

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O AGENTE INFILTRADO COMO
MEIO DE INVESTIGAÇÃO E DE PROVA**

GABRIEL MAGRO HERNANDES

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O AGENTE INFILTRADO COMO
MEIO DE INVESTIGAÇÃO E DE PROVA**

GABRIEL MAGRO HERNANDES

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para a obtenção do título de
Especialista em Direito Penal e Processual Penal,
sob a orientação do Profº Mário Coimbra.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2017

Organização Criminosa e o Agente Infiltrado como Meio de Investigação e de Prova

Monografia/TC aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de Especialista.

MÁRIO COIMBRA

RENATO TINTI HERBELLA

GERSON FAUSTINO ROSA

Presidente Prudente, 20 de abril de 2017

Todas as grandes coisas são simples. E muitas podem ser expressas numa só palavra: liberdade; justiça; honra; dever; piedade; esperança. (Winston Churchill)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, mestre insubstituível, Pai misericordioso, por ter me concedido o dom da vida, e, ainda, apesar dos obstáculos, me mantém perseverante em meus objetivos.

Aos meus pais, João Batista e Maria Rosalia, pelo amor e incondicional apoio, a quem devo todas minhas realizações, por acreditarem nos meus sonhos e jamais desistirem de mim.

A minha avó, Julia Martinez Arenales Magro, exemplo de bondade, pelo carinho e por todos os mimos oferecidos.

Aos meus irmãos, João Felipe e Igor, grandes amigos, por todo apoio depositado no decorrer de minha vida.

A minha namorada, Juliane, pelo amor, paciência e companheirismo.

Ao meu orientador, Professor Mário Coimbra, por transmitir seu conhecimento com sabedoria; mestre que ensina por vocação.

Muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho analisa a aplicação do instituto da infiltração de agentes policiais em organização criminosa como técnica especial no alcance de provas. Para tanto, para que fosse possível apresentar meios alternativos que possibilitassem um combate mais eficaz à criminalidade organizada, foi realizada uma pesquisa indireta bibliográfica, que tem por base estudos de renomados doutrinadores que demonstram desmedido conhecimento sobre os enunciados que interessam a este trabalho. Primeiramente, cuidou-se de traçar o panorama histórico da evolução das Organizações Criminosas, cuja origem é centenária e, atualmente, é um dos maiores impasses para os órgãos de segurança pública dos Estados. O expressivo crescimento e desenvolvimento das organizações criminosas, nos últimos anos, fez com que o aparato legislativo perdesse sua força, sendo necessária a reavaliação dos métodos tradicionais, para se combater o crime organizado. Esta ineficácia contribuiu para que os legisladores elaborassem nova lei (Lei 12.850/13) e nela dispusessem sobre novas técnicas especiais de investigação, incluindo a infiltração de agentes. Em capítulo próprio, foram expostos os aspectos históricos do instituto da infiltração de agentes, dissecou, ainda, a dessemelhança entre os agentes infiltrados e o agente provocador. Em seguida, foi feita análise das classificações das operações de infiltração existentes, bem como os requisitos para ser agente infiltrado, abordando, por conseguinte, que o órgão de polícia fará criteriosa seleção de policiais, para verificar se estão aptos à operação, e, depois de selecionados, passarem por árduo treinamento, apropriado para a operação de infiltração. Após, o trabalho assentou sobre os procedimentos para a adoção do instituto, além de expor a infiltração no direito comparado. Em continuação, foi observado que é facultativo ao agente infiltrado participar da operação de infiltração e, ainda, realçou os seus direitos que são resguardados pela lei. Foi descrito, em seguida, que o agente infiltrado responderá criminalmente quando não guardar, em sua atuação, a condigna proporcionalidade com a finalidade da investigação. Por fim, buscou-se demonstrar que, se aplicada dentro dos limites legais e da aprovação judicial, a infiltração de agentes policiais será recurso eficaz na obtenção de provas e no desmantelamento dos grupos criminosos, tendo em vista que o instituto acompanha a complexidade de seu objeto, além de estar em consonância com o devido processo legal e as garantias a ele inerentes.

Palavras-chave: Organização criminosa; Meio de obtenção de prova; Técnicas especiais de investigação; Agente infiltrado.

