

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**GABRIELA GEBRAN SCHIRMER**

**INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA:  
COMPATIBILIDADE ENTRE AS NECESSIDADES PRÁTICAS E O SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**CURITIBA  
2018**

**GABRIELA GEBRAN SCHIRMER**

**INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA:  
COMPATIBILIDADE ENTRE AS NECESSIDADES PRÁTICAS E O SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemim Guimarães

**CURITIBA  
2018**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**GABRIELA GEBRAN SCHIRMER**

**INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA:  
COMPATIBILIDADE ENTRE AS NECESSIDADES PRÁTICAS E O SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora:

**Orientador: Prof.** \_\_\_\_\_

**Avaliador: Prof.** \_\_\_\_\_

**Curitiba, de de 2018.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1. A DUPLA-FACE DO DIREITO PENAL: O DEVER ESTATAL DE SEGURANÇA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS</b> .....	7
<b>2. CARACTERÍSTICAS E DIFICULDADES INVESTIGATIVAS DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA</b> .....	18
2.1 Características da Criminalidade Organizada .....	18
2.2 Particularidades Investigativas .....	25
<b>3. COMPATIBILIDADE ENTRE AS NECESSIDADES PRÁTICAS E O SISTEMA PROCESSUAL DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	29
<b>4. CONCLUSÕES</b> .....	47

## **Resumo**

A segurança dos cidadãos é razão fundante do Estado e, portanto, dever primordial deste. Mas sua atuação deve ser limitada de forma que não seja ele mesmo um violador de direitos. Dentro de certos limites, então, é necessária a atuação efetiva do Estado. Em termos de Direito Penal, isso só pode ocorrer se a investigação for adequada. No entanto, a nova criminalidade organizada tem particularidades para os quais o sistema investigativo tradicional se mostra inapto. Neste aspecto, o presente trabalho procura a compatibilização entre o sistema processual penal de um Estado Democrático de Direito e as novas necessidades práticas de compreensão do crime organizado.

Palavras-chave: criminalidade organizada, crime organizado, investigação, métodos ocultos, racionalidade investigativa.

## **Abstract**

Citizens' security is the founding reason of the State's creation and, therefore, its primary duty. But its actions must be limited so it doesn't violate people's rights itself. Within certain limits, then, the effective action of the State is necessary. In terms of criminal law, this can only occur with an appropriate investigation. However, the new organized crime has particularities for which the traditional investigative system is unfit. In this aspect, the present work seeks the compatibility between the criminal procedural system of a Democratic State under the Rule of Law and the new practical needs to understand organized crime.

Key-words: organized crime, investigation.

## Introdução

Segundo a teoria do contrato social, homens livres teriam criado o Estado com a finalidade de se proteger da atuação arbitrária uns dos outros. Para isso esta nova entidade é dotada de poder coercitivo. Mas este precisa ser limitado – caso contrário, o próprio Estado se torna violador dos direitos que busca assegurar. No Direito Penal é que esta tensão entre a necessidade de contenção do poder estatal e a imperiosidade de atuação protetiva se mostra mais evidente. Porque, ao mesmo tempo, tutela aquilo que é considerado mais relevante para a sociedade (os bens jurídicos penais), e permite a interferência mais intensa do Estado na esfera de direitos do cidadão. A análise de qualquer questão penal ou processual penal deve sempre ter em mente esta dualidade.

Para bem cumprir sua missão, é imperioso que o Estado tenha diante de si um sistema efetivo de aplicação do Direito. E para isso é necessária uma boa investigação. No entanto, o fenômeno da nova criminalidade organizada tem imposto desafios para os quais o modelo tradicional idealizado para a fase de inquérito não é adequado. Isto porque o crime organizado hoje tem particularidades que exigem uma lógica investigativa própria, em outro tempo, por outros meios e com outro raciocínio. O método clássico de investigação tem se mostrado falho para a compreensão desta forma de criminalidade, e a necessidade de adequação é evidente.

Busca-se, então, a compatibilidade entre a necessidade de investigação efetiva deste fenômeno criminal – com as suas particularidades práticas –, e o arcabouço teórico constitucional do Estado Democrático de Direito de proteção ao cidadão em face de possíveis arbitrariedades do poder estatal.

Descartando qualquer opção extremada, bem como a ideia de cisão entre dois modelos de processo penal, entende-se que, dentre as soluções que se apresentam atualmente, a postura mais adequada seria a manutenção do modelo vigente com a admissão, em casos excepcionais, de meios de prova mais invasivos, que se submetem a uma série de restrições legais.

## 1. A dupla-face do Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o dever estatal de segurança e os direitos individuais

O Estado é elemento estruturante da organização social. Por uma perspectiva contratualista, este se forma a partir do momento em que os indivíduos em estado de natureza aceitam abrir mão de parte de suas liberdades para se submeter a um poder organizado que lhes permitiria uma convivência mais segura. Melhor explicando, a alegoria hobbesiana ilustra seres humanos que viveriam de forma desorganizada, sendo completamente livres, mas suscetíveis, a todo tempo, a riscos. A convivência desregrada levaria a uma guerra permanente “de todos contra todos”; imperaria a “lei do mais forte” e o perigo seria constante. Para se proteger – a si mesmo e a seus interesses –, teria havido um acordo: a troca de parte da liberdade de cada um (que antes era total), pela segurança<sup>1</sup>.

Por este rápido quadro, percebe-se que a ideia de proteção em face de possíveis ataques de uns aos outros é o que justifica a própria existência do Estado. Pode ser dito que “a garantia de segurança é condição da sujeição”<sup>2</sup>. Ou seja, a salvaguarda do que hoje chamamos de *direitos* é elemento essencial e fundante da estrutura social, é condição necessária para sua existência.

Em um primeiro momento o Estado surge como forma de proteção em face das ações de outros seres humanos – pois se nem sequer existia um Estado, ou um soberano, como o povo poderia requerer a proteção em face dele? –, mas com o tempo sofreu diversas transformações<sup>3</sup>. Merece destaque uma análise a partir das revoluções liberais do século XVIII, que surgiram em resposta aos regimes absolutistas até então vigentes.

Estas revoltas burguesas consagraram um modelo de Estado mínimo, o Estado liberal. A ideia era proteger o cidadão em face das arbitrariedades praticadas pelos governantes. Com isso, sedimentaram-se os direitos individuais, depois chamados de

---

<sup>1</sup> A este respeito DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

<sup>2</sup> BALTAZAR JR., José Paulo. Limites Constitucionais à Investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio e TAQUES, Pedro (coords.). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

direitos humanos de primeira geração. De uma forma geral, diz-se que estes visam o “não-fazer” estatal, consagram liberdades individuais. O marco teórico deste período foi o pensamento iluminista, destacadamente individualista e antropocêntrico. O Estado era visto como uma entidade limitadora de direitos e, assim, quanto menos interferisse na vida dos cidadãos, melhor<sup>4</sup>. Neste contexto foram editados importantes documentos que consagraram os direitos e liberdades do indivíduo, garantindo a limitação do Estado.

Cumprido frisar, entretanto, que mesmo nessa época – em que o principal objetivo dos movimentos sociais era a contenção do poder – se reconhecia que a garantia de segurança pública era tarefa de competência estatal. Ou seja, até no período de maior restrição à atividade do Estado, o dever de atuar para assegurar os direitos individuais – ameaçados pela própria coexistência de seres humanos – incumbia ao poder público<sup>5</sup>. Veja-se que as reivindicações liberais visavam a maior liberdade individual. Porém, esta precisa de condições para ser exercitada. É necessário um respeito mútuo entre os cidadãos. Mesmo os documentos jurídicos produzidos neste período, verdadeiras cartas de liberdades iluministas<sup>6-7</sup>, são expressos ao elencar a segurança como um dever estatal. Como exemplo, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)<sup>8</sup>; a Declaração de Direitos

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 149-158.

<sup>5</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: A Busca de uma Exegese Emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45; BALTAZAR JR., op. cit., p. 187-188.

<sup>6</sup> A este respeito José Afonso da Silva: ““As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. [...] as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como *liberdades-resistência* ou como meio de limitar o poder, que, então, era absoluto. No entanto, o desenvolvimento industrial e a consequente formação de uma classe operária logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas *liberdades formais*, de sentido negativo, como resistência e limitação ao poder”. SILVA, op. cit. p. 159.

<sup>7</sup> A expressão “carta de liberdade” é usada por Eduardo Cambi em CAMBI, op. cit., p. 29

<sup>8</sup> Dispõe que: “todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. **Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados;** que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para **realizar-lhe a segurança e a felicidade**”. Original sem grifos. DECLARAÇÃO de Independência dos Estados Unidos da América = United States Declaration of Independence. 04 de julho de 1776. Disponível em: <[http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)>. Acesso em 06 de dezembro de 2017, às 15:14.

da Virgínia (1776)<sup>9</sup>; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)<sup>10</sup>; e a Constituição dos Estados Unidos (1789)<sup>11</sup>.

Com a revolução industrial e os abusos dela decorrentes, surgiram os movimentos sociais e a necessidade de interferência estatal para a proteção dos grupos vulneráveis. Havia ainda a necessidade de minimizar os impactos negativos da Primeira Guerra e auxiliar a sociedade a se reconstruir. Percebeu-se que a ampla liberdade levava ao abuso dos grupos sociais mais favorecidos e fez-se imperiosa a atuação do Estado para garantir os direitos de todos os cidadãos. Houve, então, uma mudança de paradigma, deixando-se de lado a concepção do Estado como um agressor de direitos para vê-lo como um efetivador destes. Não mais se buscava resguardar direitos *em face* do Estado, mas sim *através* do Estado; a abstinência estatal se mostrou disfuncional, passando a sociedade a *exigir a atuação* do poder público. Foram assegurados os direitos sociais, chamados de direitos humanos de segunda geração. Não mais apenas aquelas liberdades mínimas, mas deveres de prestações positivas estatais para garantir uma boa vida aos seus cidadãos.

Após as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, a sociedade ocidental passou por nova transição. Foi preciso consolidar direitos humanos. Direitos que abrangem as conquistas dos Estados liberal e social, mas vão além. Os países passaram por processos de democratização e constitucionalização. E houve, ainda, um movimento de internacionalização do Direito. A soberania perdeu alguns de seus traços, admitindo cada vez mais acordos internacionais como fontes de direito<sup>12</sup>. O ser humano passou a ser considerado, por si, digno. E neste paradigma é que se

---

<sup>9</sup> Seu número III estabelece “Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, **para proveito comum, proteção e segurança do povo**, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e **segurança** [...]”. DECLARAÇÃO de Direitos do Bom Povo da Virgínia = Declaration of Rights Made by the Representatives of the Good People of Virginia. 16 de julho de 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em 05 de dezembro de 2017, às 21:32.

<sup>10</sup> Nos termos do artigo 2º “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”. DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão = Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. 26 de agosto de 1789. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 06 de dezembro de 2017, às 15:30.

<sup>11</sup> Em seu preâmbulo, são colocadas como finalidades do Estado “estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade”.

<sup>12</sup> DALARI, op. cit., p. 68- 69.

fundam as modernas constituições, na dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>, na pessoa como um fim em si mesma<sup>14</sup>. Surgem os direitos humanos de terceira geração, que têm como característica principal sua titularidade difusa, coletiva<sup>15</sup>. É esta primazia dos direitos humanos fundamentais – direitos mínimos para o desenvolvimento dos cidadãos<sup>16</sup> – que marca os atuais Estados Democráticos de Direito.

Existem ainda traços do Estado liberal e do modelo social. Asseguram-se os direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações. As cartas constitucionais assumem o papel jurídico central. Por elas, ao mesmo tempo aos cidadãos são outorgados direitos e impostos deveres de respeito entre si. As garantias individuais em face das possíveis arbitrariedades do Estado permanecem (proibição do excesso), mas ao mesmo tempo se impõe o dever de atuação estatal contra ações de terceiros (proibição da proteção insuficiente<sup>17</sup>).

Exige-se o agir estatal para assegurar direitos em face de condutas alheias (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), por outro lado, que o próprio Estado se mantenha dentro de determinados limites e não lese o cidadão (eficácia vertical)<sup>18</sup>. Por esta razão, a Constituição contém, além dos direitos individuais, mandados de incriminação<sup>19</sup>. De certa forma, estes representam uma garantia<sup>20</sup> de

---

<sup>13</sup> Acerca da dignidade da pessoa humana: “Trata-se do direito individual indisponível, intimamente ligado à autonomia e autodeterminação de cada pessoa, mas também relacionado à igualdade entre os homens e à garantia de um mínimo vital. Trata-se de limite e tarefa de persecução estatal porque, ao mesmo tempo em que estabelece a defesa dos direitos individuais, especialmente da liberdade física e intelectual, a dignidade da pessoa humana, também funciona como dever do Estado guiar-se visando garantir a cada um o pleno exercício da dignidade e o mínimo para viver.” – GEBRAN NETO. op. cit. p. 49.

<sup>14</sup> O respeito à dignidade da pessoa humana é requisito essencial para a caracterização de um Estado como Estado de Direito. É sobre este conceito que se deve construir toda a hermenêutica jurídica, a fim de se chegar a uma interpretação democrática, na qual o ser humano, como fim em si mesmo, seja sempre primordial. A este respeito: Ibid. p. 51.

<sup>15</sup> BRANCO. Paulo Gustavo Bonet. Direitos Fundamentais: Tópicos de Teoria Geral. In: BRANCO e MENDES, Paulo Gustavo Gonet; Gilmar Ferreira. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 310

<sup>16</sup> GEBRAN NETO, op. cit.

<sup>17</sup> Conceito advindo da tradição jurídica alemã (Untermassverbote) – MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO e MENDES, Paulo Gustavo Gonet; Gilmar Ferreira. op. cit. p. 412.

<sup>18</sup> CAMBI, op. cit., p.33-34; GEBRAN NETO, op. cit. p. 164

<sup>19</sup> Neste sentido pertinente o apontamento de Paulo Gustavo Gonet Branco: “Há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma pretensão de natureza jurídica. O objeto do direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de organização e de procedimento.

Assim, a Constituição, por vezes, estabelece, diretamente, a obrigação de o Estado editar normas penais para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais [...]”. in BRANCO, op. cit. p. 335.

