos agentes policiais, do órgão ministerial e dos juízes, estes últimos até certo ponto, diante da tão exigida e necessária imparcialidade, se os políticos, verdadeiros detentores do poder, não dispensam maior atenção ao problema.

2.2 Contexto histórico

Debate-se na doutrina a origem da criminalidade organizada, alegando alguns se tratar de fenômeno novo, e outros, dentre os quais me incluo, alegando se tratar de fenômeno antigo.

O estudioso deve ter em mente que ambos os lados têm sua razão. Tratando-se de contexto histórico milenar resulta tarefa sobre-humana saber com precisão os verdadeiros episódios que ensejaram a cristalização do fenômeno.

Elejo como largada a perspectiva histórica eurocêntrica que divide a história geral em quatro longos períodos: a idade antiga, a idade média, a idade moderna e a idade contemporânea.

Todavia, estes não são blocos imutáveis que se prendem a conceitos tidos como universais. Pelo contrário, a escolha de qualquer metodologia, por mais fiel que seja à realidade, traz consigo indiscutível carga ideológica, refletindo a preferência de alguns acontecimentos em detrimento de outros.

Ante o exposto, valho-me da lição de Calmon (1959, p. 16) sobre a suposta verdade histórica:

A problemática da história situa-se na área demarcada pelo peregrino das admiráveis viagens e pelo frio analista do destino pátrio.

Os seus termos, as suas tendências, as suas insuficiências continuam a ser as que os mestres do diálogo acadêmico discutiram no tempo de Péricles: de um lado, a concepção entusiástica de uma humanidade, que convive com o mito e o absurdo, no seu mundo ilógico; do outro lado, a restauração das idades extintas pela honesta pesquisa dos seus vestígios – cujos propósitos pedagógicos carregam a responsabilidade cívica da lição e da homenagem, da advertência e da justiça.

Porque – acrescente-se – a difícil tarefa dessa reconstituição representa uma tríplice necessidade: explicar, pelos fatos averiguados, a contextura moral das coletividades;

por meio deles, ensinar às gerações, ávidas desse pretérito dramático; e, assegurar – pelo fio visível da continuidade – a permanência das culturas, que querem e podem sobreviver.

Pergunta-se, isto sim, em que razoáveis condições se realizará o reencontro; e que espécie de verdade forma e informa a história – tomada como um insubstituível processo de reconstruir idealmente o que o tempo destruiu e varreu.

Resta-se explícito que a criticidade é um dos pontos edificantes que deve acompanhar, forçosamente, a análise do conjunto fático que se busca nas terras do passado, evitando-se, assim, a ambiguidade de supostas alegações que jamais existiram.

2.2.1 Idade Antiga – 4.000 a.C até 476 d.C

Em meio a forte atividade comercial das civilizações arcaicas, que se utilizavam das rotas oceânicas como fonte principal de obtenção e geração de riquezas, surgiram grupos de mercenários alcunhados de Povos do Mar. Liderados por graciosos líderes, atacavam as embarcações mercantes, destruindo-as, saqueando-as e lavando consigo todos os bens passíveis de troca ou venda no mercado negro (Drews, 1995, pp. 38-61).

As quantias adquiridas com as empreitadas não somente eram distribuídas entre todos os integrantes, mas também investidas na própria manutenção da atividade criminosa. Isso permitiu que tribos, vilas, cidades, reinos e até mesmo impérios fossem levados à extrema miséria (Killebrew, 2013, p 329-330).

Destaca-se, em Roma, a atuação do líder Públio Clódio Pulcro que organizou um grande grupo de rufiões para aterrorizar seus oponentes políticos através de espancamentos, ameaças, humilhações e torturas (Tatum, 1999, p. 239-240).

Ainda, o líder Marco Licínio Crasso que instituiu a primeira brigada de incêndio, cujo o objetivo, um tanto quanto contraditório, não era o de proteger a população do fogo, mas extorquir os moradores que se encontravam com a casa em chamas, para obrigar-lhes a vender o terreno, condição esta para por termo, pela brigada, ao incêndio (Plutarco, 2007, p.217-2018)

2.2.2 Idade Média – 476 d.C até 1453 d.C

A desastrosa fragmentação política da época possibilitou o desenvolvimento de novos modelos de atuação criminosa.

Se a ocasião faz o ladrão, conforme muito se tem dito por aí, pelas vozes do povo, que muito nos ensina, tem-se aqui nítida inversão da lição. Isso porque, o ladrão fez a ocasião, valendo-se das circunstâncias para aprimorar as práticas até então utilizadas.

Excêntricos grupos de mercenários armados se escondiam nas estradas de terra, atrás de montanhas e rochedos, e atacavam as carroças que ali passavam, desprotegidas, com enormes quantias de mercadorias em mãos. Até mesmo aqueles que se utilizavam de escolta armada não conseguiam escapar da ação dos gatunos (Zmora, 2003, p.3).

Destaca-se, na Inglaterra, a atuação dos notórios líderes James Coterel e Eustace Folville, responsáveis por sequestrar, esquartejar e matar centenas de pessoas (Bellamy, 1964).

Estes criminosos nem sempre eram plebeus discriminados, mas verdadeiros barões ladrões, que se utilizavam de seus próprios soldados para acumular grande quantidade de riquezas.

A história tem seus mistérios.

O homem é um deles.

2.2.3 Idade Moderna – 1453 d.C até 1789 d.C

A ineficiente política de combate às violentas condutas retratadas até então desencadeou enorme aumento das práticas de pirataria.

Diversas ilhas não só foram saqueadas e destruídas como dominadas e fortificadas, erguendo-se, logo após, verdadeiras cidades piratas, centros de proteção, estruturação e ordenação de criminosos. Por muito tempo estas se tornaram palco de batalhas sangrentas entre grupos rivais que lutavam pelas melhores localizações (Lucie-Smith, 1978, p.33).

Os mercenários tinham tanto poder que as grandes potências mundiais, como a França e a Espanha, pagavam altas fortunas para que estes lutassem ao lado de seus soldados nas grandes guerras¹⁶.