ABSTRACT

The present work analyzes the application of the institute of the infiltration of police agents in criminal organization as a special technique in the scope of evidence. In order to make it possible to present alternative means that would enable a more effective fight against organized crime, an indirect bibliographical research was carried out, based on studies by renowned professors who demonstrate an immense knowledge about the statements that interest this work. First of all, it was taken care of the historical panorama of the evolution of the Criminal Organizations, whose origin is a hundred years old, and is currently one of the greatest impasses for the public security organs of the States. With the expressive growth and development of criminal organizations, in recent years, the legislative apparatus has lost its force, re-evaluation of traditional methods is necessary to combat organized crime. This inefficiency contributed to the legislators drafting a new law (Law 12.850 / 13) and disposing for new special investigative techniques, including the infiltration of agents. In its own chapter, it was exposed the historical aspects of the institute of agent infiltration, dissected the dissimilarity between the undercover agents and the agent provocateur. Next, an analysis has been made of the classifications of the existing infiltration operations, as well as the requirements to be an undercover agent, and also that the police will make a careful selection of police officers to check if they are fit for the operation, and after being selected they will undergo arduous training, appropriate for the infiltration operation. Afterwards, the work settled on the procedures for the adoption of the institute, besides exposing the infiltration in comparative right. In continuation, it was observed that it is optional for the undercover agent to participate in the infiltration operation, also, it emphasized the rights of the undercover agent that are protected by the law. It was then debated that the undercover agent will respond criminally when he does not keep, in his performance, the proper proportionality with the purpose of the investigation. Finally, it was tried to demonstrate that, if applied within the legal limits and also of judicial authorization, the infiltration of agents will be an effective resource in obtaining evidence and in the dismantling of criminal groups, keeping in mind that it accompanies the complexity of its object, in addition to being in accordance with due process of law and the guarantees inherent to it.

Key-words: Criminal organization; Means of obtaining evidence; Special investigative techniques; Undercover agent.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo

ETA – Euskadi Ta Askatasuna

FARC – Forças Armadas Revolucionária da Colômbia

FBI - Federal Bureau of Investigation

LCO – Lei do Crime Organizado

PCC – Primeiro Comando da Capital

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEI – Técnicas Especiais de Investigação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	15
2.1 Breve Histórico das Organizações Criminosas.....	17
2.2 As Organizações Criminosas no Brasil.....	21
2.3 Modelos de Organizações Criminosas.....	23
2.3.1 Organizações Criminosas Privadas	24
2.3.2 Organizações Criminosas Empresariais.....	26
2.3.3 Organizações Criminosas por Agentes Públicos.....	29
2.3.4 Organizações Criminosas Mafiosas.....	31
2.4 Evolução Legislativa no Brasil	32
2.5 A Convenção de Palermo	36
2.6 Conceito Legal	39
2.7 Aplicação Extensiva da Lei 12.850/2013.....	43
3 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	46
3.1 Objeto e Classificação da Prova.....	47
3.2 Princípios que Regem a Atividade Probatória.....	49
3.3 Fonte de Prova e Meios de Prova.....	52
3.4 Ônus da Prova	53
3.5 Sistemas de Avaliação da Prova	55
3.6 Provas Ilegais.....	57
3.6.1 Provas ilícitas	58
3.6.2 Provas ilícitas por derivação.....	59
3.6.4 Consequências processuais no caso de reconhecimento da prova.....	62
4 PROVAS EM ESPÉCIES.....	65
4.1 Perícias em Geral e o Exame de Corpo de Delito.....	65