<sup>20</sup> BALTAZAR JR. loc. cit.

que aquilo que é mais valorizado pela sociedade será tutelado pelo braço mais forte do Estado. Ou seja, em alguma medida, a atuação penal é um direito do cidadão<sup>21</sup>. Neste sentido, Luciano Feldens:

A função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* manifesta-se na dedução de *deveres de proteção*, consistentes na necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais. Esses deveres (estatais) de proteção revelam-se como consequência primária da atribuição ao Estado do monopólio da força em um ambiente social em que a autodefesa dos particulares é, em princípio, vedada; em contrapartida, o Estado que reivindica esse poder obriga-se a garantir a proteção de seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros.<sup>22</sup>

Em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de assegurar o respeito aos direitos mais básicos de toda pessoa, dispõe em seu artigo 3º que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”<sup>23</sup>. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também elenca a segurança como direito humano, e permite restrições a liberdades quando necessárias para o resguardo de direito alheio<sup>24</sup>. A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos estabelece a necessidade de vida isenta de temor (preâmbulo), além de expressamente elencar o direito à segurança (artigo 7º) e estabelecer que toda pessoa tem deveres para com a sociedade. Por este documento, os Estados signatários se comprometem a atuar positivamente no sentido de proteção dos direitos humanos<sup>25</sup>. A Constituição brasileira, mais precisamente, elenca no *caput* do seu artigo 5º, a inviolabilidade de alguns direitos, além de expressamente citar o direito à

---

<sup>21</sup> BALTAZAR JR. op.cit. p. 191.

<sup>22</sup> FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: a imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In CUNHA; GOMES e TAQUES, op. cit. p. 229.

<sup>23</sup> DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos = The Universal Declaration of Human Rights. 10 de dezembro 1948. Disponível em <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em 03 de dezembro de 2017, às 19:15.

<sup>24</sup> A este respeito o artigo 18, nº 3: “A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”. PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. 16 de Dezembro de 1966. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em 30 de novembro de 2017, às 12:05.

<sup>25</sup> CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). 22 de novembro de 1969. Disponível em <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em 30 de novembro de 2017, às 10:48.

segurança<sup>26</sup>. No inciso XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, garante a atuação judicial em defesa dos direitos de cada cidadão. Trata-se de um imperativo de tutela expresso. O direito à segurança é reforçado pelo artigo 144, que o coloca como dever estatal, direito e responsabilidade de todos<sup>27</sup>. Não pode, então, o Estado manter-se inerte frente a violações de direitos. Além destes mandados genéricos, a Carta Magna traz mandados de criminalização. É o caso dos incisos XLI a XLIV do artigo 5<sup>o</sup><sup>28</sup>; do artigo 7<sup>o</sup>, inciso X<sup>29</sup>; artigo 225, §3<sup>o</sup><sup>30</sup>; e artigo 227, §4<sup>o</sup><sup>31</sup>.

A existência de direitos, em si, traz limitações à liberdade, uma vez que gera o comprometimento de observância do direito alheio. Restrição esta aceita para a autopreservação. A própria ideia de Estado, então, traz direitos e deveres para os cidadãos. Um tem o dever de não lesar o outro. Este é o compromisso assumido no contrato social. No entanto, de nada adianta acreditar que todos os seres humanos conviverão em harmonia simplesmente por uma pretensa adesão a um pacto hipotético, ou mesmo pela previsão constitucional de respeito mútuo. Faz-se necessário dotar o Estado de um conjunto de regras coercitivas que, de alguma forma, obriguem estes indivíduos a não lesar uns aos outros<sup>32</sup>. O descumprimento sempre existirá. A imperatividade depende da sanção para o caso de seu descumprimento (prevenção geral)<sup>33</sup>. Legitima-se, portanto, a interferência do Estado na esfera de direitos dos seus cidadãos – imposição de pena àqueles que firmam o pacto, ou seja, àqueles que de alguma forma extrapolem os limites de sua liberdade e prejudiquem

---

<sup>26</sup> Art. 5<sup>o</sup> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

<sup>27</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

<sup>28</sup> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

<sup>29</sup> Art. 7<sup>o</sup> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: X - proteção do salário na forma da lei, **constituindo crime sua retenção dolosa**. Grifou-se.

<sup>30</sup> As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>31</sup> A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

<sup>32</sup> CAMBI, op. cit., p. 215.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais do Direito Penal. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Verga: Lisboa, 1998.

seus semelhantes de forma não aceita – para que a função de proteção seja devidamente cumprida. Assim, todo direito sancionatório tem em si uma dupla dimensão: ao mesmo tempo representa a proteção dos cidadãos e uma agressão estatal a este (pena).

A criação do Estado retira dos indivíduos a possibilidade de fazer valer a sua vontade por seus próprios meios e institui uma ordem, pela qual todos devem se respeitar mutuamente. Com isso, chama para si o monopólio do uso da força. E este traz consigo a necessidade de atuação diante da lesão a direitos. Quando um cidadão ultrapassa os limites impostos à sua liberdade e prejudica a outrem, é imperativo que o Estado aja, para assegurar o ideal pacífico de sua criação. É por isto que se permite a coercitividade, para fazer valer as imposições que regem a convivência social e impedir o retorno ao estado de natureza.

A tutela de direitos pelo Estado se dá em vários níveis. Ao mais agressivo deles chamamos Direito Penal<sup>34</sup>. Este estrato jurídico é o que permite a invasão mais profunda do Estado na esfera pessoal do cidadão e, justamente por isso, será o mais limitado. Sua utilização é necessária quando estão em causa os valores considerados mais caros àquela sociedade: os chamados bens jurídicos penais<sup>35</sup>. É para a proteção destes que se admite o Direito Penal<sup>36</sup>. É esta a sua justificativa. E será seu eterno dilema. A permissão da violência estatal para a negação da violência individual. É claro que aquela será justificada a partir do momento em que não for arbitrária, respeitando os limites auto impostos pela sociedade (através, atualmente, das cartas constitucionais). Só será válida uma incriminação se a conduta proibida colocar em causa o livre desenvolvimento do indivíduo<sup>37</sup>. Ou seja, não pode o legislador restringir a liberdade de ação através do Direito Penal conforme sua vontade, mas apenas enquanto visar cumprir adequadamente a missão protetora imposta ao Estado<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. O conceito de Bem Jurídico como Padrão Crítico da Norma Penal Posto à Prova. Tradução revista por Jorge de Figueiredo Dias. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n. 23. p. 1-37. Coimbra: 2013.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Id. 1998.

<sup>37</sup> Id. 2013.

<sup>38</sup> A análise dos fundamentos filosófico-jurídicos do Direito Penal ultrapassaria muito as pretensões deste trabalho. De forma que o ponto a ser aqui destacado é justamente esta dualidade: a limitação justificada a direitos como forma de garantir direitos. O Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos.

Viu-se que a proteção do indivíduo é dever do Estado. E que o uso dos meios para a sua efetivação é ao mesmo tempo legitimado e limitado pela Constituição<sup>39</sup>. Neste sentido, a aplicação desmedida da força é inadmissível. Não pode ser o próprio Estado (criado como uma entidade protetora) aquele que lesa os direitos do cidadão. Por isso tão importantes os limites constitucionais. A partir do momento em que se funda a organização social na dignidade da pessoa humana, jamais poderia se admitir que o Estado não respeitasse cada indivíduo como um fim em si mesmo<sup>40</sup>, que não se contivesse no exercício da força. São as duas faces da proporcionalidade da atuação estatal: a proibição de excesso, por um lado; e a proibição à proteção insuficiente, por outro. Enquanto a primeira visa frear o Estado, evitando arbitrariedades, a segunda preza pela função assecuratória deste – razão essencial de sua criação.

O ponto extremo desta análise, como mencionado, é o Direito Penal. Este existe para proteger os direitos tidos como mais essenciais para um grupo social. Assim, a proteção insuficiente destes representaria uma grave falha por parte do Estado, o descumprimento de sua finalidade primordial. Não proteger direitos fundamentais é também uma forma de lesá-los. Todavia, sabe-se que as consequências do Direito Penal são as mais gravosas possíveis dentro do Estado Democrático de Direito e, assim, representam por si uma agressão. O excesso na aplicação do Direito Penal é o retrato da arbitrariedade estatal, e não pode ser admitido. Percebe-se, então, a tensão entre estas duas dimensões do mesmo princípio, os dois principais deveres do Estado. Neste sentido:

[..] o direito penal atua como expressão do dever de proteção do Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. A tipificação de delitos e a atribuição de pena também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não-tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade vedação da insuficiência.

---

<sup>39</sup> BECK, Francis Rafael. A Criminalidade de Colarinho Branco e a Necessária Investigação Contemporânea a Partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “andar de cima”. Tese de Doutorado apresentada à Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. 2013. p.74.

<sup>40</sup> DALLARI. op. cit. p. 72.

Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes. Nesse universo, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência.<sup>41</sup>

O limite entre a ação devida e a grave violação de direitos (por arbitrariedade ou por falta de proteção necessária) é tênue, e qualquer ultrapassagem dele é extremamente gravosa. Trata-se do conflito entre o direito fundamental coletivo à segurança e o individual. Esta dupla face poderia ser sintetizada na ideia de que é preciso proteger, ao mesmo tempo, o indivíduo *do e mediante* o Direito Penal<sup>42</sup>, ou seja, assegura-se o livre desenvolvimento do indivíduo das ameaças de ação danosa de outros indivíduos e, também, do próprio Estado<sup>43</sup>. Nas palavras de Claus Roxin “O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmensurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo”.<sup>44</sup>

Está em análise o ramo jurídico que mais severamente pune as lesões a direitos. Contudo, para cumprir sua função protetora, precisa ser efetivo. De nada adianta a previsão de tipos penais e a ameaça de sanção sem um sistema procedimental que garanta sua aplicação<sup>45</sup>. Assim, imprescindível para a realização da missão assecuratória do Estado um mecanismo de investigação e processo eficazes <sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> DALLARI. op. cit. p. 381.

<sup>42</sup> PASQUEL, Afonso Zambrano. **Delincuencia Organizada Transnacional: Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal**. Guayaquil: Edilex, 2011.

<sup>43</sup> CANTON FILHO, Fábio Romeu. **Bem Jurídico Penal**. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

<sup>44</sup> ROXIN. 1998. p. 76.

<sup>45</sup> A respeito “O direito somente pode cumprir seu papel de ordenação social quando apresenta certo grau de efetividade, ou seja, quando vale no sentido fático, quando se realiza, enfim, o que depende da possibilidade de sua imposição. O tema da eficiência, tem, portanto, relação com o tema da realização efetiva das normas constitucionais e legais”. BALTAZAR JR., op. cit. p. 208.

<sup>46</sup> A respeito: “Ao lado de vários outros fatores, a segurança depende, também, de um funcionamento adequado da justiça penal, que, a seu turno, somente se realiza mediante investigação criminal eficaz.” BALTAZAR JR., op. cit. p. 215.

Em uma comunidade de pessoas a transgressão é natural – em alguma medida até funcional<sup>47</sup>. A punição dos que atentam contra direitos depende da averiguação do fato. Inicialmente, o Estado não tem conhecimento do delito. A partir do momento em que a ocorrência de um suposto crime chega a conhecimento público, é necessário que se movam esforços para descobrir quem praticou o quê. Inicia-se então a fase de investigação e, posteriormente, em havendo as condições da ação e o recebimento da denúncia ou queixa-crime, o processo penal. A aplicabilidade prática dos direitos outorgados pela Constituição depende de um procedimento eficaz<sup>48</sup>.

Deve ser sempre lembrado, no entanto, que o processo penal se encontra numa zona de permanente confronto: a necessidade de efetividade *versus* a proteção dos direitos e garantias do acusado. Por isso, mesmo antes do início do processo em si (recebimento da denúncia), a investigação encontra limites decorrentes da própria dignidade do investigado. Por mais que tenha *status* de direito fundamental, não se “pode tudo” em nome da segurança. Pelo contrário. Nas palavras de Luciano Feldens:

Dessa ambivalência funcional do direito penal, como instrumento auxiliar (e subsidiário) na tutela de direitos humanos e fundamentais, resulta que *limites máximos de intervenção podem conviver com limites mínimos nesse sentido*, porquanto, como já manifestamos alhures, um direito penal de intervenção *necessariamente mínima* não se contrapõe conceitualmente a um direito penal de intervenção *minimamente necessária*.<sup>49</sup>

Fato é que a efetividade se faz necessária. Trata-se do direito fundamental à prestação jurisdicional adequada, trazido pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição<sup>50</sup>. O direito dos cidadãos a prestações positivas do Estado abrange os

---

<sup>47</sup> Na acepção de Emile Durkheim.

<sup>48</sup> Cumpre destacar a lição de Ferdinand Lassale: “Onde a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985 (Original *Über die Verfassung*, 1863). p. 41-42.

<sup>49</sup> FELDENS. op. cit. p. 240-241.

<sup>50</sup> Conforme apontado por Gilmar Ferreira Mendes “A Constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas como aquelas originadas de conflitos privados.” *In* MENDES., op. cit. p. 592.

deveres de proteção, organização e procedimento – além das prestações em sentido estrito<sup>51</sup>.

Para o objeto de análise deste trabalho, é imperioso que se dote a investigação e a jurisdição de instrumentos adequados à sua atuação<sup>52</sup>. É a missão estatal de proteção aos bens jurídicos que exige a adoção de mecanismos processuais efetivos. “Para desincumbir-se dessa tarefa é intuitiva a percepção de que não bastam a elaboração e promulgação de leis, sendo imprescindível adoção de medidas para efetivamente protegerem os participantes de ameaças ou agressões cometidas entre si”<sup>53</sup>.

A sociedade atual passou por outras transformações. O mundo está amplamente globalizado, as fronteiras já deixaram de ser sinônimos de barreiras. A tecnologia é tal que em uma fração de segundos se está conectado com o outro lado do mundo. Os meios de transporte de longa distância estão acessíveis a uma parcela considerável da população; o mercado compra e vende mercadorias e serviços para consumidores de todos os países; não se cogita mais uma economia fechada. Vive-se na época das multinacionais, da informação rápida, das comunidades entre diferentes países, mercados comuns, livre-trânsito. Para muitos, isso representa um novo modelo de Estado. Há autores que conceitualizam o modelo de Estado atual como “*Estado de Direitos Fundamentais*”<sup>54</sup>, outros creem ser correta a figura de um “*Estado neoliberal globalizante*”<sup>55</sup>. Independentemente dos termos, fato é que as transformações vêm ocorrendo. Mas a sociedade atual é decorrência histórica dos modelos anteriores. Assim, soma as concepções liberais – prezando pela liberdade individual e necessidade de proteção em face das arbitrariedades dos detentores do poder – às sociais – que demandam a atuação positiva do poder público para garantir os direitos – sempre prezando pelos direitos fundamentais que servem de base para as constituições.