Destaca-se, na Inglaterra, a atuação dos excêntricos líderes Edward Teach, Bartholomew Roberts, Anne Bonny e Mary Head. Tantos foram os ataques que estes se tornaram famosos personagens da literatura ocidental (Woodbury, 1951, p. 8)

2.2.4 Idade Contemporânea – 1789 d.C até hoje

¹⁶ Quem muito criticou esta conduta foi Nicolau Maquiavel, na obra intitulada “Il Principe”, publicada em 1542.

Se por um lado o período em questão apresenta a vantagem de diversidade de fontes históricas, ainda não destruídas, total ou parcialmente, pelo tempo, ou mais bem conservadas, em face dos avanços tecnológicos, por outro muito são os fenômenos que podem ser aqui examinados.

Destaco o intrincado problema das facções brasileiras¹⁷.

A política de encarceramento em massa, a falta de investimento em educação e a alta taxa de desemprego, sem prejuízo de inúmeros outros fatores atinentes ao campo da criminologia, resultaram no aumento exacerbado de facções criminosas.

A pretexto de protegerem os mais pobres, estas passaram a ter controle total sobre as favelas e as prisões de todo o território, em pouco menos de duas décadas.

Diante do quadro alarmante, os políticos traçaram diretrizes a serem observadas pelos órgãos de persecução penal. Todavia, os ilustres parlamentares se esqueceram de uma lição básica¹⁸: a violência não se combate com a violência, mas com políticas públicas voltadas para os grupos mais vulneráveis da comunidade.

O resultado é a situação de calamidade que vive o povo nos dias de hoje. Pergunta-se quando é que haverá um verdadeiro colapso do aparato estatal, embora não haja uma resposta certa para isso.

Destaca-se a atuação dos famosos líderes Marcos Willians Herbas Camacho, Luiz Fernando da Costa e Paulo César Silva dos Santos. Vale lembrar que nos maiores meios de comunicação estes ficaram conhecidos como Marcola, Beira-Mar e Linho.

2.3 Conceito legal

O art. 1, §1 considera organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática

¹⁷ Registra-se, lamentavelmente, o Primeiro Comando da Capital (PCC), a Família do Norte (FDN), o Comando Vermelho (CV), os Amigos dos Amigos (ADA), os Inimigos dos Inimigos (IDI), a Gangue da Ponte (GDA) e os Anjos da Morte (ADM).

¹⁸ Lição que pode ser extraída de La Fontaine, na obra intitulada “Fables”, publicada em 1668. Embora este tenha se inspirado nas ideias de Esopo, trasladou-as da oralidade ao papel, imortalizando-as. Destaca-se a fábula “Conseil Tenu Par Les Rats” que nos dá a seguinte moral: conselheiros existem vários, mas voluntários não. Parece-me a situação das diretrizes de política criminal no país.

de infrações cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Malgrado a definição, tem-se no art. 1, §2 nítida cláusula de equiparação. Diz-se que este diploma legal também se aplica às infrações previstas em tratados ou convenções internacionais quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, bem como às organizações terroristas.

Sobre a polêmica em relação às organizações terroristas: vide tópico 2.4.

Destrinchando o objeto de estudo temos os seguintes elementos: a) associação de pessoas; b) estrutura ordenada; c) divisão de tarefas; d) vantagem de qualquer natureza; e) prática de infrações.

Verifica-se, num simples passar de olhos, que o tema é de grande complexidade e exige do estudioso extrema cautela. Qualquer deslize pode dismantelar por completo o instituto, não se aplicando, sequer, o regime jurídico em questão¹⁹.

A palavra “associação”, etimologicamente, corresponde a um substantivo feminino que designa a reunião de pessoas para um interesse ou fim comum. No caso, exige-se, por motivos de política criminal, exclusivamente, o mínimo de quatro pessoas naturais, embora se possa discutir, no plano estritamente jurídico-dogmático, sobre a possibilidade de pessoas jurídicas também se enquadrarem na acepção²⁰.

Lamentavelmente, o ordenamento jurídico se tornou uma colcha de retalhos. O tipo de associação criminosa exige o mínimo de três pessoas e o de associação ao tráfico de drogas exige o mínimo de duas pessoas. Se as diferenças ontológicas são praticamente inexistentes não há razão de ser para tal desinteligência.

Não obstante, tem-se as regras como existentes, válidas e eficazes, e portanto, completamente aplicáveis aos casos concretos.

Entende-se por estrutura ordenada²¹ a necessidade de escalonamento, precário ou não, uniforme ou não, que delimita o âmbito de atuação de cada integrante. Pensa-se numa pirâmide cuja base pertença aos soldados e o topo aos generais, tenentes e demais patentes superiores.

¹⁹ É o caso de infrações com cominação à pena privativa de liberdade ou de prisão simples inferior a quatro anos e de concurso eventual de pessoas.

²⁰ Vide o artigo científico realizado por mim em coautoria com Leonardo Tozarini Mello, sob a orientação de Dr. Everton Luiz Zanella, intitulado “Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas”, publicado em 2018. Trata-se de tema cuja importância tem suas raízes no direito penal econômico. Nota-se que é justamente a partir daqui que surge a necessidade de construção de uma verdadeira teoria geral do crime para as pessoas jurídicas.

²¹ Compara-se, didaticamente, com as peças do jogo de xadrez: o peão, o cavalo, o bispo, a torre, o rei e a rainha. Destarte, cada qual com o seu devido valor.

A divisão de tarefas é consequência natural da estrutura ordenada. As organizações criminosas desenvolvem atividades que demandam grandes investimentos em pessoas e coisas, não tendo sentido, portanto, pensar numa suposta comunhão de tarefas.

É justamente este atributo que permite a esta espécie de criminalidade causar tantos prejuízos a sociedade. A interação entre os diversos membros produz resultados sistemáticos, em larga escala, que sequer são contabilizados pelos órgãos oficiais, quando ocorridos.