4.2 Interrogatório Judicial.....	69
4.3 Confissão.....	73
4.4 Declaração do Ofendido	77
4.5 Prova Testemunhal.....	78
4.6 Reconhecimento de Pessoas e Coisas.....	85
4.7 Acareação.....	86
4.8 Prova Documental	88
4.9 Prova Indiciária	91
4.10 Busca e Apreensão	92
5 TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO PARA O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	98
5.1 Colaboração Premiada.....	102
5.2 Ação Controlada	107
5.3 Captação Ambiental de Sinais Eletromagnéticos, Ópticos ou Acústicos	111
5.4 Interceptação Telefônica e Telemática	113
5.5 Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações	119
5.6 Afastamento dos Sigilos Financeiro ou Bancário e Fiscal	125
5.7 Cooperação entre Instituições.....	128
6 INFILTRAÇÃO DE AGENTES	131
6.1 Conceito.....	132
6.2 Aspectos Históricos	134
6.3 Agente Infiltrado e o Agente Provocador	135
6.4 Evolução Legislativa no Brasil	137
6.5 Classificação das Operações de Infiltração de Agentes	141
6.6 Requisitos para ser Agente Infiltrado	143
6.7 Pressupostos para Infiltração.....	146
6.8 Fases da Operação de Infiltração Policial	152
6.9 Procedimento para Adoção do Instituto.....	156

6.10 Infiltração de Agentes no Direito Estrangeiro	160
6.10.1 Argentina.....	161
6.10.2 Alemanha	162
6.10.3 Espanha	164
6.10.4 Colômbia.....	166
6.10.5 Estados Unidos da América	167
6.11 Direitos do Agente Infiltrado	170
6.12 Validade da Prova Colhida na Infiltração Policial.....	175
6.13 A atuação do Agente Infiltrado e sua Responsabilidade Penal.....	179
6.15 Críticas ao Instituto do Agente Infiltrado	188
7 CONCLUSÃO	191
BIBLIOGRAFIAS	195

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, o ordenamento jurídico brasileiro passou a dispor, de forma relevante, sobre as organizações criminosas, assunto que não era bem disciplinado pelas legislações anteriores. A nova lei inspirou-se nas legislações estrangeiras, deu tratamento adequado às organizações criminosas, além de introduzir as novas Técnicas Especiais de Investigação.

O crime organizado não é fenômeno recente, e, devido à globalização mundial, houve grande desenvolvimento por parte das organizações, que passaram a ter alto poder financeiro, bem como considerável poder de fogo, estrutura devidamente organizada e expansão significativa dentro do governo.

Diante do grande avanço da criminalidade organizada, as medidas probatórias existentes no Código de Processo Penal já não eram suficientes para enfrentar o crime organizado, mostrou-se, assim, necessária uma readequação dos mecanismos investigatórios, tornando-se imprescindível a elaboração de novas técnicas e métodos de investigação.

Em vista da insuficiência probatória, a Lei nº 12.850/13 permitiu um enfrentamento mais efetivo às organizações criminosas, sem que, de outra parte, fossem transgredidos os direitos constitucionais do investigado, procurando sempre a proporcionalidade, salvaguardando as garantias elementares do Estado de Direito.

Assim, fez-se necessária a implantação das Técnicas Especiais de Investigação. Com relação à infiltração de agentes, embora pouco exercida, mostra-se como meio de grande importância na obtenção de provas.

A falta de aplicação das técnicas especiais, inclusive a infiltração de agentes, é, sem dúvida, uma das justificativas que explica o alto índice de crimes praticados por meio de organizações criminosas no Brasil.

Parte da doutrina entendeu que as Técnicas Especiais de Investigação são os mecanismos mais eficientes e seguros para obtenção de prova e para combater, com eficiência, as organizações criminosas.

Conforme restou demonstrado, no decorrer do presente trabalho, a aplicação do instituto da infiltração de agentes, desde que respeitados todos os procedimentos descritos na Lei nº 12.850/13, sem dúvida, é um dos instrumentos mais funcional na busca da verdade real.