---

<sup>51</sup> GEBRAN NETO. op. cit.

<sup>52</sup> Relevante a lição de Flávio Cardoso Pereira: “[...] os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes possibilitem segurança e lhes defendam a liberdade. Em outras palavras, tem direito a um sistema que faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De forma resumida, um sistema que assegure eficiência com garantismo.” – PEREIRA, Flávio Cardoso. *A Moderna Investigação Criminal*. In: CUNHA; GOMES e TAQUES. op. cit. p. 109.

<sup>53</sup> ANDREATO, Danilo. **Técnicas Especiais de Investigação**: premissas teóricas e limites constitucionais. Arraes editores. Belo horizonte. 2013. p. 10.

<sup>54</sup> CAMBI. op. cit. p. 26.

<sup>55</sup> GEBRAN NETO. op. cit. p. 47.

Com estas mudanças, vivencia-se também uma nova realidade criminal, um desafio para o qual a atual investigação não se mostra suficiente: a nova criminalidade organizada.

O Processo Penal, por regular a forma com que se dá a mais intensa interferência do Estado na esfera de direitos do cidadão, ainda segue fortemente uma matriz basicamente iluminista – de garantias do cidadão em face da atuação estatal. Este modelo se baseia em uma sociedade de ideologia marcadamente antropocêntrica e individualista. Assim, o delito foi pensado como ação individual. Além disso, os modernos traços da criminalidade organizada impõem obstáculos à investigação que não seriam nem imagináveis à época das luzes. O sistema tradicional falha ao tentar compreender os delitos praticados por estes novos grupos criminais. Ressaltada a imperiosidade da efetividade, deve ser analisado este novo fenômeno e as dificuldades dele decorrentes, a fim de trazer à discussão a necessidade ou não de um novo modelo, ou de adaptações do processo vigente, confrontando-as com a dupla face da proporcionalidade: o respeito aos direitos individuais (proibição do excesso) e a necessidade de garantir segurança aos cidadãos (proibição da proteção insuficiente)<sup>56</sup>.

## **2. Características e Dificuldades Investigativas da Criminalidade Organizada**

### **2.1 Características da Criminalidade Organizada**

A criminalidade organizada não é um fenômeno novo. Mas é dinâmico. A ponto de que suas manifestações contemporâneas mereçam um olhar diferenciado, pois alcançaram outro nível de sofisticação e organização<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Relevante a lição de Danilo Andreato: “Para cumprir o seu dever de efetivação da segurança e, por consequência, atender ao respectivo direito à prestação jurisdicional efetiva, o Estado deve elaborar e aplicar técnicas adequadas, sem descuidar da ponderação, no caso concreto, com os direitos fundamentais eventualmente colidentes. Guarda íntima conexão com a dupla face do princípio da proporcionalidade, consistente na proibição de excesso e na proibição da proteção insuficiente, limites moduladores do sistema jurídico-penal, com vistas à tutela equilibrada de todos os bens jurídicos fundamentais, individuais e coletivos lato sensu.” – ANDREATO. op. cit. p. 25.

<sup>57</sup> PEREIRA. op. cit. p. 5.

De hecho suele decirse que las formas organizadas de cometer delitos han existido siempre, y ello es evidente; la apelación a su dilatada existencia histórica se explicaría por el hecho de que algunos de sus elementos se reproducen en el crimen organizado tal y cual y como hoy se manifiesta, mientras que su importancia actual provendría de un cambio cualitativo tanto em la propia dinámica de aquellos viejos grupos criminales como em el contexto general<sup>58</sup>.

É característica da criminalidade organizada uma certa adaptabilidade, mutabilidade, a variação no seu modo de atuação, na sua estrutura, nos delitos praticados, nos objetivos e na própria organização<sup>59</sup>. Esta é uma das razões pelas quais sua conceitualização é extremamente difícil, não havendo qualquer consenso até o momento.

A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção De Palermo) define grupo criminoso organizado como “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”<sup>60</sup>. Como mencionado, não há unanimidade. Discute-se, por exemplo, se a finalidade de proveito econômico consistiria, de fato, em elemento essencial da criminalidade organizada (o que poderia determinar o possível não enquadramento do terrorismo)<sup>61</sup>. De alguma forma, as definições abordam quase sempre a pluralidade de agentes; um elemento estrutural/organizacional; e certa permanência temporal<sup>62</sup>. A Lei nº 12.850/13, em seu artigo 1º, § 1º, considera “organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante

---

<sup>58</sup> ORSI, Omar Gabriel. **Sistema Penal y Crimen Organizado: Estrategias de Aprehensión y criminalización del conflicto**. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

<sup>59</sup> BRAZ, José. **Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal: interdependências e limites num estado de direito democrático**. Almedina. 2015. Coimbra. p. 412-413.

<sup>60</sup> BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 15:13. Convenção promulgada no Brasil em 12 de março de 2004, pelo Decreto nº 5.015.

<sup>61</sup> ORSI, loc. cit.

<sup>62</sup> ANDREATO, op. cit. p. 51.

a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. O artigo 288 do Código Penal – com redação dada pela referida Lei nº 12.850/13, descreve tipicamente o crime de associação criminosa como “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”<sup>63</sup>. É com base nestes conceitos, e nas características apontadas pela doutrina, que se realiza a presente análise.

Pode-se dizer que o crime organizado tem o funcionamento similar ao de uma empresa. Isto porque, como a nomenclatura sugere, há um elevado nível de sofisticação da atividade criminosa. Há separação de funções dentro de uma determinada estrutura hierarquizada; comportamentos coordenados; códigos de conduta; especialização dos membros; permanência temporal; utilização da tecnologia para se retirar o melhor proveito possível da atividade e encobrir a ação delitiva; conexão com o poder público; alto poder de intimidação; habitualidade; fraudes, uma verdadeira administração da atividade delituosa, um “projeto criminal” estruturado<sup>64-65</sup>. Destaca-se, portanto, que difere muito do crime “comum”, sendo uma atuação de elevado grau de complexidade.

Como uma atividade articulada, há certo esforço para garantir seu sucesso e perpetuação. Na prática de ilícitos, parte deste empenho tem de se destinar a encobrir suas ações e impedir o alcance das estruturas repressivas do Estado, resistir à investigação<sup>66</sup>. É o que Flávio Cardoso Pereira chama de “cultura da supressão da prova”<sup>67</sup>. Para que isso se efetive, faz-se útil a tecnologia (ferramenta que garante elevado grau de anonimato, além de ser rápida e eficaz<sup>68</sup>); a lavagem de dinheiro; a infiltrações de agentes no Estado; a “lei do silêncio” – garantida por códigos de conduta agressivos para com aqueles que os quebram, e solidários com quem os

---

<sup>63</sup> BRASIL, Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.

<sup>64</sup> A respeito ORSI, loc. cit.

<sup>65</sup> Interessante a narrativa de Carlos Amorim, jornalista que escreveu sobre o PCC e o Comando Vermelho – as maiores organizações criminosas do Brasil. Ao questionar uma fonte sobre uma possível união entre os grupos, Amorim recebeu a resposta “estamos associados”. O uso da expressão comercial espantou o jornalista, e demonstra que a visão é justamente de uma perspectiva empresarial. AMORIM, Carlos. **CV-PCC: A Irmandade do Crime**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

<sup>66</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Manuel da Costa. **“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal**: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra editora, 2009. p. 52

<sup>67</sup> PEREIRA, op. cit. p. 111.

<sup>68</sup> BRAZ, op. cit. p. 416 e 420.

obedece –; a violência para constranger vítimas e testemunhas a não recorrer às autoridades; subornos etc.<sup>69-70</sup>

Além dos esforços racionalmente direcionados à blindagem contra a atuação estatal, outras características da organização contribuem para esta busca por “imunidade”. É o caso do elevado número de agentes – que por si só torna a persecução penal mais complexa –; da organização destes em “rede” – que permite uma maior adaptabilidade da instituição, tornando-a quase que independente de seus membros, uma verdadeira entidade superior a eles<sup>71</sup> –; da divisão de tarefas; do perfil *victimless* dos seus crimes; da sua transnacionalidade; da polivalência da organização; da linguagem peculiar utilizada; e da mescla entre atividades lícitas e ilícitas<sup>72</sup>. Estes atributos não têm por finalidade a invisibilidade investigativa em si, alguns deles objetivam o crescimento e a manutenção da atividade criminosa e outros são puramente características. Todavia, acabam por contribuir para esta imunidade.

Com isso, percebe-se que as organizações criminosas, por seus esforços ou pura e simplesmente por sua forma de organização e atuação, resistem aos mecanismos oficiais de controle, restando inalcançadas pelo poder estatal<sup>73</sup>.

É, portanto, característica da criminalidade organizada a dificuldade de sua investigação e repressão<sup>74</sup>. Apesar de isso se dever, em grande medida ao elevado grau de sofisticação com que a atividade criminosa é desempenhada, esta não é a única razão pela qual o direito penal tem se mostrado inefetivo.

Como já exposto, trata-se de um fenômeno complexo. Bastante distinto daquele que serviu de inspiração para a criação do sistema penal e processual penal atual. A organização em si não se confunde com a soma de seus membros. Como uma pessoa jurídica, perpetua-se segundo uma estrutura aparelhada e independente.

---

<sup>69</sup> “Como impera a lei do silêncio no mais alto grau de obediência por parte dos membros do clã, torna-se quase impossível pelo uso dos meios de investigação ‘tradicionais’ a obtenção de dados e informações confiáveis sobre a estrutura e o *modus operandi* da organização criminosa” PEREIRA, loc. cit.

<sup>70</sup> BRAZ, op. cit. p. 414; e PEREIRA, op.cit.

<sup>71</sup> Mesmo perdendo alguns de seus elementos (“nós”) a organização se mantém. Isto é decorrente da estrutura em rede, pela qual os elementos não gravitam todos entorno do mesmo centro, mas são difusos e se entrelaçam de forma a garantir maior estabilidade à atividade.

<sup>72</sup> Muitas vezes as organizações criminosas possuem negócios lícitos, que lhes permitem lavar o dinheiro obtido através do crime. Esta confusão dificulta ainda mais o trabalho investigativo, uma vez que há confusão patrimonial e estrutural entre as entidades aparentemente regulares e o grupo criminoso. O proveito econômico ilícito “desaparece” na economia regular e a investigação se torna mais complexa. – ORSI, op. cit.

<sup>73</sup> BALTAZAR JR. op. cit. p. 211.

<sup>74</sup> GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: CUNHA, GOMES e TAQUES, op. cit. 164-165.

Ou seja, não se pode pretender analisa-la com os mesmos olhos que estudam o agente na tradicional teoria do crime. Elucida-se.

Como dito, as sociedades ocidentais contemporâneas têm forte influência iluminista. Esta traz consigo uma marcada tendência antropocêntrica e liberal-individualista, que ignora as tendências associativas do ser humano<sup>75</sup>. Assim, a teoria do crime atual, tem por paradigma a ação individual, ou individualizável<sup>76</sup>. Mesmo a análise da participação (*lato sensu*) é fundada na contribuição individual para o fato; a sanção penal é regida – entre outros – pelo princípio da individualização da pena, segundo o qual cada um responderá pelo crime na medida de sua culpabilidade. Ademais, todo o sistema penal centra-se na análise do crime como um fato único. Mesmo as exceções à esta regra, que seriam as hipóteses de concurso ou de crime continuado, nada mais são do que um conjunto de fatos únicos. Em resumo: o paradigma penal iluminista é o de um fato singular, ou um conjunto de fatos únicos, praticado por um agente individualmente, ou por um grupo de agentes cujas ações são individualizáveis<sup>77</sup>.

As organizações criminosas, entretanto, funcionam como entidades de atuação dinâmica, rompendo a dicotomia autor-vítima. Trata-se de uma *atividade coletiva*, e não de uma *ação individualizável*, tanto objetiva quanto subjetivamente. Não individualizável no plano subjetivo porque muitos agentes estão de alguma forma conectados, mas não por aquele vínculo tradicional, fundado na unidade de desígnios. São vinculações que trazem consigo a ideia quase institucional de estrutura organizada e independente<sup>78</sup>. “Ni autor individual ni mero concierto de voluntades, sino um verdadero grupo organizado”<sup>79</sup>. Este sentimento de “grupo” implica na solidariedade entre seus membros e a repúdia por aqueles que o deixam; podem envolver também sujeitos que não tem nenhuma conexão, nem ao menos se conhecem, mas se relacionam através da rede<sup>80</sup>. No plano objetivo, a dificuldade

---

<sup>75</sup> DALLARI, op. cit. p. 224

<sup>76</sup> ORSI, op. cit. p. 75.

<sup>77</sup> A respeito: “Es usual que la tipificación de los delitos, los criterios generales y el análisis dogmático se estructuren desde e lacto individual. No hay de extrañarnos que ello así ocurra, pues el derecho clásico forma parte de la misma matriz histórica que, previamente, generara un vasto proceso de individualización.”. ORSI, op. cit. p. 75.

<sup>78</sup> Ibid., p.41.

<sup>79</sup> Ibid., p. 5.

<sup>80</sup> Carlos Amorim descreve um tiroteio ocorrido em 1981 (teria sido a primeira grande aparição do Comando Vermelho). Policiais e membros da organização trocaram tiros até que restasse apenas um homem contra muitos policiais. Este teria resistido por 11 horas. “A intensidade do combate e a determinação do assaltante de bancos deixaram em minha mente uma pergunta que levei muito tempo

também aparece em razão da vinculação estreita dos atos em si. São ações sucessivas e interligadas. Não se trata de uma ação isolada que ameaça um bem jurídico, mas de uma atividade constante, habitual,<sup>81</sup> que engloba diversos atos conexos, e põe em cheque toda a estrutura do Estado e a própria sociedade<sup>82</sup>.

Um ordenamento jurídico é concebido, em si, por uma atividade de abstração. Se, contudo, parte-se de um paradigma individualista, uma atuação eminentemente coletiva terá extrema dificuldade para se adequar à metodologia estabelecida. Desta forma, ao se idealizar todo o sistema penal a partir de um pensamento individualista, este dificilmente será apto para tratar de maneira satisfatória do fenômeno da criminalidade organizada. É o que ocorre. Os sistemas processuais penais dos Estados de Direito ocidentais, com as características anteriormente analisadas, têm se mostrado ineficazes para tratar destas organizações. Isto porque as bases de cada fenômeno são em si diferentes<sup>83</sup>.