A menção a vantagem de qualquer natureza é de grande valia. Evitou-se a discussão existente em diversos tipos²². Destarte, pouco importa se o objetivo da suposta organização criminosa é o de obter proveito econômico, moral, sexual, político ou social, desde que seja ilícito, logicamente.

Vale ressaltar a expressa necessidade de pluralidade de infrações. De nada adiante preencher os demais elementos se não há, pelo menos, duas ou mais condutas criminosas.

E mais: estas devem, certamente, ter cominação legal à pena privativa de liberdade ou prisão simples superior a quatro anos. Todavia, nem mesmo o legislador sabe o critério utilizado para estipular as penas em abstrato. Viola-se, constantemente, o bom senso, com o aumento ou com a diminuição exagerada das penas, esquecendo-se que estas são pressupostos de muitos dos institutos despenalizadores.

Não menos importante, registra-se, também, que a expressão infração compreende os crimes e as contravenções, embora não exista, atualmente, qualquer contravenção com cominação legal à prisão simples superior a quatro anos.

2.4 Espécies

Não há classificação verdadeira ou falsa, mas útil ou inútil diante daquilo que seja posto como objeto de estudo de determinada indagação científica.

Para fins exclusivamente didáticos, utilizo a excelente proposta de Zanella (2016, p. 31/32), que divide o gênero organizações criminosas em quatro espécies: as organizações mafiosas, as organizações em rede, as organizações empresariais e as organizações institucionais.

Nota-se que as organizações terroristas, a despeito de se enquadrem no mesmo regime jurídico, não são consideradas como tal. Trata-se de mera opção metodológica do autor que

²² É o caso da corrupção passiva, por exemplo.

entende existir, nas últimas, mero enfoque ideológico, político ou religioso, mas não econômico, característica principal das demais.

Embora o legislador não tenha dispensado tratamento específico a cada uma delas, a sistematização é de grande valia e deve ser aplaudida. Isso porque, o combate à criminalidade organizada exige dos órgãos de persecução penal medidas específicas com base no tipo de agrupamento que se queira enfrentar.

A utilização de técnicas eficientes contra organizações empresariais, por exemplo, pode ser completamente ineficiente contra organizações institucionais ou contra organizações mafiosas.

É a partir dessa percepção que se dá a especialização²³ dos órgão de persecução penal, a despeito das enormes críticas, influenciadas ainda mais pela intensa crise de recursos financeiros que assola grande parte das unidades da federação.

2.5 Infiltração de agentes

2.5.1 Legitimidade

Denota-se pelo art. 10 que a infiltração de agentes dar-se-á mediante representação do delegado de polícia ou requerimento do órgão ministerial, após manifestação técnica daquele quando solicitada por este.

Ainda, o art. 10, §1 completa que o juiz, antes de decidir, deve proceder, obrigatoriamente, à oitiva do parquet, sob pena de nulidade.

As palavras “requerimento” e “representação”, utilizadas no dispositivo, não se confundem. Sabe-se que o órgão ministerial integra a relação jurídico-processual e, assim, deve requerer. Por outro lado, o delegado de polícia, por não ser parte, mas mero coadjuvante, responsável pelo correto andamento do inquérito policial, deve representar.

Vale ressaltar, também, que a medida não pode ser declarada de ofício pelo juiz, uma vez se trata de meio de obtenção de prova atinente, exclusivamente, à fase policial.

Sobre a legitimidade da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.2.

²³ É o caso do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), setor do Ministério Público do Estado de São Paulo

2.5.2 Momento

A própria natureza da medida indica que se trata de meio de obtenção de prova embrulhado na fase de investigação preliminar.

Embora não haja previsão legal para que se entenda o contrário, o regramento estipulado pelo legislador demonstra que não há espaço para a realização no âmbito do processo judicial.

Sobre o momento da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.3.

2.5.3 Requisitos

Por sua vez, o art. 11 dispõe que os pedidos conterão a demonstração de necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes infiltrados e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infração.

A demonstração da medida, embora de extrema obviedade, tem a função de frear eventuais arbitrariedades que possam surgir no andamento do inquérito policial.

O alcance das tarefas dos agentes infiltrados tem reflexo direto na responsabilidade civil, penal e administrativa dos policiais, que responderão, necessariamente, pelos excessos em que incorrerem.

Os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infração são de extrema importância para a individualização da pena, caso haja prosseguimento do feito com a respectiva denúncia.

Sobre os requisitos da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.4.

2.5.4 Duração

O art. 10, §3 é firme ao estabelecer que a medida terá a duração de no máximo 6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada a sua necessidade.

Embora não haja limite de renovações, tem-se pela simples leitura da regra que a demonstração de sua necessidade no caso concreto é requisito indispensável, que não pode ser subtraído em nenhuma hipótese.

De qualquer forma, não se pode imaginar, diante da atual complexidade das atividades desenvolvidas pelas organizações criminosas, seja o agente capaz de obter todas as provas de uma única tacada.

Sobre a duração da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.5.

2.5.5 Sigilo

É firme o art. 12 no sentido de que o pedido será sigilosamente distribuído. Tal situação está de acordo com a própria natureza do inquérito policial como procedimento inquisitivo.

Caso contrário, ter-se-ia evidente inutilização das diligências preliminares, que ficariam ao alvedrio de inescrupulosos indiciados, capazes de alterar por completo o quadro fático probatório, com o único e simples objetivo de se beneficiar dos órgãos de persecução penal.

Sobre o sigilo da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.6.

3. APONTAMENTOS À LEI 13.441 de 2017

O diploma altera alguns dispositivos legais para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

3.1 Aspectos Constitucionais

O art. 227 estabelece que é dever da família, da sociedade e do poder público assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade²⁴, 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.

Ainda, consagrou-se no art. 227, §3 nítida cláusula de proteção especial²⁵.

²⁴ Vide as seguintes cartas: Portugal (art. 68), Itália (art. 30), Espanha (art. 39), Argentina (art. 75), Paraguai (art. 54) e França (preâmbulo)

²⁵ Vide as seguintes cartas: Peru (art. 4), Uruguai (art. 42), Colômbia (art. 42), Venezuela (art. 76), Cuba (art. 66) e Guatemala (art. 20).