Além disso, o contexto social em que vivemos é muito distinto daquele que serviu de base para a elaboração dos diplomas legais ainda vigentes. Destaca-se aqui o expressivo avanço tecnológico. Este trouxe consigo uma nova dinâmica de comunicação, o encurtamento aparente de distâncias e reforçou sobremaneira o processo de globalização. É óbvio que este desenvolvimento não se prestou apenas a fins lícitos. Hoje o uso de tecnologia e a transnacionalidade são elementos de destaque na estrutura do crime organizado<sup>84</sup>. Mas a investigação tradicional não está pronta para lidar com eles. Os sistemas legais permanecem obedecendo às

---

para responder: por que alguém desiste de viver apenas para manter de pé um juramento de lealdade entre criminosos comuns?”. A força do pacto de fato existe. Alguns dão a vida por esta aliança. Por outro lado, são capazes de matar pessoas que nunca antes viram, pelo simples fato de que estas integram facções rivais. AMORIM. op. cit. p. 29.

<sup>81</sup> “Parece haber cierto consenso en que la organización no debe procurar la comisión de un solo hecho, incluso – según ciertas opiniones – tampoco basta con la planificación de un número reducido de delitos concretos. Por el contrario, una organización vasta, con estructura jerárquica, división de roles y permanencia temporal sólo tendría sentido en tanto albergase un proyecto criminal. Así como una empresa no se forma para vender un producto sino para dedicarse a su venta como actividad habitual, em emprendimiento criminal se conforma, de manera similar, para cometer delitos regularmente.” ORSI, op. cit. p. 6.

<sup>82</sup> GAZZOLA, op. cit. p. 148.

<sup>83</sup> Neste sentido Beck: “não há indicativos de maiores avanços no sentido da superação da crise por que passa a operacionalidade do Direito. Segue o atrelamento a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, preparado historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual. Não foram ainda suficientemente criadas as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (crimes) de feição transindividual (bens jurídicos supra-individuais), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da sociedade brasileira”. in BECK, op. cit. p. 75.

<sup>84</sup> ANDREATO, op. cit. p. 1.

tradicionais fronteiras entre Estados, ignoradas pelos grupos criminosos<sup>85</sup>. As organizações criminosas, então, se aproveitam das limitações estatais, restando praticamente inalcançáveis<sup>86</sup>.

Fato é que o Estado tem falhado na missão de investigação e repressão da criminalidade organizada e, portanto, na sua missão assecuratória da população. Como visto no primeiro capítulo, a segurança é dever e razão de ser do Estado, e a proteção insuficiente de bens jurídicos representa por si uma lesão estatal aos direitos dos cidadãos.

A ideia se reforça quando pulverizam nos jornais notícias das arbitrariedades cometidas por organizações criminosas. As manchetes narram uma verdadeira assunção do papel de Estado por grupos delituosos. O poder do crime organizado é tal que membros de organizações mandam em determinadas localidades, submetendo a população às suas ordens e assumindo verdadeiramente o papel de um Estado paralelo. Sabe-se, por exemplo, que traficantes coagem os moradores de regiões dominadas por determinada facção ao pagamento de taxas, algo similar ao IPTU<sup>87</sup>; impõem “toque de recolher” por vingança ou quando assim lhes parece adequado, motivando o fechamento do comércio e de escolas<sup>88</sup>; impõem um fornecedor único de determinados produtos básicos (como gás)<sup>89</sup>. No final de 2017,

---

<sup>85</sup> Flávio Cardoso Pereira diz que os meios tradicionais de investigação são “obsoletos e ultrapassados se analisados sob a ótica da moderna inteligência criminal”. PEREIRA. op. cit. p. 112 e 129.

<sup>86</sup> Ibid. p. 99 e 107.

<sup>87</sup> Reportagem veiculada pelo portal eletrônico G1 conta que na zona norte do Rio de Janeiro foram impostas tais taxas. LEITÃO, Leslie. Morte de estudante desencadeia mais uma guerra entre quadrilhas no Rio. **G1**. Globo Comunicação e Participações 29 de outubro de 2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/morte-de-estudante-desencadeia-mais-uma-guerra-entre-quadrilhas-na-zona-norte-do-rio.ghtml>>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 08:25.

<sup>88</sup> Cita-se como exemplo as reportagens: MILAN, Pollianna e PERES, Aline. Tráfico impõe toque de recolher na CIC. **GAZETA DO POVO**. Curitiba, 06 de setembro de 2011. Disponível em < <http://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/trafico-impoe-toque-de-recolher-na-cic-bq1ucvm3t2cgffvj3fkx766vi>>; **CORREIO DO POVO**, Porto Alegre, 13 de setembro de 2017. Disponível em < <http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Policia/2017/9/628425/Traficantes-teria-determinado-toque-de-recolher-em-Gravatai>>; COSTA JÚNIOR, Jairo e SANTOS, Luan. Traficantes impõem toque de recolher a agentes sociais em Pau da Lima. **CORREIO**. Salvador, 08 de agosto de 2017. Disponível em: < <http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/traficantes-impoe-toque-de-recolher-a-agentes-sociais-em-pau-da-lima/>>; e VASCONCELOS, Ana Luiza. Traficantes anunciam toque de recolher e fecham comércio em bairro de Niterói. **AGÊNCIA BRASIL**, Brasília, 11 de setembro de 2017. Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/traficantes-anunciam-toque-de-recolher-e-fecham-comercio-em-bairro-de-niteroi>>. Todas acessadas em 09 de dezembro de 2017.

<sup>89</sup> Em reportagem do jornal O Globo, um morador da comunidade da Rocinha, no Rio de Janeiro, queixa-se de ser obrigado a pagar R\$ 92,00 pelo bujão de gás e afirma “o gás aqui está a R\$ 92. Não podíamos comprar em outro local, senão, seríamos mortos.”. **O GLOBO**. Bandidos decretaram toque de recolher na Favela da Rocinha. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2017. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/rio/bandidos-decretaram-toque-de-recolher-na-favela-da-rocinha-21836529>>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 20:56.

as tradicionais notícias sobre os vestibulares vieram acompanhadas de outras mencionando a impossibilidade dos jovens moradores da Rocinha de realizar as provas, uma vez que no dia do exame a comunidade amanheceu sob um forte tiroteio, impedindo os candidatos de deixar suas casas<sup>90</sup>.

As matérias aqui citadas são exemplos da coerção exercida por grupos criminosos. Como afirmar que vivemos em um Estado Democrático de Direito, que é assegurada a liberdade de ir e vir e a possibilidade do livre desenvolvimento do cidadão, se as manchetes dão conta de escolas fechadas e pessoas impedidas de sair de casa por ordem do crime organizado? Nas comunidades carentes, as organizações acabam por tomar o lugar do Estado, exercendo inclusive força coercitiva. Esta atividade delitiva há muito não lesa determinado bem jurídico de uma única pessoa. Passou a ser uma ameaça perene ao modo de vida da população como um todo, à estrutura estatal, e a novos bens jurídicos transindividuais<sup>91</sup>.

## 2.2 Particularidades Investigativas

Foca-se agora de forma mais direta na investigação, pois é esta a maior dificuldade no enfrentamento estatal à criminalidade organizada. Não que outros momentos, – como a tipificação – não apresentem seus desafios, mas estes não são tão específicos. No exemplo, o ato de prever alguma ação como crime, sempre envolverá certo esforço criativo e abstracionista, o único traço diferenciador do crime organizado é que se está diante de um fenômeno complexo. Mas no caso da investigação não. Todo o paradigma é diverso. E é neste aspecto que se diz que este é o momento de maior dificuldade.

Tradicionalmente, a investigação – e com ela a prova e o próprio processo penal – é uma atividade orientada à reconstituição de um fato pretérito, uma verificação histórica de uma realidade estática e imutável. Objetiva a reconstrução do passado, através dos vestígios deixados, utilizando-se de um raciocínio dedutivo, que,

---

<sup>90</sup> Como exemplo a reportagem ESTARQUE, Mariana. 'Reféns' de tiroteio na Rocinha, jovens perdem vestibular e adiam sonho. **FOLHA DE S. PAULO**. 02 de outubro de 2017. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1923445-refens-de-tiroteio-na-rocinha-jovens-perdem-vestibular-e-adiam-sonho.shtml>>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 19:03.

<sup>91</sup> ANDREATO, op. cit. p. 124 e BECK, op. cit. p. 75.

pelo silogismo aristotélico, busca ir do universo geral para o particular. A finalidade é entender o que já aconteceu, retroceder cronologicamente, e individualizar<sup>92</sup>.

A investigação do crime organizado, por outro lado, visa a identificação de relações entre crimes cometidos em diferentes circunstâncias, a compreensão de uma estrutura. O ato criminoso em si deixa de ser o foco, e este passa a ser a atividade constante e corrente da organização (que é novo “sujeito passivo”, digamos, ocupando o lugar do autor isolado da investigação tradicional<sup>93</sup>). Utiliza-se, portanto, do raciocínio indutivo, que visa conhecer a organização e sua atuação em tempo real (e não de forma retrospectiva) e se possível, ainda, tenta prever a atuação futura – visão prospectiva. Ou seja, a investigação é concomitante à própria atividade. Parte, ao contrário do que ocorre no modelo tradicional, do particular para o geral, buscando encontrar mais pessoas, entender um padrão de comportamento. Pretende esclarecer os crimes praticados pela organização e formar provas para o processo enquanto eles estão ocorrendo. Há uma simultaneidade antes desconhecida para o processo penal. A respeito:

Cuida-se a organização mafiosa, portanto de uma realidade criminal em metamorfose. Não haverá, desse modo, em tema de investigação persecutória um objeto fixo e perfeitamente delimitado, que, em regra, cessou sua atividade criminosa. Ao reverso, a organização criminosa é realidade viva, sujeita a movimentos, a câmbios, de modo que sua compreensão demanda o acompanhamento de sua evolução. É preciso entendê-la em movimento, na sua dinâmica.<sup>94</sup>

O ato simultâneo de compreender é diverso de uma recomposição de um fato histórico. É necessário avaliar uma série de minúcias, por vezes penetrar na própria estrutura, ou “observá-la de perto”. A complexidade estrutural da organização demanda tempo e recursos antes inimagináveis. Os métodos utilizados pelos órgãos de controle passam a ser cada vez mais invasivos porque é só através desta verdadeira imersão no fenômeno que se atingirá a sua compreensão. As particularidades da investigação da criminalidade organizada fazem com que o tempo da prova seja outro (concomitante com a atuação), a lógica seja própria (indutiva), e

---

<sup>92</sup> BRAZ, op. cit.

<sup>93</sup> ORSI, op. cit. p. 5.

<sup>94</sup> GAZZOLA, op. cit. p. 165.

até mesmo os meios de prova sejam diversos daqueles tradicionais (métodos ocultos de investigação).

Além da contemporaneidade e do lastro de permanência de uma atividade criminosa entre muitos agentes – alguns “fixos”, e outros “variáveis” – todos fatores complicadores da investigação, o crime organizado desconhece fronteiras<sup>95</sup>, enquanto os sistemas de justiça permanecem circunscritos às delimitações políticas da soberania de cada país. Enquanto a transnacionalidade é algo corriqueiro para uma organização criminosa, exige dos Estados cartas rogatórias e procedimentos extremamente complexos e demorados. As informações não transitam livremente nos sistemas oficiais, mas em âmbito ilícito sim. A fórmula leva à incapacidade das instâncias de prevenção e repressão agirem de maneira adequada.

Uma clara demonstração da inadequação do procedimento comum é a criação de grupos especiais e forças-tarefa. Ora, se a investigação do crime organizado em nada diferisse daquela empregada para a criminalidade de massas, não haveria qualquer razão para a designação de algumas pessoas para a tarefa específica de acompanhamento das organizações criminosas. Mas o que se constata é que com frequência se faz necessário este destaque de uma equipe para estes casos. Neste sentido, Omar Gabriel Orsi:

En punto a la prevención del crimen organizado, la agencia policial há tendido a generar unidades especiales, dotadas y formadas para una tarea que, se supone, difiere de la prevención de otros delitos. De este modo, el crimen organizado – junto a otras temáticas como el terrorismo – se desagrega del sistema común asignándose a nuevas estructuras, diseñadas para prevenir y auxiliar en la investigación de delitos complejos. Con ello abandonan también los uniformes, las armas y, en general, el uso de la fuerza > tales elementos son reemplazados por el manejo de información y la especialización, y se delinea un perfil más próximo, ora al ámbito administrativo, ora al terreno de la inteligencia.<sup>96</sup>

Nítido, portanto, que a criminalidade organizada exige uma racionalidade investigativa e processual específica. Mas esta racionalidade diferenciada está em harmonia com o sistema processual penal de um Estado Democrático de Direito? Como compatibilizar esse sistema, garantidor dos direitos individuais em face do

---

<sup>95</sup> PEREIRA, op. cit. p. 129.

<sup>96</sup> ORSI, op. cit. p. 132.

Estado, com a necessidade de uma investigação concomitante com a prática delituosa? Como individualizar penalmente as condutas de agentes que se estruturam em uma rede mutável responsável por uma série de delitos?

Talvez o principal problema de fundo que impregna a adoção eficaz e imediata desse equilíbrio diga respeito a uma questão crucial: é conveniente e adequada a aplicação do processo penal contemporâneo aos delitos não convencionais, a exemplo da delinquência organizada de caráter transnacional?

Melhor explicando, o que se busca questionar em verdade é se a criminalidade organizada pode ou deve ser combatida no âmbito processual da mesma forma que a criminalidade tradicional. Ou seja, a forma de encarar a preservação das garantias e direitos dos investigados ou acusados, pode ser da mesma intensidade e ambas as situações?<sup>97</sup>

As exigências para a apuração da atividade em questão são de uma investigação invasiva e concomitante à atuação, paradigma não adotado pelos sistemas oficiais de controle. Talvez por isso, ou pela morosidade estatal, ou pelas diferenças de infraestrutura e especialização, o que se observa é que o Estado tem se mostrado ineficaz na investigação e responsabilização da criminalidade organizada<sup>98</sup>. Conforme aponta José Braz:

Historicamente, nos Estados de Direito, esse tipo de organizações têm revelado uma elevada capacidade de escapar à acção preventiva e repressiva dos tradicionais sistemas de justiça penal, assentes numa lógica probatória fortemente garantística e num conjunto de meios de prova e de obtenção de prova que há muito se mostram desajustados e impotentes para enfrentar as dificuldades emergentes<sup>99</sup>.

O Estado é, portanto, ineficaz no combate à criminalidade organizada porque o modelo processual penal tradicional não é adequado a este fenómeno. Isto é um fato descrito pela grande maioria dos estudiosos do tema.

---

<sup>97</sup> PEREIRA, op. cit. p. 106-107.

<sup>98</sup> Idem.

<sup>99</sup> BRAZ, José. Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado. In: PALMA; DIAS e MENDES, Maria Fernanda; Augusto Silva E Paulo de Sousa (coord.), 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, 2010. p. 333.

Claro que a criminalidade organizada é um fenômeno diverso do “crime comum”. Tanto isto ocorre que a própria lógica investigativa é diferente. Trata-se de uma estrutura que põe em cheque o próprio Estado e a sociedade, de forma que o seu combate é imperioso, não apenas para a clássica proteção de bens jurídicos, mas também para a manutenção do Estado. No entanto, ambas as formas de delinquência se submetem ao mesmo modelo processual. Modelo este que foi pensado sob o enfoque da criminalidade comum, e por isso se mostra inefetivo para tratar do problema da criminalidade organizada. O que fazer diante deste cenário? Devemos abandonar o Processo Penal atual em busca de um paradigma mais efetivo? Permitir a infiltração de ideias utilitaristas na legislação vigente? Cindir o sistema processual, com tratamentos diferentes para cada situação? Algumas mudanças já vêm ocorrendo, outras se anteveem. Mas a questão da compatibilidade delas com o modelo constitucional de um Estado Democrático de Direito se impõe. Resta analisar tais pontos.

### **3. Compatibilidade entre as necessidades práticas e o sistema processual de um Estado Democrático de Direito**

Para construir um sistema apto a compreender a atividade criminoso e cumprir as demandas de segurança frente aos desafios trazidos pela criminalidade organizada, são necessárias alterações no modelo investigativo tradicional. A respeito, José Braz:

Os *clássicos* meios de prova e de obtenção de prova, desenvolvidos na estrita observância de um amplo conjunto de princípios fundamentais, têm-se revelado, duma maneira geral, impotentes e ineficazes para responder às dificuldades trazidas pela nova criminalidade.

Um processo penal marcadamente garantístico, concebido e modelado para suportar a acção penal relativa à criminalidade comum, tendo por base limites e valores que hoje, em muitos casos, estão ultrapassados e postergados, parece não ter capacidade para enfrentar as ameaças criminais emergentes.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> BRAZ, José. **Investigação criminal**: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade. Coimbra: Almedina, 2009. p. 293.

Mas o que deve ser alterado?

Em certa medida, a atuação estatal não pode acompanhar a dinâmica das organizações ilícitas porque é contida. Explica-se. Enquanto a criminalidade organizada não possui restrições, o Estado está submetido a um conjunto de normas que regulamenta sua atuação, a proibição do excesso. Faz-se alusão à alegoria de Albrecht, que compara o princípio da legalidade a um espartilho<sup>101</sup>: as leis processuais penais são verdadeiras limitadoras de movimentos dos Estados. Mas estas constringências se justificam para assegurar os direitos dos cidadãos.

Chega-se então, à clássica tensão processual: proteção de direitos e garantias fundamentais x eficácia do sistema penal no combate à criminalidade organizada<sup>102</sup>. Neste caso, trata-se de um choque entre a estrutura processual em si, respeitadora dos direitos individuais, e a efetividade no combate à criminalidade organizada, garantia de segurança advinda da fundamentação do Estado. Choque entre os direitos fundamentais dos cidadãos, como coletividade, e do indivíduo – também cidadão e detentor de direitos<sup>103</sup> –, ambos interesses públicos primários<sup>104</sup>. Conforme bem resume Manuel da Costa Andrade:

Trata-se, em extremo, de preservar e potenciar o património iluminista, construído nos 250 anos que vão decorridos sobre o legado funcional de KANT e BECCARIA, que representa a marca eidética sem a qual o direito processual penal não é direito. E trata-se, do outro lado, de assegurar uma resposta preventiva e repressiva eficaz ao crime organizado, particularmente nas suas manifestações 'infinidamente grandes' de terrorismo<sup>105</sup>.

Elencam-se algumas possibilidades.

Uma perspectiva possível seria a assunção de um sistema que privilegiasse, sempre, os direitos e garantias fundamentais à segurança – assumindo, conseqüentemente, que alguns casos escapariam da possibilidade de atuação

---

<sup>101</sup> Citado em GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e interferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 55

<sup>102</sup> PEREIRA, op. cit.; BALTAZAR JR, op. cit. p. 202.

<sup>103</sup> CAMBI op. cit.

<sup>104</sup> DALLARI, op. cit. p. 69.

<sup>105</sup> ANDRADE, op. cit.

estatal, não sendo apurados e restando impunes. Este posicionamento tem a vantagem de decorrer de uma interpretação conferente da máxima eficácia aos direitos e garantias individuais. Entretanto, sua desvinculação com a prática acaba por criar um espaço aberto para a atuação da criminalidade organizada, o que fere o compromisso de segurança do Estado para com seus cidadãos. “O resultado das dificuldades probatórias é um alto grau de impunidade, o que encoraja a repetição do crime”<sup>106</sup>. A partir do momento em que a sociedade opta por se utilizar do Direito Penal como instrumento de controle social, é incoerente que interprete os direitos fundamentais de forma tão inflexível que inviabilize a efetivação daquele<sup>107</sup>.

É claro que em alguma medida sempre haverá crimes que escapam ao sistema de justiça. Mas é imperioso reconhecer que o processo penal é um “instrumento de reação e controle formal da criminalidade”<sup>108</sup>, e que tem para com os cidadãos um dever de segurança e efetividade na proteção de bens jurídicos<sup>109</sup>. Ademais, como analisado, a estrutura da criminalidade organizada é tão desenvolvida que uma forma extremada de interpretação dos valores constitucionais esvaziaria por completo qualquer possibilidade de atuação estatal. Se se considera que o sistema jurídico é harmônico, direitos e garantias individuais devem conviver com o Direito Penal e com o direito à segurança pública, sem que um obstaculize o outro.

Ou seja, ao optar por esta solução deve se aceitar como implicação necessária desta a atuação impune da criminalidade organizada. Esta visão não é a mais adequada político-criminalmente para o Estado atual, pois adotá-la por completo seria assistir, a médio prazo, à decadência da estrutura social.

Outra “saída” é a opção exatamente oposta: a adoção de um paradigma securitário utilitarista. A criminalidade organizada, somada ao terrorismo, a outros problemas trazidos pela chamada *sociedade de risco* e à constatação de que estas ameaças tendem a passar incólumes pelos mecanismos oficiais de controle fazem com que a população se sinta constantemente ameaçada e insegura. Por esta razão, clama por medidas cada vez mais compressoras de direitos fundamentais e ensejadoras de uma maior segurança. Como de leciona Beling, “Es natural, que em

---

<sup>106</sup> BALTAZAR JR., op. cit. p. 214.

<sup>107</sup> PEREIRA, op. cit. p. 108.

<sup>108</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 254

<sup>109</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Reimpressão. Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

las épocas em que el Estado se há visto seriamente amenazado por la criminalidade y el Derecho penal ha establecido penas severas, el processo tuviese que ser también inflexible [...]”<sup>110</sup>. A população, com medo, aceita ceder seus próprios direitos. Isto porque verifica que as organizações criminosas são uma ameaça à estrutura social e, que em alguma medida, são detentoras de poder. Esta posição é bem analisada por José Braz:

Particularmente, no domínio da fenomenologia criminal, os *paradigmas* clássicos alteraram-se profundamente.

Novos riscos e preocupantes ameaças vêm colocando profundos desafios à ciência jurídica e à política criminal nas sociedades livres e democráticas.

Tão profundos e complexos, que algumas *respeitáveis* correntes de opinião reclamam já o definitivo triunfo da Segurança sobre a Justiça, advogando com arrepiante entusiasmo, o recurso a *soluções* funcionalistas que, numa espiral securitária, não hesitam em propor a retracção de direitos, liberdades e garantias que, ainda ontem, constituíam um inestimável e inegociável legado civilizacional.

Pressionados pela realidade e procurando enfrentar a nova criminalidade, num mundo prenhe de contradições e de constrangimentos, a ciência criminal e o direito buscam novos caminhos e soluções de compromisso, cada vez mais próximas dos limites permitidos por um quadro normativo que possa verdadeiramente rever na matriz democrática<sup>111</sup>

Este quadro impõe uma dúvida: se a base teórica da sociedade atual é o contrato social, deve esta mudança de paradigma alterar a estrutura do Estado? Como mencionado no primeiro capítulo, a sociedade se funda na ideia de que seres humanos, completamente livres em seu estado de natureza, se organizaram, cada um *cedendo a menor parcela possível de suas liberdades para organizar o Estado*. Esta nova instituição seria uma garantidora da segurança de todos. Portanto, o poder do Estado é fruto do contrato teórico estabelecido entre estas pessoas que teriam determinado as diretrizes da sua organização. Se, então, a própria sociedade está disposta a ceder mais direitos ao Estado para que este cumpra com mais eficácia seu dever de segurança, quem tem a autoridade de deslegitimar este movimento? Se estaria diante de um novo contrato social, que parte de um paradigma securitário e abre mão dos direitos em favor do Estado? Do abandono do modelo de Estado

---

<sup>110</sup> BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Tradução Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943. p. 21.

<sup>111</sup> BRAZ, 2009. p. 12.

Democrático de Direito? O questionamento é inquietante também para Manuel da Costa Andrade:

[...] a nova experiência da criminalidade organizada e do terrorismo. A novidade advém logo da dimensão da ameaça: pela sua escala, pelo volume dos meios humanos e materiais que mobiliza – muitas vezes superiores àqueles de que alguns Estados podem dispor –, pela racionalidade estratégica que a orienta e pela envergadura dos alvos que elege, a nova criminalidade dirige-se abertamente contra os fundamentos da civilização e da construção social da realidade subjacente ao processo penal do Estado de Direito. É obrigam os próprios Estados a auto-representar-se e a agir como Präventionsstaat.

Novas são também as representações e as expectativas coletivas, que tendem a alinhar pelas preocupações e pela acção dos detentores do poder e a legitimar-lhe o discurso e a acção. **Tudo permite acreditar que as sociedades, e particularmente as sociedades ocidentais, se disporão a abrir mão da Rechtskultur que preside ao processo penal liberal em troca de uma mais consistente Sicherheitskultur. Como se, noutros termos, estivessem dispostas a outorgar um novo contrato social para reequilibrar a balança em desfavor das margens de liberdade reconhecida e reservada ao indivíduo**<sup>112</sup>

Ou seja, se a população, diante do medo, resolver adotar um paradigma securitário, aceitando abrir mão de seus próprios direitos a fim de contar com um Estado mais atuante e mais controlador, se cada indivíduo aceitar se submeter a interferências estatais em sua intimidade para que os outros cidadãos sejam também controlados e assim, ser garantida pelo Estado mais segurança, em nome de quê se dirá que isto não está correto? Se os direitos fundamentais são os valores mais caros à sociedade em um dado momento histórico<sup>113</sup>, se a Constituição apenas absorve os valores<sup>114</sup>, é de se questionar se há hoje uma nova configuração destes. É a própria sociedade que pede para ser vigiada pelo Estado, é ela quem roga por um poder forte e intervencionista. Em que medida esta mudança de paradigma se justifica?

Não há dúvidas que a realidade e os valores sociais sofreram graves alterações nestes três séculos. As tradicionais demandas de *igualdade, liberdade e fraternidade*,

---

<sup>112</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Métodos Ocultos de Investigação**: Plädoyer para uma teoria geral. *In Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coordenação MONTES, Mário Ferreira e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 531.

<sup>113</sup> BRANCO, op. cit. p. 317.

<sup>114</sup> SANCTIS, Fausto Martin. Constituição e Regime das Liberdades. In: CUNHA, GOMES e TAQUES. op. cit. p. 89.

defendidas com a própria vida nas revoluções burguesas já se mostram insuficientes no contexto atual, que preza por direitos transindividuais<sup>115</sup> e depende de estruturas sensíveis, como o sistema informático. Seriam estas mudanças o bastante para que se altere a estrutura social? Conforme José Braz:

Trata-se, no essencial, de saber se um direito penal de culpa e de *ultima ratio*, enformado pelos valores e princípios supra referidos, ainda tem lugar na *sociedade de risco* ou, pelo contrário, se os desejáveis níveis de segurança que as modernas sociedades reclamam devem ser alcançados por uma nova *construção* jurídico-normativa, assente em princípios axiológicos e dogmáticos de outra natureza e, até que ponto tais princípios são constitucionalmente compatíveis com o modelo de organização política e social vigente?

Dito de outro modo, a magna e inquietante questão que hoje se coloca é a de saber qual o preço que estamos dispostos a pagar pela liberdade, ou ainda, de forma mais clara: se a Segurança se deve sobrepor, enquanto valor, à Justiça?”<sup>116</sup>

O pensamento do problema a partir da teoria do contrato social apresenta mais questionamentos do que respostas. Inviável em um trabalho como este responder a perguntas a respeito de uma eventual alteração do acordo e sua legitimidade. O fato é, que em termos práticos, a ideia de adoção de um paradigma securitário e exigência de uma atuação repressiva e eficaz do Estado, aceitando a compressão de direitos fundamentais, abre as portas à arbitrariedade. E a história mostra que estas portas, uma vez abertas, só tendem a se expandir, gerando prejuízos incalculáveis. Estarão os defensores desta solução dispostos a “pagar o preço” da arbitrariedade estatal quando ela for contra eles exercida? Se “cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos”<sup>117-118</sup>, esta posição iria na contramão, representando a disposição de “jogar tudo fora”.

Uma coisa é certa: no contexto de um Estado Democrático de Direito, a supressão desmedida de direitos com vistas à segurança é inviável. Se garantias e liberdades individuais são pedras angulares do Estado, não se pode aceitar sua remoção. Ademais, a possibilidade de arbitrariedade estatal levou, em um passado

---

<sup>115</sup> ANDREATO, op. cit. p. 124.