Levando-se em conta estas duas premissas, optou o legislador por estatuir no art. 227, §4 interessante mandado de criminalização²⁶. Segundo este, a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes.

Importa notar que não se trata de medida isolada.

Pelo contrário, o art. 34 do Decreto 99.710 de 1990 veda qualquer espécie de violência perpetrada contra menores, fora ou dentro, das relações familiares. Para tanto, os Estados-partes, e no caso o Brasil, devem criar instrumentos capazes de reduzir os incidentes relacionados ao problema em questão.

Como bem lembra Piovesan (2017, p. 395):

A caracterização dos direitos das crianças e dos adolescentes como direitos humanos realça a inalienabilidade desses direitos e compromete o Estado, tanto no âmbito interno quanto internacional, a respeitá-los, defendê-los e promovê-los.

Tendo em vista que os mais recentes instrumentos internacionais de direitos humanos frisam a indivisibilidade entre os direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, ao considerarem-se os direitos das crianças e dos adolescentes como direitos humanos, eles devem ser garantidos em seu conjunto, sob uma perspectiva integral. Isso implica que o desrespeito a qualquer direito faz com que todos os direitos humanos, de um modo ou de outro, sejam violados, já que estão interligados e a garantia de um direito pressupõe a garantia dos demais direitos humanos.

Tem-se aqui ponto importante e que não pode ser ignorado.

O mecanismo de controle e fiscalização dos preceitos enunciados na convenção se dá através de um comitê específico, cuja competência se exaure na simples análise de relatórios periódicos enviados pelos Estados-partes. Perdeu-se a oportunidade de introduzir no escopo do texto ferramenta capaz de forçar a execução de medidas, cautelares ou não, em face dos respectivos infratores, com o objetivo de evitar a prática de danos de difícil reparação.

De qualquer forma, evidente está a preocupação do legislador com as crianças e adolescentes, fruto de evidente mudança de pensamento na sociedade, que finalmente entendeu serem os menores o futuro da nação²⁷.

3.2 Infiltração virtual de agentes

3.2.1 Rol

²⁶ Vide as seguintes jurisprudências: HC 97.539, rel. Min. Ayres Britto, 1 Turma, DJ 07.08.2009; HC 105.917, rel. Min. Ayres Britto, 2 Turma, DJ 13.06.2011; HC 77.278, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1 Turma, DJ 20.08.1998.

²⁷ 5 A proteção à criança e ao adolescente se confunde com a própria história das religiões. Basta simples visita à Bíblia (19.13 - Εὐαγγέλιον κατὰ Μαθθαῖον) e ao Alcorão (6:151 - aicnâtropmi a abecrep es euq arap سورة الأنعام) do tema.

O art. 190-A estabelece que a infiltração virtual de agentes dar-se-á para investigar os crimes ali previstos.

Sobre a diferença entre rol taxativo e exemplificativo: vide o tópico 4.1.1.

3.2.2 Legitimidade

Da simples leitura do art. 190-A, II, chega-se à conclusão de que tal medida dar-se-á mediante requerimento do parquet ou de representação da autoridade policial, exigindo-se no último caso, a oitiva do órgão ministerial, obrigatoriamente, sob pena de nulidade.

Sobre a diferença entre requerimento e representação: vide o tópico 2.5.1.

Questão tormentosa diz respeito à possibilidade de realização da medida de ofício pelo juiz. Em que pese o exposto linhas atrás, quando da análise da legitimidade no âmbito da infiltração de agentes nos crimes praticados por organizações criminosas, entendo ser cabível, nos crimes contra a dignidade sexual praticados em face de crianças e adolescentes.

Resulta tarefa praticamente impossível retirar informações de jovens vítimas de abuso. Se no curso do inquérito policial, o delegado de polícia simplesmente se manter inerte, ou ainda, se no curso do processo judicial, o órgão ministerial adotar conduta omissiva, caberá ao juiz, com supedâneo no livre convencimento motivado, tomar as atitudes cabíveis em busca da verdade dos fatos.

E não se alegue que tal opção resulta numa tentativa de violação da tão prestigiada imparcialidade. Fechando-se os olhos ao problema, sequer o juiz conseguirá atingir a verdade mínima suficiente para instruir o processo judicial e realizar a função de justiça com a qualidade que dela se espera.

3.2.3 Momento

Questão também polêmica diz respeito à possibilidade de realização da medida no processo judicial. Em que pese o exposto linhas atrás, quando da análise do momento no âmbito da infiltração de agentes nos crimes praticados por organizações criminosas, entendo ser cabível, nos crimes contra a dignidade sexual praticados em face de crianças e de adolescentes.

Embora se trate de meio de obtenção de prova intrinsecamente relacionado à fase policial, deve ter em mente o estudioso que as vítimas menores são incapazes, muitas vezes, de diligenciar as medidas necessárias para a elucidação dos fatos.

Constatando o órgão ministerial que novas informações surgiram, justamente por conta de atos praticados em juízo, como o depoimento da vítima, por exemplo, deve requerer ao juiz que se proceda à infiltração virtual de agentes.

Aliás, tal conduta se enquadra na própria natureza do parquet como órgão duplo. Explica Tornaghi (1959, p. 137, v. 3) que:

Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei. Deve fazê-la cumprir no tempo, na forma, no lugar por ela própria determinados. Mas esta é apenas uma de suas funções e não é a que ele tem como parte. Enquanto parte, cabe-lhe promover a aplicação da lei penal ao acusado, persegui-lo (no sentido técnico, é claro), carrear para o processo todas as provas de sua culpabilidade, chamar a atenção dos julgadores para todas as circunstâncias que possam onerá-lo, agravando a pena ou qualificando o crime.

Destaca-se a importância que o parquet adquiriu nos dias de hoje, fruto de intensos debates proferidos na assembleia nacional constituinte, que o estratificou como órgão de natureza puramente constitucional.