<sup>116</sup> BRAZ, 2009. p. 287.

<sup>117</sup> SILVA, op. cit. p. 149.

<sup>118</sup> Neste sentido também BRANCO, op. cit.

não muito distante, a regimes totalitários, responsáveis por verdadeiras atrocidades institucionalizadas. Esses também representam uma ameaça grave à estrutura social.

Assim, esta “solução” é inviável. A promoção da segurança é de fato um dever estatal, mas este não pode servir como pretexto para que se ignorem sistematicamente direitos individuais duramente conquistados ao longo da história<sup>119</sup>.

O que temos até agora, então, é que a investigação tradicional é incompatível com as necessidades práticas de resposta ao crime organizado e, portanto, com a necessidade de promoção estatal de segurança. Esta insuficiência advém da “natureza das coisas”, ou seja, uma investigação concomitante à prática da atividade, com enfoque na organização e com as demais características já analisadas é necessária para a apuração dos crimes cometidos por organizações criminosas, e não há como o Direito fechar os olhos para esta situação<sup>120</sup>. O confronto se dá entre os valores constitucionais e a necessidade de atuação político-criminal eficaz do Estado. Analisados os posicionamentos que preferem cegamente um dos lados, vê-se que ambos se mostram inviáveis. O primeiro – que dá prioridade aos direitos e garantias – por ser uma construção teórica desvinculada das necessidades reais; e o segundo – paradigma securitário – por “dar brecha” a arbitrariedades estatais e esvaziar o texto constitucional. Seriam necessárias, então, soluções intermediárias.

Uma possibilidade é a criação de uma dualidade no processo penal: a manutenção de uma sistemática de matriz iluminista, fortemente voltada para os direitos e garantias fundamentais, com uma investigação de reconstrução histórica e raciocínio dedutivo para a investigação de crimes “comuns”; e de um novo modelo, com regras diferentes, caracterizado pela investigação concomitante com foco não-individualista e de raciocínio indutivo para casos de criminalidade organizada. Como defende José Braz:

A investigação criminal deve ser modelada, de forma a responder com diferentes graus de intensidade, a formas e expressões de criminalidade, também elas distintas. Uma investigação criminal a *duas velocidades*, se quisermos utilizar uma expressão próxima das grandes discussões que hoje clivam a dogmática penal (Sánchez. 1999), mas com um sentido e um alcance menos radical, já que, ambas as *velocidades*, se deverão conter, necessariamente, nos limites de um paradigma garantístico mínimo, que não permita, jamais, que o Direito Penal se transforme num mero instrumento de

---

<sup>119</sup> SILVA, op. cit. p. 777.

<sup>120</sup> ANDREATO, op. cit. p. 41.

política criminal (Hassemer.1989), ou enverede pelos perigosos caminhos do chamado “direito emergencial”.<sup>121</sup>

Esta hipótese tem a marcada vantagem de ser coerente com a realidade. Isto porque, de fato, a criminalidade organizada e a “comum” são extremamente diferentes. Já analisados os contrastes, percebe-se que submetê-las ao mesmo sistema é inadequado. A dicotomia proposta teria então a vantagem de oferecer tratamento diferente a realidades desiguais<sup>122</sup>.

Todavia, esta alternativa também apresenta problemas. A questão que se impõe, é: como diferenciar casos de criminalidade organizada e de criminalidade comum? Alguns sistemas legais destacam determinados tipos penais, criando um catálogo para o qual a atuação mais repressiva seria legítima<sup>123</sup>. Mas o critério deixa de ser a realidade criminal, o que é impróprio. Além disso, levantam-se questionamentos como: o que acontece se se usar o sistema de investigação de criminalidade organizada e posteriormente se entender que era caso criminalidade comum? Por ser este regime mais compressor de direitos, haveria nulidade da investigação? A diferenciação deve ser feita caso a caso, ou deve ser legal? Quais seriam os critérios? Teria o Poder Legislativo, em sua atividade eminentemente abstracional, a possibilidade de realizar a contento esta separação? Mas se a classificação fosse caso a caso, com base em quê se realizaria (pois a investigação é o princípio e ainda não há elementos suficientes)?

Dois grandes riscos pairam sob esta alternativa. O primeiro, é que se passe a utilizar uma investigação mais compressor de direitos em todos os casos<sup>124</sup>. A expansão desmedida e desproporcional de métodos especiais de investigação acabaria por enfraquecer sobremaneira os direitos fundamentais conquistados ao longo da história<sup>125</sup>, e a solução desembocaria na troca do sistema valorativo pelo

---

<sup>121</sup> BRAZ, 2015. p. 445.

<sup>122</sup> BECK, op. cit. p. 76.

<sup>123</sup> Como exemplo, o sistema jurídico português estabelece, na Lei nº 05/2002, um rol de tipos penais para os quais seriam permitidos métodos probatórios mais invasivos.

<sup>124</sup> Nesta linha Flávio Cardoso Pereira critica o uso abusivo de alguns métodos, como a entrega vigiada: “sua utilização estaria condicionada ao prévio esgotamento de outras formas tradicionais de investigação. O que se observa, na prática, é que esse meio de investigação encontra-se muitas vezes sendo usado como *prima ratio*, sem que se busque a utilização de outras alternativas investigatórias que não exponham a risco as garantias e direitos dos investigados” in PEREIRA, op. cit. p. 126.

<sup>125</sup> Nas palavras de Gustavo dos Reis Gazzola “o subjulgar das organizações criminosas coloca-se entre as urgências das políticas públicas de segurança e, com essa projeção, pretende justificar a

paradigma securitário. O segundo, é que esta dualidade leve a um “Direito Penal do inimigo”, com alguns cidadãos tendo menos direitos que outros<sup>126</sup>.

Outra perspectiva de mudança é a renovação do sistema processual penal. Seja pelo reconhecimento da alteração de paradigma pela qual a sociedade passou – as batalhas populares do século XVIII já não são mais as demandas contemporâneas –, ou pelo entendimento de que se estabeleceu um novo contrato social. Para os defensores deste posicionamento, o processo penal atual está em crise e é necessário um novo modelo<sup>127</sup>.

Impossível comentar um novo modelo processual penal se nada se diz sobre ele. Se reconhece a fratura do sistema atual, o desequilíbrio e a necessidade de mudança. No entanto, sem propostas concretas e possíveis não há o que se dizer.

A ideia utópica – importante, por indicar a direção – é a proteção de direitos e garantias fundamentais aliada à eficácia estatal de investigação e atuação penal<sup>128</sup>. “Um processo penal operativo, ou seja, garantista e eficaz ao mesmo tempo”<sup>129</sup>; um “processo penal do equilíbrio”<sup>130</sup>.

Os sistemas legais em vigor buscam, de certa maneira, esta compatibilização. Não se adotou nenhuma das soluções alternativas ao modelo processual penal de direitos e garantias individuais. O que se fez foi incluir neste alguns novos métodos de investigação, em sua maioria mais tecnológicos<sup>131</sup>. Não seria errado afirmar que algumas “brechas” foram abertas, permitindo uma atuação mais estratégica das já mencionadas equipes de investigação<sup>132</sup>, privilegiando uma racionalidade utilitarista mas sem alterar o paradigma valorativo. É o caso, por exemplo, da colaboração

---

adoção de medidas penais e processuais, as quais podem resvalar no desrespeito a direitos e garantias individuais que asseguram a prevalência da dignidade da pessoa humana”. GAZZOLA, op. cit. p. 148.

<sup>126</sup> “Debemos estar prevenidos para evitar que ante el justificativo ideológico de un *combate a la delincuencia organizada* o en la *lucha contra el terrorismo* demos paso a la instauración de un *Derecho Penal del enemigo* e inclusive de un *Derecho procesal penal del enemigo*.” – PASQUEL, op. cit. p. 86.

<sup>127</sup> “urge necessária uma profunda reforma legislativa a respeito do tema, proporcionando fundamentos legais coerentes com a aplicação dessas técnicas policiais em situação de conformidade constitucional.” PEREIRA, op. cit. p. 142.

<sup>128</sup> Neste sentido Eduardo Cambi afirma que as Constituições contemporâneas podem ser consideradas “utopias de direito positivo, porque jamais se realizam de forma plena. [...] trazem *metas* colocadas, pelo Direito, para a transformação da sociedade.” CAMBI, op. cit. p. 27.

<sup>129</sup> PEREIRA, op. cit. p. 142.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> BALTAZAR JR., op. cit. p. 21.

<sup>132</sup> Que não raras vezes são especialmente designadas para atender casos de criminalidade organizada.

premiada<sup>133</sup>, das ações controladas<sup>134</sup>, infiltração de agentes<sup>135</sup>, e outras técnicas especiais de investigação. Não se tratam, necessariamente, de grandes inovações<sup>136</sup>, mas são métodos que de alguma forma podem limitar o arcabouço de direitos e garantias fundamentais individuais, aumentando a efetividade da atuação repressiva estatal.

O que é importante ter em mente é que as necessidades investigativas de análise mais profunda exigem métodos que trazem consigo uma maior invasão na esfera de direitos individuais. Por esta razão, estes não podem ser usados livremente. Ao permitir, por necessidades fáticas, o uso de estratégias diversas na investigação criminal, estas devem ser limitadas<sup>137</sup>. Tais restrições são o elo que assegura a submissão destas técnicas ao Estado de Direito, que garante o respeito aos valores constitucionais e afasta a adoção integral de uma racionalidade utilitarista – incabível no modelo processual de base kantiana. São estas inovações e delimitações que devem ser analisadas.

Dignos de nota os chamados métodos ocultos de investigação. Fruto, em grande parte, do avanço tecnológico. São técnicas mais invasivas, como por exemplo a interceptação telefônica, escuta ambiental ou monitoramento GPS<sup>138</sup>. Em apertada síntese poderia se dizer que “métodos ocultos de investigação” são meios dissimulados de obtenção de indícios criminais, nos quais o investigado não tem conhecimento de que as provas estão sendo produzidas. Pela falta de consciência da vigilância, acaba por colaborar com a investigação, fornecendo uma série de informações. A Lei nº 12.850/13 prevê expressamente o uso de alguns destes meios de obtenção de prova em seu artigo terceiro<sup>139</sup>.

---

<sup>133</sup> Prevista no artigo 4º da Lei nº 12.850/13; art. 26 da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/04) e art. 41 da Lei nº 11.343/06.

<sup>134</sup> Prevista pelos artigos 8 e 9 da Lei nº 12.850/13 e artigo 53 da Lei nº 11.343/06.

<sup>135</sup> Previsão nos artigos 10 e seguintes da Lei nº 12.850/13, artigo 21 da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/04) e artigo 53 da Lei nº 11.343/06.

<sup>136</sup> A colaboração premiada, por exemplo, era prevista nas ordenações filipinas, que em seu livro V, Título CXVI estabelece “Como se perdoará aos malfetores que derem outro à prisão” – a respeito GAZZOLA, loc. cit. Versão digitalizada das ordenações filipinas disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 11 de dezembro de 2017, às 09:55.

<sup>137</sup> PEREIRA, op. cit. p. 100-101.

<sup>138</sup> PEREIRA, op. cit. p. 99.

<sup>139</sup> *In verbis*: “Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e

Mas se, por exemplo, o direito de não se auto-incriminar, protegido pela Constituição; pelo Pacto Internacional pelos Direitos Civis e Políticos<sup>140</sup> e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>141</sup>, entre outros documentos, “implica a proibição de qualquer ato estatal que impeça, condicione ou perturbe a vontade do indivíduo de não contribuir para o processo sancionatório contra ele dirigido”<sup>142</sup>, seriam tais métodos permitidos em nosso sistema? Aquilo que é dito pelo investigado pode ser usado como uma confissão? Esta só é válida se for consciente e voluntária, realizada pelo indivíduo ciente de seus direitos fundamentais<sup>143</sup>. Qual grau de consciência e voluntariedade existiria em alguém que fala e age sem saber que está sendo monitorado? Lembre-se ainda que a Constituição (além de outros diplomas legais) protege o direito à intimidade, à vida privada<sup>144</sup> e ao sigilo das comunicações<sup>145</sup>. Não há dúvidas que os métodos tecnológicos comprimem mais fortemente os direitos do investigado<sup>146</sup>. Em que medida, então, tais ferramentas investigativas estariam de acordo com a ordem constitucional?

É curioso que medidas que implicam na maior intromissão do Estado na vida dos particulares advenham em decorrência de uma conquista iluminista: a investigação científica. Esta era buscada justamente para combater a violência e a arbitrariedade estatais, e pela marcada efervescência e valorização do conhecimento<sup>147</sup>. Mais uma vez, havia um forte traço de proteção do cidadão em face do Estado. Hoje, no entanto, pode-se dizer que a situação é outra. Cada vez mais apegado às provas científicas – por acreditar em sua maior confiabilidade e pelas inovações tecnológicas constantes em nossa sociedade – o cenário atual é de uso destas provas de forma a limitar cada vez mais os direitos individuais. A evolução científica se deu de tal modo que os instrumentos de investigação passaram a ser capazes de infiltrar-se na vida particular do investigado, gerando inclusive mais informações do que as inicialmente objetivadas. Hoje, é possível descobrir a exata

---

fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.”

<sup>140</sup> Artigo 14, II e III. Pacto da Assembleia Geral da ONU- 1996.

<sup>141</sup> Artigo 8, II, g.

<sup>142</sup> RAMOS, 14

<sup>143</sup> Ibid. p. 10.

<sup>144</sup> Inciso X do Artigo 5º da Constituição Brasileira.

<sup>145</sup> Inciso XII do Artigo 5º da Constituição Brasileira.

<sup>146</sup> PEREIRA, op. cit. p. 100.

<sup>147</sup> PEREIRA, Eliomar da Silva. **Investigação, Verdade e Justiça**: A Investigação Criminal como Ciência na Lógica do Estado de Direito. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

localização de uma pessoa, com quem ela se comunica e o que diz, ter conhecimento de todas suas ações em seu computador. A tecnologia permite uma investigação de todos, a todo tempo. Uma vigilância que abrange mais pessoas do que as visadas pelo inquérito. É o que se chama de “investigação de arrasto”, ou “monitoramento social”, o que frequentemente é usado sob a alegação da prevenção de riscos. Um incremento do tradicional modelo do panóptico, com a diferença que, desta vez, ele é muitas vezes requisitado pela própria sociedade, em uma evidente autolesão de seus direitos justificada pelo novo complexo securitário, que foi trazido pela sociedade de risco. Permite a distopia do *Big Brother* de George Orwell.

Outro ponto digno de destaque é a necessidade de internacionalização da investigação criminal. Já analisado que as organizações possuem atuação transnacional, ignorando as limitações geopolíticas do globo. No entanto, os sistemas oficiais de controle obedecem às regras de soberania. Neste cenário os Estados não conseguem agir de forma efetiva. Uma das possibilidades de reação estatal é a formação de equipes conjuntas de investigação. Estas têm a marcada vantagem de dispensar o uso de instrumentos burocráticos, como cartas rogatórias, e permitir certa atuação transnacional, facilitando a comunicação entre os Estados. Tratar-se-ia de um acordo entre países, que teria por objeto a designação de uma equipe de investigação com finalidade e duração determinadas, podendo esta atuar em qualquer dos países signatários<sup>148</sup>.

A Convenção de Palermo – integrada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 5.015/04 – demonstra claramente a preocupação em favorecer a cooperação jurídica entre os Estados signatários em termos de investigação da criminalidade organizada. A questão é tratada, por exemplo, no artigo 7º, número 1, alínea b, em relação à lavagem de dinheiro; artigo 13, para efeitos de confisco; no artigo 16 quanto à extradição; artigo 17 sobre a transferência de condenados; artigo 18 em relação à assistência judiciária recíproca; artigo 19 no que tange a

---

<sup>148</sup> Flávio Pereira conceitualiza: “Uma equipe conjunta de investigação consiste em um agrupamento temporal, de dois ou mais representantes das autoridades competentes dos Estados-membros de uma determinada organização internacional, a exemplo da União Europeia, com a finalidade de esse levar a cabo uma investigação criminal contra uma determinada organização de delinquentes organizados, buscando, ainda, o encontro de provas e outros elementos de convicção, que possam levar a uma futura desarticulação do grupo criminoso e a punição de seus respectivos membros.” *In* PEREIRA, Flávio. op. cit. p.131.

investigações conjuntas; artigo 21, número 2, quanto à cooperação internacional na investigação; e artigo 28 a respeito do intercâmbio de informações<sup>149</sup>.

Esta interação é decorrência de um processo de globalização cada vez mais nítido. Os problemas que podem se levantar surgiriam de uma eventual incompatibilidade dos modelos legais dos países signatários de tais pactos e da legitimidade dos agentes atuantes. Isto porque a soberania ainda é extremamente valiosa em âmbito internacional, e, assim, toda atuação conjunta é limitada pelo poder individual de cada país. Por exemplo, se um meio de produção de prova for admitido por uma nação, mas não por outra, como se resolveria? E qual a legitimidade de um funcionário público estrangeiro para realizar ações em território nacional? O primeiro questionamento poderia ser resolvido pelas regras que se aplicam aos acordos de produção de prova no exterior, sendo inadmissíveis meios que se considerem ilegais no Brasil. Para facilitar esta questão, inclusive, os países vêm cada vez mais assinando acordos internacionais que visam a uniformização legislativa<sup>150</sup>. O aspecto da legitimidade de atuação de autoridade estrangeira, por outro lado, poderia ser analisado como uma delegação de tarefa determinada, e exigida sempre a presença de um funcionário público nacional. Assim, se protegeria a soberania.

Outra questão a ser levantada é a respeito do tempo e dos objetivos da investigação. Isto porque, sendo esta concomitante a uma atividade criminosa em andamento, seu objetivo não é apenas o de apurar as infrações cometidas pela organização, mas também enfraquecer o grupo e até acabar com a sua atuação. Nas palavras de José Braz: “O objetivo nevrálgico deste nova estratégia (sic) é conhecer e interpretar uma realidade dinâmica e contemporânea, uma atividade em curso, que se pretende **neutralizar e interromper**, e não uma realidade estática consumada, ocorrida no passado, que se pretende reconstituir”<sup>151</sup>. Ou seja, exercem-se dois papéis: o de investigação, com o fim de apurar crimes já ocorridos ou até mesmo delitos presentes; e o de segurança pública, monitorando uma entidade criminosa e buscando seu enfraquecimento. A este respeito cumpre frisar que a já citada

---

<sup>149</sup> CONVENÇÃO das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). 15 de novembro de 2000. Promulgada por BRASIL, Decreto nº 5.015, de 12 e março de 2004. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>.

<sup>150</sup> Interessante destacar inclusive que José Afonso da Silva afirma que vivemos uma era de *constitucionalismo global*, dada a relevância que têm assumido os pactos internacionais – com destaque para a esfera dos direitos humanos.

<sup>151</sup> Braz, 2015. p. 419.

Convenção de Palermo se autodenomina Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, e indica como seu objetivo (artigo 1º) “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”. Ou seja, demonstra claramente uma postura combativa em relação ao crime, o que altera a tradicional postura de atuação estatal como resposta ao crime. Parece haver, de fato, uma ideia de enfrentamento.

Cabe o questionamento: pode o processo penal passar a buscar ações contemporâneas e futuras? A natureza do Direito Processual Penal é de atuação repressiva, ou seja, posterior à violação da norma. A investigação da criminalidade organizada, por utilizar-se de método indutivo, procura conhecer o presente da organização e inclusive prever sua atuação futura, fundindo as funções jurisdicionais e de segurança pública ao sobrepor às finalidades da investigação uma vocação para a repressão, enfraquecimento e desmantelamento da organização criminosa. Como afirma ainda o mesmo autor: “O tempo da segurança é, pois, distinto do tempo da Justiça e não devem ser confundidos<sup>152</sup>. Como, então, compatibilizar as ações? É possível esta atuação contemporânea e futura da Justiça? Estaria-se imitar a ficção e passando a um sistema de *minority report*<sup>153</sup>?

Neste aspecto, a Convenção de Palermo mais uma vez demonstra a mudança: diversos artigos indicam a preocupação com a prevenção do crime. O supracitado artigo 1º elenca esta como um objetivo dos países signatários. O tema é especificamente tratado pelo artigo 31º. Dispõe que “Os Estados Partes procurarão elaborar e avaliar projetos nacionais, bem como estabelecer e promover as melhores práticas e políticas para prevenir a criminalidade organizada transnacional”, e ainda elenca algumas medidas para a melhor realização deste intuito. A este respeito interessante também as disposições dos artigos 9º e seguintes da Lei nº 9.613/98, lei de lavagem de capitais, que impõem uma série de obrigações a instituições financeiras com o intuito de monitoramento geral, para a identificação de possíveis movimentações ilícitas<sup>154</sup>.

A análise apenas de fatos passados é quase impossível. Pois no acompanhamento concomitante da investigação, fatos presentes e futuros acabam

---

<sup>152</sup> Ibid. p. 434.

<sup>153</sup> Filme do ano 2002, escrito por Philip K. Dick (roteiro de Scott Frank e Jon Cohen), dirigido por Steven Spielberg.

<sup>154</sup> BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998.

por chegar a conhecimento das autoridades. Seria ilógico que não houvesse qualquer reação. Mas não se pode aceitar que a investigação criminal se transforme na atuação securitária previa aos fatos. Desta forma, se entende que a investigação de crimes presentes só é legítima se justificada por um outro fato anterior<sup>155</sup>. Assim se respeitaria o tempo específico (análise de fatos pretéritos) da atuação penal.

A legislação começa a se adaptar a esta nova realidade. Compreende, por um lado, que são necessárias ferramentas mais eficientes de enfrentamento ao crime organizado; por outro, que estas são invasivas. Busca-se um equilíbrio. Parece nítido que tais medidas excepcionais – se é que se pode assim chama-las – só deveriam ser adotadas em casos também excepcionais<sup>156</sup>. Então são positivadas restrições ao uso de tais métodos, critérios que estabelecem quando sua incidência será justificada.

Uma cláusula de contenção temporal seria a necessidade de toda ação prospectiva se basear em um elemento anterior. Assim, se evita que a investigação ocupe um espaço temporal que não é seu – o da segurança. É inevitável que no curso de uma atividade de compreensão concomitante à ação delituosa, venha a conhecimento das autoridades planos feitos pela organização. Estes devem ser tratados por outro paradigma, nunca pela intervenção do Direito Penal, que só pode agir após o início da prática delituosa.

Quanto à adoção de métodos ocultos de investigação, as restrições legais se dão de várias formas. Um exemplo é o estabelecimento de tipos específicos nos quais podem ser usados<sup>157</sup>. Evita-se, assim, que procedimentos compressores de direitos fundamentais se utilizem em casos de menor importância.

Além de restringir o âmbito de aplicação destas técnicas, é contido o tempo pelo qual elas podem ser utilizadas. Como exemplo bem claro cita-se o artigo 5º da Lei 9.296/96, que versa sobre a interceptação telefônica. Esta será concedida pelo período de quinze dias – prorrogável mediante fundamentação adequada. Visa-se, por óbvio, evitar um monitoramento eterno, reconhecendo sua potencialidade lesiva.

Outro recurso utilizado pela legislação é a “pré-judicialização” do inquérito. Tradicionalmente, o juiz não interfere nesta fase pré-processual. No entanto, ao

---

<sup>155</sup> Neste sentido PEREIRA, Eliomar. op. cit.

<sup>156</sup> Ibid. p. 142 e ORSI, op. cit. p. 113.

<sup>157</sup> “[...] algunas leyes especiales han comenzado a conmovier este esquema general, introduciendo herramientas prácticas, aplicables a um número limitado de delitos. Su excepcionalidade estaria determinada por las características, también excepcionales, de la prevención de los delitos complejos, ante el fracaso de los métodos tradicionales”. ORSI, op. cit. p. 133.

reconhecer que as provas científicas passaram a interferir de forma cada vez mais marcada na esfera privada dos investigados, os sistemas processuais penais passaram a adotar a figura do chamado “juiz de garantias”, que representa uma interferência judicial no inquérito nas situações em que os direitos individuais possam ser comprimidos. O ordenamento jurídico pátrio adota esta forma de contenção da atividade investigativa. Por exemplo, a Lei 12.850/13, exige autorização judicial para as ações controladas (artigo 8º, § 1º); infiltração de agentes (artigo 10º) e sujeita o acordo de colaboração à homologação judicial (artigo 4º, § 7º). A interceptação telefônica também exige a atuação judicial (artigo 5º, XII da Constituição e artigo 1º da Lei nº 9.296/96). Da mesma forma faz a Lei nº 11.343/06 em relação à ação controlada e o uso de agentes infiltrados. Mesmo buscas e apreensões demandam autorização judicial (conforme artigo 5º, XI, da Constituição e artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal).

A princípio esta forma de interferência judicial no inquérito parece positiva, eis que busca um equilíbrio entre a efetividade e as garantias<sup>158</sup>. Cria-se uma espécie de “vigilante” dos direitos individuais<sup>159</sup>.

No entanto, esta judicialização, digamos, do inquérito não tem se mostrado eficaz. Leciona Manuel da Costa Andrade:

Durante muito tempo ter-se-á acreditado que o Juiz poderia figurar como barreira eficaz contra o recurso exagerado às medidas. Uma expectativa que, como de todos os lados hoje se reconhece, os factos acabaram por frustrar em toda a linha. Se poupar nas palavras, hoje é corrente falar-se de ‘capitulação dos tribunais’. Nesta linha e com insistência vem ASBROCK falando de ‘mito’ do controlo judicial a que também se refere como ‘*Trostpflaster*’ ou ‘*Scheinlegitimation*’. E fá-lo apoiado em estudos empíricos que demonstram que a recusa de uma medida pelo Juiz está na razão das escassas unidades para os vários milhares de deferimentos. A regra é o deferimento em praticamente 100% dos pedidos e, sobretudo, o deferimento com generalizada remissão ou assunção passiva dos argumentos e fundamentação avançadas pelo Ministério Público.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> PEREIRA, Eliomar. p.110.

<sup>159</sup> No modelo Brasileiro, o magistrado que atua na fase inquisitorial é o mesmo que posteriormente instruirá e julgará o processo. Isto é muito criticado por enfraquecer a estrutura acusatória do processo, uma vez que o juiz tem contato anterior com o processo, inclusive tomando decisões. Isto contaminaria o juiz, que de certa forma interferiu na instrução e, por isso, não seria tão isento, podendo contaminar a decisão final. Esta discussão, no entanto, ultrapassa os limites deste trabalho.

<sup>160</sup> ANDRADE, 2009. p. 547.

Ou seja, mais uma vez a teoria e a prática se encontram em conflito. O deferimento quase total de pedidos pode se justificar na medida em que a apenas uma das partes é dada a oportunidade de manifestação. Como chegar a uma decisão racional, livre de influências, se se ouve só um dos lados? Por outro lado, inviável o exercício do contraditório. Se o investigado fosse chamado a se manifestar sobre um pedido de utilização de método oculto de investigação, este deixaria de ser oculto, e seria totalmente ineficaz.

Nestes casos, o que ocorre é que durante o processo o réu pode exercer o “contraditório diferido”, levantando os argumentos contrários à produção de determinado elemento de convicção. Caso se entenda que assiste razão ao acusado, elimina-se a prova produzida irregularmente por meio invasivo. O problema deste modelo é que, como o próprio nome sugere, o contraditório é tardio. Quando se reconhece que o método oculto foi indevidamente utilizado, alguns dos direitos do cidadão – como a intimidade – já foram violados. Sugere-se, então, que fosse chamada a interferir nesta fase a Defensoria Pública, que poderia apresentar resistência ao pedido em nome do acusado. Não se trata, lógico, do contraditório mais efetivo, uma vez que não é dada a oportunidade de manifestação ao interessado. Mas, sendo esta inviável, pelo menos haveria um contraponto. Tratar-se-ia de mais uma barreira à violação de direitos.

Frise-se ainda que a decisão judicial que autoriza a utilização de métodos compressores de direitos tem uma série de requisitos. É claro, primeiramente, que deve ser uma decisão fundamentada. E não apenas de forma genérica, mas que aponte razões no caso concreto pelas quais a ação é imprescindível. Necessárias fundadas razões que indiquem o provável sucesso dessa, para a aptidão da técnica especial<sup>161</sup>. Além disso, deve ser demonstrado o meio de obtenção de prova a ser utilizado é indispensável, ou seja, que não há como alcançar os resultados pretendidos através de outro, menos invasivo<sup>162</sup>. Métodos ocultos representam, então, a *ultima ratio*, só se pode recorrer a eles quando as técnicas tradicionais se

---

<sup>161</sup> GEBRAN NETO, op. cit. p. 124.