Nota-se que todos os institutos repressivos analisados devem, consequentemente, transcorrer o crivo ministerial, que não somente é parte, mas fiscal e protetor dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

3.2.4 Requisitos

Conforme estabelece o art. 190-A, I, tem-se necessária autorização judicial, após prévia demonstração de necessidade da medida e dos detalhes da operação. O pedido que não contiver a tarefa dos policiais, os nomes ou apelidos dos investigados e os demais dados importantes à questão deve ser rejeitado pela autoridade judicial.

É evidente que muitas vezes os órgãos de persecução penal não têm a real dimensão das condutas praticadas. No âmbito digital, a situação se agrava ainda mais. É justamente por isso que a autorização judicial deve conter a maior quantidade de informações sabidas, sem prejuízo da convalidação dos fatos supervenientes.

Caso seja possível a obtenção de prova por outro método, deve se dar preferência em relação à infiltração virtual de agentes, conforme estabelece a redação do infeliz art. 190-A, §3.

A falta de recursos financeiros dos órgãos de persecução penal impede que grande parte dos crimes praticados sejam solucionados. Não bastasse, muitas das condutas contra a dignidade sexual se consumam às escondidas, sem rastros ou pistas suficientes a embasar eventual condenação judicial.

Valendo-se de meio virtual, supostamente de menor custo, perdeu o legislador oportunidade de estabelecer a sua preferência em detrimento dos demais meios de obtenção de prova.

De qualquer forma, é requisito obrigatório do pedido a demonstração inequívoca de que se trata da única solução cabível naquele momento, mesmo que, em razão da medida, surjam outros meios de obtenção de prova capazes de elucidar a questão.

3.2.5 Duração

O art. 190-A, III estabelece o prazo de 90 dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda 720 dias e que se demonstre a efetiva necessidade da medida.

A regra é clara e não há maiores problemas.

Não cabe a renovação nos casos em que a concreta necessidade não restar comprovada nos autos. Portanto, o juiz deve analisar os pedidos cuidadosamente, sob pena de impor medidas mais gravosas ao acusado do que as realmente necessárias.

Vale anotar que o prazo é completamente adequado ao procedimento. Isso porque, os crimes contra a dignidade sexual praticados virtualmente se encontram, na maioria das vezes, atrás de barreiras sólidas de difícil penetração, exigindo dos órgãos de persecução penal estratégias certas e determinadas, sob pena de total fracasso da operação.

3.2.6 Sigilo

Os tipos que podem ser investigados ou processados mediante a infiltração de agentes na internet dizem respeito a violações de ordem sexual praticadas contra crianças e adolescentes.

Portanto, não há dúvida de que os órgãos de persecução penal, e principalmente, o juiz, conforme disposto no art. 190-B, devem assegurar o necessário sigilo do procedimento.

Destaco trecho de Espinola Filho (1956, p. 494, v. VIII) sobre aspecto pontual do tema na fase de processo judicial:

Todos os atos do processo criminal têm, como traço característico, o aspecto de publicidade, no sentido de que são acessíveis ao público, qualquer pessoa podendo assistir à sua realização, sem outro interesse além da curiosidade.

Entretanto, há uma preocupação de acautelar, sempre, a moralidade e a ordem públicas.

Quando se trata de uma questão de decoro público ou de consideração com o ofendido ou com o próprio réu, visando a prevenir o escândalo, nada impede se realize a portas abertas a sequência do ato processual, partes da audiência ou da sessão, durante as quais não se prevejam a probabilidade de registrar tais inconvenientes.

Nada que já não estivesse consagrado na legislação vigente, sendo, portanto, despicienda a sua repetição.

4 QUESTÃO POLÊMICA

Questão pouco debatida na doutrina diz respeito à possibilidade de aplicação da infiltração de agentes na internet no âmbito das infrações praticadas por organizações criminosas.

Enquanto os juízes e tribunais não estabelecem as diretrizes básicas a serem observadas pelos órgãos de persecução penal, segue nas próximas linhas uma carta de guia aos que desejarem se aventurar na intrincada estrada do tema ora proposto.

4.1 Carta de guia

4.1.1 Interpretação Gramatical

Começo pela mais simples das interpretações, a gramatical, e que muitas vezes, deixada lado pelos intérpretes, resulta num trabalho desnecessário, na busca de outros elementos capazes de solucionar o problema.

Ensina Pereira (1979, p. 114) que:

O processo gramatical exige a posse dos seguintes requisitos:

- 1- conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções variadas de cada uma delas; leis de composição; gramática;
- 2- informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais e estilos do autor; orientação do seu espírito, leituras prediletas, abreviaturas adotadas;
- 3- notícia completa do assunto que se trata, inclusive a história respectiva;
- 4- certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma de suas partes.

Estudando os termos da oração do art. 190-A se percebe que o legislador não vedou a incidência da infiltração de agentes na internet aos demais tipos do ordenamento jurídico.

Por se tratar de regra exposta ao ramo dos menores, limitou-se a elencar as condutas que mais o preocupavam naquela situação e, mais do que isso, naquele momento, levando-se em conta aquelas circunstâncias.

Nada impede, e que fique claro, desde que preenchidos os demais requisitos legais, seja o instrumento estendido aos crimes e contravenções praticados no âmbito de organizações criminosas.

Argumentar o oposto é violar descaradamente a legalidade, uma vez que não há, na redação do dispositivo, qualquer menção expressa à proibição de ampliação dos casos ali previstos.

Conclui-se, portanto, se tratar de rol meramente exemplificativo.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.1.2 Livre Convencimento Motivado

É inconcebível pensar num processo judicial no qual os sujeitos estejam adstritos a modalidades de obtenção de prova predeterminadas pelo legislador. Ter-se-ia o tão odiado sistema de tarifa legal, rechaçado por grande parte das legislações modernas, que o substituíram pelo livre convencimento motivado, há mais de um século.

Contudo, alerta Marques (1961, p. 301-302, v. II) que:

Não se deve, porém, confundir o livre convencimento com o mau uso que dele possa fazer algum juiz energúmeno ou atrabiliário, que desconheça os justos limites de suas funções.