<sup>162</sup> “sempre que houver alternativas que garantam de modo satisfatório o objeto que justifica o limite, devem ser rechaçadas todas aquelas que resultem mais gravosas para o direito objeto da limitação. O meio será indispensável sempre que o legislador não possa eger outra medida limitadora igualmente efetiva e menos gravosa para o direito fundamental afetado.

*O sacrifício do bem ou do direito constitucionalmente protegido deve ser indispensável e o menor possível para que seja legítimo*“. Ibid. p. 115.

mostram insuficientes<sup>163</sup>, são excepcionais<sup>164</sup>. Imperioso também que seja adequado para o fim pretendido<sup>165-166</sup>.

A decisão deve guiar-se também pela noção de proporcionalidade, um balanço entre as possíveis vantagens do uso de tais recursos e a compressão de direitos<sup>167</sup> (justamente por isso se restringem muitas vezes os tipos penais que permitiriam estes meios de obtenção de prova, para evitar que a proteção de bens jurídicos de menor importância fundamente a limitação de direitos constitucionais). Meios de prova invasivos seriam evitados sempre que possível, o que demonstra uma prevalência dos valores constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Portanto, no conflito entre a necessidade de um processo penal apto a colaborar com a segurança coletiva e um sistema altamente protetor de direitos e garantias fundamentais, não se pode afirmar a prevalência de qualquer um dos valores<sup>168</sup> – ambos constitucionais e extremamente importantes, ambos fundantes do modelo de Estado presente. Deixa-se, então, a decisão para a ponderação a ser realizada no caso concreto<sup>169</sup>. Lembrando sempre que tanto a segurança (realizável mediante um processo penal eficaz) quanto a proteção individual são direitos fundamentais, mas, também, que nenhum direito fundamental é absoluto<sup>170</sup>, sendo possível a compatibilização. Se a Constituição é harmônica e seus princípios possuem plasticidade tal que permitem a convivência de direitos em choque, a delimitação destes deve ser cuidadosa, buscando a máxima efetividade da Carta Magna.

Por ora, a situação é esta: as soluções teóricas de escolha irrestrita pela segurança ou pelos direitos individuais não se mostram satisfatórias. A adoção de um sistema dual traz consigo a dificuldade de uma separação coerente e realizável dos casos de criminalidade organizada. A mudança de paradigma processual penal se mostra, então descabida. Mesmo que se reconheça a necessidade de permanência do modelo atual, admite-se que este enfrenta uma crise.

O que a legislação tem buscado é, de certa maneira, “aparar arestas”. Admite-se no ordenamento jurídico alguns meios de prova mais compressores de direitos

---

<sup>163</sup> ANDREATO, op.cit.

<sup>164</sup> PEREIRA, Flávio. op. cit. p. 118.

<sup>165</sup> GEBRAN NETO, op. cit. p. 124.

<sup>166</sup> BALTAZAR JR., op. cit.

<sup>167</sup> GEBRAN NETO, op. cit. p. 117.

<sup>168</sup> BALTAZAR JR., op. cit.

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> ANDREATO, op. cit.

individuais sem alterações profundas no sistema. Mas se reconhece que, por sua característica invasiva, devem ser limitados. Assim, ao mesmo tempo se permite e se restringe a investigação estratégica e o uso de métodos ocultos de investigação, a fim de garantir que meios de prova capazes de interferir nos direitos individuais sejam usados apenas em casos de necessidade, de forma subsidiária (*ultima ratio*) e limitada<sup>171</sup>.

Estas contenções se demonstram primordialmente na judicialização do inquérito. Ao condicionar determinadas práticas investigativas a exame jurisdicional, além de impor certa vigilância sobre os direitos fundamentais do investigado (pelo magistrado), se condiciona a utilização dessas a uma série de requisitos, como a necessidade, proporcionalidade e adequação. A incidência destes princípios reitores visa garantir uma utilização razoável e ponderada de tais métodos, evitando arbitrariedades.

Esta é a resposta mais adequada no presente momento. A tentativa de compatibilização das missões assecuratórias individual e coletiva do Estado, a busca pelo “processo penal operativo”, que compatibilize as garantias individuais e a eficácia.

#### **4. Conclusões**

O Estado foi criado visando, primordialmente, a segurança de seus cidadãos. Para isso é dotado de imperatividade e da possibilidade de tipificar crimes a atribuir penas, protegendo aquilo que é mais caro para uma dada sociedade. Para cumprir esta missão, precisa ser dotado de um sistema investigatório que possibilite a averiguação dos delitos cometidos.

Ao mesmo tempo, a atuação estatal tem de ser limitada. A experiência histórica demonstra que sem contenção o poder tende a ser exercido de forma arbitrária, e o Estado passa a violar os direitos que deveria proteger, oprimindo o cidadão. Com isso, a relação indivíduo-Estado apresenta uma dupla dimensão: a proteção de direitos do cidadão *através* e *em face* do poder estatal. O ponto culminante desta tensão é o

---

<sup>171</sup> PEREIRA, Flávio. op. cit.

Direito Penal, que ao mesmo tempo protege os bens mais essenciais da sociedade (bens jurídicos penais), e pune quem os lesa da forma mais severa permitida pelo ordenamento jurídico.

A regular atuação penal do Estado é, então, necessária para a sociedade, sempre restrita a uma série de limitações legais.

Uma nova realidade criminal, no entanto, tem afetado o equilíbrio deste sistema: a criminalidade organizada. Esta apresenta particularidades que quase inviabilizam a efetividade da investigação tradicional. Surge, assim, a necessidade de uma investigação mais intrusiva, com tempo e racionalidade diversos dos teorizados pelos sistemas processuais penais ocidentais.

Apresentado o conflito, viu-se que surgem, basicamente, cinco opções: (i) o apego cego e irrestrito aos direitos e garantias fundamentais; (ii) o privilégio às necessidades práticas; (iii) a cisão do sistema processual penal, com a adoção de métodos diversos para a criminalidade comum e a organizada; (iv) a criação de um sistema novo; e (v) a busca de adaptação do sistema atual para a compatibilização de novos métodos.

As duas primeiras concepções foram rechaçadas por ser extremadas e, conseqüentemente, levar a resultados inviáveis que, em última análise, colocariam em cheque a estrutura estatal constitucional. A não-aderência ao terceiro modelo motivou-se pela dificuldade da divisão de casos e pela impossibilidade de abrir exceções à incidência de direitos e garantias processuais em um regime democrático. A quarta opção parece muito tentadora, mas foi afastada pela ausência de perspectivas concretas que se possam analisar. Por fim, entendeu-se como a melhor opção a manutenção do sistema processual penal vigente, com direitos e garantias mínimos aos investigados, e a tentativa de compatibilização deste com novos métodos investigativos.

Reconhecendo que a adoção de métodos de investigação mais invasivos é problemática, ainda mais no âmbito da investigação – quando há apenas indícios da possível prática de crime pelo agente – imperiosa a adoção de limites ainda mais estritos, barreiras legais para sua utilização. Tais métodos só podem ser admitidos em situações excepcionais. Por esta razão, ordenamentos jurídicos que permitem esta expansão das possibilidades investigativas, em geral, submetem-nas a restrições como a necessidade de autorização judicial prévia e fundamentada, limitação

temporal, restrição de tipos penais em que a utilização destes métodos é permitida etc.

Sugere-se a adição de outra forma de contenção: a participação da defensoria pública em inquéritos que visem utilizar métodos ocultos de investigação. Tratar-se-ia de um adiantamento do contraditório que não prejudicaria o sigilo e, conseqüentemente, a efetividade da medida. Mais uma vez, a questão não se resolveria, mas os problemas poderiam ser amenizados. O ideal, é claro, seria um procedimento ao mesmo tempo efetivo e que não limitasse direitos individuais. Mas isso não parece possível. Entre as soluções vislumbradas hoje, esta tentativa de compatibilidade, com a possibilidade de métodos ocultos de investigação submetidos a limites mais estritos parece a melhor. Parece ser a solução que busca e, então, mais se aproxima, do ideal de um processo que possa atender de forma efetiva aos seus propósitos sem limitar quaisquer direitos e garantias do cidadão.

## Referências

AMORIM, Carlos. CV-PCC: A Irmandade do Crime. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. Manuel da Costa. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Métodos Ocultos de Investigação: Plädoyer para uma teoria geral. In Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coordenação MONTES, Mário Ferreira e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 531.

ANDREATO, Danilo. Técnicas Especiais de Investigação: premissas teóricas e limites constitucionais. Arraes editores. Belo horizonte. 2013.

BALTAZAR JR., José Paulo. Limites Constitucionais à Investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal. In: CUNHA; GOMES e TAQUES, Rogério Sanches; Luiz Flávio e Pedro (coords.). Limites Constitucionais da Investigação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BECK, Francis Rafael. A Criminalidade de Colarinho Branco e a Necessária Investigação Contemporânea a Partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “andar de cima”. Tese de Doutorado apresentada à Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. 2013.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: Tópicos de Teoria Geral. In: BRANCO e MENDES, Paulo Gustavo Gonet; Gilmar Ferreira. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAZ, José. Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado. In: PALMA; DIAS e MENDES, Maria Fernanda; Augusto Silva E Paulo de Sousa (coord.), 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. Investigação criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal: interdependências e limites num estado de direito democrático. Almedina. 2015. Coimbra.

BELING, Ernst. Derecho Procesal Penal. Tradução Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943.

BRASIL. Constituição. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9613.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850. 02 de agosto de 2013. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANTON FILHO, Fábio Romeu. Bem Jurídico Penal. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). 22 de novembro de 1969. Disponível em <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 30 de novembro de 2017, às 10:48.

CONVENÇÃO das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). 15 de novembro de 2000. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 15:13. Convenção promulgada no Brasil em 12 de março de 2004, pelo Decreto nº 5.015.

**CORREIO DO POVO**, Porto Alegre, 13 de setembro de 2017. Disponível em <<http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Policia/2017/9/628425/Traficantes-teria-determinado-toque-de-recolher-em-Gravatai>>.

COSTA JÚNIOR, Jairo e SANTOS, Luan. Traficantes impõem toque de recolher a agentes sociais em Pau da Lima. **CORREIO**. Salvador, 08 de agosto de 2017. Disponível em: < <http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/traficantes-impoem-toque-de-recolher-a-agentes-sociais-em-pau-da-lima/>>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

DECLARAÇÃO de Direitos do Bom Povo da Virgínia = Declaration of Rights Made by the Representatives of the Good People of Virginia. 16 de julho de 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es->>

at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>.

Acesso em 05 de dezembro de 2017, às 21:32.

DECLARAÇÃO de Independência dos Estados Unidos da América = United States Declaration of Independence. 04 de julho de 1776. Disponível em: <[http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)>. Acesso em 06 de dezembro de 2017, às 15:14.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão = Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. 26 de agosto de 1789. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 06 de dezembro de 2017, às 15:30.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos = The Universal Declaration of Human Rights. 10 de dezembro 1948. Disponível em <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em 03 de dezembro de 2017, às 19:15.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 1. ed. Reimpressão. Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ESTARQUE, Mariana. 'Reféns' de tiroteio na Rocinha, jovens perdem vestibular e adiam sonho. **FOLHA DE S. PAULO**. 02 de outubro de 2017. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1923445-refens-de-tiroteio-na-rocinha-jovens-perdem-vestibular-e-adiam-sonho.shtml>>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 19:03.

FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: a imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In CUNHA; GOMES e TAQUES, op. cit.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: CUNHA, GOMES e TAQUES, op. cit.

GEBRAN NETO, João Pedro. A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: A Buscade uma Exegese Emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Márcio Schlee. A prova inidiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e interferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985 (Original Uber die Verfassung, 1863).

LEITÃO, Leslie. Morte de estudante desencadeia mais uma guerra entre quadrilhas no Rio. **G1**. Globo Comunicação e Participações 29 de outubro de 2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/morte-de-estudante-desencadeia-mais-uma-guerra-entre-quadrilhas-na-zona-norte-do-rio.ghtml>>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 08:25.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO e MENDES, Paulo Gustavo Gonet; Gilmar Ferreira. op. cit.

MILAN, Pollianna e PERES, Aline. Tráfico impõe toque de recolher na CIC. **GAZETA DO POVO**. Curitiba, 06 de setembro de 2011. Disponível em < [.http://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/trafico-impoe-toque-de-recolher-na-cic-bq1ucvm3t2cgffvj3fkx766vi](http://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/trafico-impoe-toque-de-recolher-na-cic-bq1ucvm3t2cgffvj3fkx766vi)>;

**O GLOBO**. Bandidos decretaram toque de recolher na Favela da Rocinha. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2017. Disponível em <

<https://oglobo.globo.com/rio/bandidos-decretaram-toque-de-recolher-na-favela-da-rocinha-21836529>>. Acesso em 08 de dezembro de 2017, às 20:56.

ORDENAÇÕES Filipinas. 1870. Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 11 de dezembro de 2017, às 09:55.

ORSI, Omar Gabriel. Sistema Penal y Crimen Organizado: Estrategias de Aprehensión y criminalización del conflicto. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. 16 de Dezembro de 1966. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em 30 de novembro de 2017, às 12:05. Incorporado à legislação brasileira pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

PASQUEL, Afonso Zambrano. Delincuencia Organizada Transnacional: Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal. Guayaquil: Edilex, 2011.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A Moderna Investigação Criminal. In: CUNHA; GOMES e TAQUES. op. cit.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Investigação, Verdade e Justiça: A Investigação Criminal como Ciência na Lógica do Estado de Direito. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais do Direito Penal. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Verga: Lisboa, 1998.

\_\_\_\_\_. O conceito de Bem Jurídico como Padrão Crítico da Norma Penal Posto à Prova. Tradução revista por Jorge de Figueiredo Dias. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n. 23. p. 1-37. Coimbra: 2013.

SANCTIS, Fausto Martin. Constituição e Regime das Liberdades. In: CUNHA, GOMES e TAQUES. op. cit. p. 89.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VASCONCELOS, Ana Luiza. Traficantes anunciam toque de recolher e fecham comércio em bairro de Niterói. **AGÊNCIA BRASIL**, Brasília, 11 de setembro de 2017. Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/traficantes-anunciam-toque-de-recolher-e-fecham-comercio-em-bairro-de-niteroi>>.