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

Em segundo lugar, cumpre advertir que o juiz, ao sentenciar, deve fazer a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Não se ignora que há uma tendência legislativa moderna de limitar determinados meios de obtenção de prova a determinados tipos de crimes. É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica e de dados bem como da própria infiltração de agentes e da delação premiada.

Todavia, estes episódios devem ser a exceção, sob pena de se transmutarem em regra, situação incabível no quadro jurídico-dogmático atual, que não suporta situações restritivas arbitrárias e, mais ainda, sem qualquer fundamentação lógica, que as justifiquem.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.1.3 Igualdade

Muito se escreve sobre os efeitos da igualdade²⁸ no âmbito das relações jurídicas. Embora seja um termo abstrato de difícil compreensão, torna-se absolutamente imprescindível o preenchimento de seu conteúdo.

Disserta da Silva (2017, p. 214) que:

O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, nascem e perduram desiguais. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação do mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados nominalistas. No polo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta.

Uma posição, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir.

Destarte, deve o legislador dispensar tratamento jurídico semelhante às condutas lesivas de bens jurídicos igualmente importantes.

Se a criminalidade organizada é tão prejudicial quanto os demais tipos expressamente elencados para utilização da infiltração virtual de agentes, carece de sentido objetivo a recusa de sua aplicação.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

²⁸ Discussão indispensável sobre a igualdade presente nos escritos de Immanuel Kant, na obra intitulada “Kritik der reinen Vernunft”, publicada em 1781.

4.1.4 Proporcionalidade

Sobre o preenchimento de conceitos indeterminados: vide o tópico 4.2.3.

Valho-me da impecável definição exposta na decisão proferida em 16 de março de 1971 pelo Bundesverfassungsgericht no leading case Erdölbevorratung:

Das Gesetzgeber eingesetzte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.²⁹

Os meios empregados pelo legislador devem ser adequados e necessários para alcançar os objetivos propostos. Entende-se “adequado” o meio que permite o resultado de maneira satisfatória. Tem-se “necessário” o meio que não pode ser alcançado de outro modo.

Ora, tem-se evidente que a infiltração de agentes na internet é meio de obtenção de prova adequado porque permite que os órgãos de persecução penal, em paridade de armas, possam combater a criminalidade organizada.

Também é necessário porque muitas condutas somente se manifestam virtualmente, tornando-se alheias aos instrumentos legais até então postos à disposição pelo aparato estatal aos órgãos de persecução penal.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.1.5 Ineficiência Estatal

A partir do momento histórico que o Estado monopolizou para si o uso da força, com o objetivo de administrar a justiça, tornou-se o responsável legal, por via reflexa, do cumprimento eficaz, efetivo e eficiente dessa nobre função.

É justamente por isso que se pode afirmar a existência abstrata de um verdadeiro direito referente à proteção contra a criminalidade organizada, que deve ser concretizado pelo aparato estatal, através de seus órgãos de persecução penal, observando-se fielmente o devido processo legal.

Leciona da Rosa (1942, p. 42, v. I) que:

²⁹ Tradução livre: o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado almejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido de outra maneira, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse do menor jeito possível o direito fundamental.

O processo penal tem um duplo fim: um, essencial, estabelecido em prol do interesse social empenhado na punição dos delinquentes; outro, correlativo, estabelecido em prol da tutela do interesse privado e social concernente às garantias individuais, principalmente a da liberdade. Este último interesse é também de natureza pública, porque, no Estado Liberal, as garantias individuais são elementos essenciais na constituição político-jurídica do próprio.

Daí a conclusão de que o fim principal, essencial do processo penal é o de aplicar a pena ao delinquente, de punir todo aquele que tenha perturbado a ordem social, violando uma normal legal.

Quer isso dizer que a duplicidade de função do instrumento processual está intrinsecamente relacionada à própria administração da justiça, sendo cada uma das facetas responsável pela sobrevivência do próprio comando máximo.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.2 Prática forense

Vale anotar que não serão abordados todos os tipos existentes no ordenamento jurídico, mas aqueles que são praticados, com maior frequência, pelas organizações criminosas, e que lastimavelmente, ofendem os bens jurídicos mais importantes.

Sobre a diferença entre crime e contravenção: vide o tópico 2.3.

4.2.1 Homicídio

Os mistérios da vida³⁰ e da morte acompanham o homem desde o momento que este se entende como tal. A capacidade de raciocínio, que se desdobra na formação de juízos, instigou o surgimento de teorias sobre a natureza das coisas³¹, e dentre elas, do próprio ser pensante.

Todavia, ninguém sintetizou tão bem o delito de matar como Hungria (1959, p. 26, v. V):

O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava pelo uso normal dos meios brutais e

³⁰ Estudo polêmico da vida se deu com Friedrich Nietzsche, na obra intitulada “Menschliches, Allzumenschliches”, publicada em 1878.

³¹ 8 Vale dar uma lida nos esparsos achados de Tales de Mileto, Anaximandro de Mileto, Anaxímenes de Mileto, Pitágoras de Samos, Xenófanes de Colofão, Heráclito de Éfeso, Parmênides de Eléia, Zenão de Eléia, Melisso de Samos, Empédocles de Agrigento, Filolau de Crotona, Arquitas de Tarento, Anaxágoras de Clazômena, Leucipo de Mileto e Demócrito de Abdera.

animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

O crimen homicidii constitui um tema preponderante da ciência jurídico-penal. Pode dizer-se que a parte geral do direito penal sistematizado não foi mais do que a generalização dos critérios e princípios fixados pelo direito romano e pelo direito intermédio acerca do homicídio. Por outro lado, o mais vasto capítulo da criminologia é consagrado ao estudo dos criminosos violentos, de que o homicida é o expoente máximo. O problema da criminalidade é, antes de tudo, e acima de tudo, o problema da prevenção e repressão do homicídio.

Talvez o exemplo mais cristalino seja a preocupante situação do sistema carcerário brasileiro, um dos mais precários do planeta, se não o mais.

Os detentos, provisórios ou não, comunicam-se com os seus comparsas, sem maiores dificuldades, utilizando-se de antenas e celulares clandestinos. Tal panorama permite a manutenção das atividades ilícitas fora das celas, desvirtuando os objetivos da execução e impedindo a redução dos índices de criminalidade.

Mas o problema não para por aqui.

Diversos grupos se valem da internet para praticar condutas que desembocam no homicídio.

É o caso do tráfico de pessoas para fins de transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano bem como para fins sexuais. Diversos são os relatos de grupos e comunidades online que se valem da fragilidade humana³² para cometer as maiores atrocidades, que sequer são contabilizadas pelos órgãos oficiais, quando praticadas.

Valendo-se da infiltração virtual de agentes, os órgãos de persecução penal disporão de prestigioso instrumento para intervir nas situações que envolvam risco de vida ou à integridade física e psíquica das vítimas, sem prejuízo da captação de provas para eventual condenação judicial, caso seja necessário.

4.2.2 Crimes Contra o Sistema Financeiro

É de conhecimento geral que a criação de mecanismos de proteção e controle do sistema financeiro de determinado país, por menor que seja, tornou-se uma exigência mundial. Há amplo consenso na comunidade internacional sobre a importância de estabelecer diretrizes a serem fixadas para que este seja verdadeiramente respeitado.

³² A fragilidade humana foi magistralmente retratada por Sigmund Freud, na obra intitulada “Das Unbehagen in der Kultur”, publicada em 1930.

Mas atenção: a dita regulamentação não pode ter o condão de enrijecê-lo por completo, inviabilizando-o.

A premissa básica de qualquer mercado financeiro é a igualdade de oportunidades entre os investidores. Isso quer dizer que os riscos e ganhos devem ser compartilhados por todos, sem exceção. Assim, o capital interno e externo permanece em rotatividade e fomenta as relações econômicas, equilibrando a economia.

Entende-se por instituição financeira a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha como atividade, principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, a emissão, a distribuição, a negociação, a intermediação ou a administração de valores mobiliários.

Inclui-se na definição a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos financeiros de terceiros, bem como a pessoa natural que exerça qualquer uma das atividades supramencionadas.

Tornou-se praxe nos dias de hoje a prática reiterada de condutas ilícitas por parte de administradores, gerentes, sócios e diretores de grandes instituições financeiras. Valendo-se da alta influência do cargo, emprego ou função que ocupam, utilizam-se das mais inusitadas medidas imorais e ilegais para enriquecer.

Cita-se, por exemplo, os crimes¹¹ de gestão fraudulenta, apropriação indébita financeira, gestão temerária, cobrança de juros ou comissões extorsivos, contabilidade paralela, falsidade de demonstrativo contábil, sonegação de informação às autoridades competentes, desvio de bens indisponíveis, declaração falsa de crédito, concessão de empréstimo ou adiantamento ilegais e de evasão de divisas.

Em todos estes casos, tem-se a infiltração virtual de agentes como excelente meio de obtenção de prova, capaz de prevenir e reprimir as condutas ilícitas praticadas no meio ambiente digital. Isso porque, grande parte dos atos preparatórios e executórios podem se manifestar através de e-mails, mensagens, ligações, grupos e comunidades online.

É o caso de divulgação de informação falsa ou prejudicial. Basta simples publicação na rede mundial de computadores para que o conteúdo seja compartilhado por um número inimaginável de pessoas, através de instrumentos de publicidade e marketing, disponíveis gratuitamente aos usuários, e que pode ser facilmente descoberta pelos agentes infiltrados.

Talvez, num futuro não tão distante, estas infrações sejam praticadas totalmente por vias eletrônicas. Quer isso dizer que não haverá mais espaço para a infiltração física de agentes, se é que assim podemos chamá-la.

4.2.3 Crimes Contra a Ordem Tributária

Um dos mais importantes instrumentos que se tem valido a economia capitalista para sobreviver é a tributação.

O tributo tem como objetivo primordial permitir que o aparato estatal realize as suas funções sociais com zelo e excelência, uma vez que não se pode admitir, ao menos na ordem vigente, que o Estado monopolize as atividades econômicas para que obtenha recursos financeiros próprios.

Também se tornou praxe nos dias de hoje a prática reiterada de condutas ilícitas por parte de administradores, gerentes, sócios e diretores de grandes pessoas jurídicas de direito privado. Valendo-se da alta influência do cargo, emprego ou função que ocupam, utilizam-se das mais inusitadas medidas imorais e ilegais para sonegar o fisco.

Cita-se, por exemplo, os crimes¹² de supressão ou redução de tributo, que se desdobram em diversas condutas e a declaração falsa ou a omissão de declaração sobre rendas, bens ou fatos, para eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de obrigação que seja devida.

Em todos estes casos, tem-se a infiltração virtual de agentes como excelente meio de obtenção de prova, capaz de prevenir e repreender as condutas ilícitas praticadas no meio ambiente digital. Isso porque, grande parte dos atos preparatórios e executórios podem se manifestar através de e-mails, mensagens, ligações, grupos e comunidades online.

É o caso de utilização ou divulgação de programa de processamento de dados que permite ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é fornecida às autoridades fazendárias.

É de suma importância que os agentes infiltrados encontrem o paradeiro dos revendedores desses tipos de software, que se utilizam de sites spiders, com o objetivo de divulgar e vender os produtos, sem serem descobertos.

4.2.4 Crimes Contra o Mercado de Capitais

O mercado de capitais também se tornou alvo de condutas ilícitas praticadas por parte de administradores, gerentes, sócios e diretores de grandes pessoas jurídicas de direito público e privado. Valendo-se da alta influência do cargo, emprego ou função que ocupam, utilizam-se das mais inusitadas medidas imorais e ilegais para desestabilizar os valores mobiliários.

Cita-se, por exemplo, os crimes¹³ de manipulação do mercado de capitais e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função.

Em todos estes casos, tem-se a infiltração virtual de agentes como excelente meio de obtenção de prova, capaz de prevenir e repreender as condutas ilícitas praticadas no meio ambiente digital. Isso porque, grande parte dos atos preparatórios e executórios podem se dar através de e-mails, mensagens, ligações, grupos e comunidades online.

É o caso de uso indevido de informação privilegiada.

Destaca Conde (2017, p. 459) que:

Un conocimiento privilegiado de la situación económica derivado del ejercicio de una determinada actividad puede colocar un sujeto en situación de preeminencia respecto al resto de los ciudadanos y ello llevarle a aprovecharse de la situación para su lucro personal. Se rompe así un principio básico de la economía de mercado cual es que todas las partes concurrentes al mismo se encuentren en condiciones de igualdad. Esto especialmente importante en relación con un sector de la economía como es el mercado de valores, sensible por definición a toda clase de especulaciones, rumores y noticias de todo tipo que pueden influir en el ánimo de los inversores para decidirles a realizar una determinada operación de compra o venta de acciones. Es justamente en ese ámbito donde surgió la preocupación por evitar que el abuso de información privilegiada pudiera beneficiar a unos pocos a costa de la ruina de muchos y del descrédito del propio mercado.³³

Quer isso dizer que os agentes infiltrados terão maior probabilidade de êxito se percorrem o caminho da informação e a estancarem na fonte.

³³ Tradução livre: Um conhecimento privilegiado da situação econômica derivado do exercício de uma determinada atividade pode colocar um sujeito em situação de respeito preeminente em relação ao resto dos cidadãos y fazê-lo estar em situação mais proveitosa para o seu lucro pessoal. Rompe-se, assim, um princípio básico da economia de mercado, qual seja, de que todas as partes concorrentes se encontrem em condições de igualdade. Isto é especialmente importante em relação com um setor da economia como é o de mercado de valores, sensível por definição à todas as classes de especulações, rumores e notícias de todo tipo que podem influir no ânimo dos investidores para se decidir a realizar uma determinada operação de compra e venda de ações. É justamente nesse âmbito que surgiu a preocupação de evitar que o abuso de informação privilegiada pudesse beneficiar uns poucos perante a ruína de muitos e o descrédito do próprio mercado.

5 CONCLUSÃO

Valendo-se da carta de guia nos termos ora propostos, espera-se que os órgãos de persecução penal estejam munidos de instrumentos modernos no que diz respeito ao combate às infrações praticadas por organizações criminosas. Embora a regulamentação sobre a infiltração virtual de agentes apresente lacunas, que não são poucas, pode-se dizer que os pontos listados simbolizam verdadeira bússola a guiar os passos daqueles que se proporem a malparar-se na questão.

Transborda-se a obscuridade presente no regramento oferecido à modalidade virtual, que perpassa a natureza do rol das infrações que a admitem, alargando-se na legitimidade, momento e requisitos, desembocando-se, finalmente, na duração e no sigilo da medida. Todos estes itens foram analisados, minuciosamente, à luz da divisão manifestada no documento: a interpretação gramatical, o livre convencimento motivado, a igualdade, a proporcionalidade e a ineficiência estatal.

No seio da discussão, brotou-se evidente que a aplicação da modalidade virtual às demais infrações praticadas por organizações criminosas não somente encontra respaldo legal, desde que conjuntamente sistematizados os pontos mencionados, como converge com a política atual de combate à criminalidade organizada, que se tornou um dos pontos cardeais da segurança pública.

De qualquer forma, não se ignora que haverá divergência de posicionamento, mas é justamente a partir da crítica democrática que se pode atingir os objetivos científicos. Nada impede que alguns aspectos sejam contestados, outros reestruturados, contanto que o objeto da indagação, qual seja, a utilização da modalidade virtual no crimes praticados pelas organizações criminosas, permaneça no centro da metodologia apresentada.

6 REFERÊNCIAS

BELLAMY, John. **The Coterel Gang: An Anatomy of a Band of Fourteenth-Century Criminals**. The English Historical Review, 1964.

BENDA, Ernest. **Manual de Derecho Constitucional**. 1ª edição. Editora Marcial Pons, 1996.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. 21ª edição. Editora Vozes, 2009.

CALMON, Pedro. **História do Brasil**. 1ª edição. Editora José Olympio, 1959.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal Especial**. 21ª edição. Editora Tirant lo Branch, 2017.

DA ROSA, Inocêncio Borges. **Processo Penal Brasileiro**. 1ª edição. Editora Globo, 1942.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª edição. Editora Malheiros, 2017.

DREWS, Robert. **The End of the Bronze Age: Changes in Warfare and the Catastrophe of ca. 1200 B.C.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 4ª edição. Editora Borsoi, 1956.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª edição. Editora Forense, 1959.

KILLEBREW, Ann. **The Philistines and Other "Sea Peoples" in Text and Archaeology**. Society of Biblical Literature Archaeology and Biblical Studies, 2013.

LUCIE-SMITH, Edward. **Outcasts of the Sea: Pirates and Piracy**. Paddington Press, 1978.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª edição. Editora Forense, 1961.

PEREIRA, Carlos Maximiliano. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. 9ª edição. Editora Forense, 1979.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 10ª edição. Editora Saraiva, 2017.

PLUTARCO. **Vidas paralelas V: Lisandro - Sila - Cimón - Lúculo - Nicias - Craso**. Editorial Gredos, 2007.

TATUM, W. Jeffrey, **The Patrician Tribune: Publius Clodius Pulcher**. University of North Carolina Press, 1999.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. 1ª edição. Editora Forense, 1959.

WOODBURY, George. **The Great Days of Piracy**. New York: W. W. Norton & Company, 1951.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Editora Juruá, 2016.

ZMORA, Hilla. **State and Nobility in Early Modern Germany: The Knightly Feud in Franconia, 1440–1567**. Cambridge University Press, 2003.

Omar Ali Ayoub

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP)

Especializando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP)

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP)

Membro da Associação de Advogados de São Paulo (AASP)

Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

Membro do Grupo de Pesquisa Impunidade Criminal (CNPq)

Advogado regularmente inscrito na Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP)

oaliayoub@gmail.com

Recebido em 21/03/2021

Aprovado em 06/06/2021