Ao longo do trabalho foram apresentados os seguintes desenvolvimentos: (I) de início, foi explanado, um breve histórico das organizações criminosas no mundo, bem como o surgimento das organizações criminosas no Brasil; na sequência, foram apresentados os modelos de criminalidade organizada, além de discorrer sobre a Convenção de Palermo, e asseverado a evolução legislativa no Brasil; (II) em segundo plano, foi abordado, em síntese, o sistema probatório contido no Código de Processo Penal, como uma forma de instrumentalização do direito penal, além de relacionar os princípios que regem a atividade probatória; (III) foram abordados os meios de provas dispostos no Código de Processo Penal, que, como dito, não são eficazes na atividade probatória perante as organizações criminosas atuais; (IV) foi feita análise dos instrumentos específicos descritos na Lei 12.850/13, que demonstram ser mais eficazes e funcionais; (V) por fim, restaram abordados os aspectos históricos do instituto do agente infiltrado, bem como o conceito do instituto; foi realizada a classificação das operações de infiltração, bem como solidificou o comportamento do instituto no direito comparado. Ainda, foram analisadas todas as fases e requisitos para a implantação do instituto da infiltração de agentes, observando, em paralelo, aos princípios da Constituição Federal. Restou apresentado, ainda, a possibilidade de se estabelecer, no âmbito jurídico brasileiro, um processo penal probatório eficiente e garantista, em investigações criminais contra integrantes de organizações criminosas, demonstrando que o instituto pode ser um artifício muito eficaz na obtenção e produção de prova.

Quanto à metodologia aplicada, empregou-se, no presente trabalho, o método dedutivo. Utilizou-se, ainda, como métodos acessórios: o método histórico, mediante a exposição da evolução legislativa e jurisprudencial do tema; o método comparativo, através da confrontação dos mecanismos previstos no ordenamento jurídico pátrio com seus semelhantes no direito comparado; e, ainda, o método dialético, através de um raciocínio,

propôs demonstrar o controle jurisdicional do instituto do agente infiltrado, com a possibilidade de limitação da atividade de infiltração.

2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A criminologia dos Estados Unidos da América mencionou a conotação “crime organizado” (Organized Crime) no ano de 1919, fenômeno de origem antiga, entretanto encontra-se muito presente hoje. O crime organizado vem crescendo de forma paralela ao desenvolvimento da sociedade contemporânea, o que tem conduzido consideráveis danos para a vida em sociedade, bem como para o próprio Estado de Direito.

Nestes termos, instrui José Baltazar Junior (2010, p. 83):

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

Contudo, embora a criminalidade organizada seja uma realidade visível no mundo moderno, há quem diga e defenda a não existência das organizações criminosas, dizendo tratar-se de uma criação do Estado como maneira de proteger a adoção de um Direito Penal do Inimigo, também conhecida como teoria do mito.

O mestre Marllon Sousa (2015, p. 5) cita em sua obra “Crime Organizado e Infiltração Policial” o argumento de Juarez Cirino dos Santos em palestra proferida no 1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCCRIM em maio de 2002, em Ribeirão Preto, da seguinte forma:

Na ocasião, argumentou o citado autor que:

“A experiência mostra que a resposta penal contra o crime organizado se situa no plano simbólico, como espécie de satisfação retórica à opinião pública mediante estigmatização oficial do crime organizado – na verdade, um discurso político de evidente utilidade: exclui ou reduz discussões sobre o modelo econômico neoliberal dominante nas sociedades contemporâneas e oculta as responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo na criação de condições adequadas à expansão da criminalidade em geral e, eventualmente, de organizações locais de tipo mafioso. Na verdade, como assinala ALBRECHT [29], o conceito de crime organizado funciona como discurso encobridor da incapacidade política de reformas democráticas dos governos locais: a incompetência política em face de problemas comunitários estruturais de emprego, habitação, escolarização, saúde etc., seria compensada pela demonstração de competência administrativa na luta contra o crime organizado”.

No entanto, o próprio Marllon Sousa (2015, p. 6) rebate em sua obra os argumentos de Juarez Cirino:

No ponto, embora o autor esteja certo quanto ao fato de que o Direito Penal não pode ser resposta para todos os comportamentos humanos, visto que deveria funcionar somente como última ratio de um sistema legal fundado na fragmentariedade, o próprio simbolismo do Direito Penal já justificaria sua aplicação.

Ainda expõe (2015, p. 6):

Por outro lado, não se mostra adequado o raciocínio de inexistência do crime organizado, porque, se algo não existe, não é necessário resposta alguma por parte do Estado, seja qual for o campo de atuação (segurança pública, políticas públicas de educação, sistema processual, sistema prisional etc.).

Cabe, também, mencionar a passagem da obra de Baltazar Junior, ao redigir críticas à teoria do mito (2010, p. 80):

O discurso do mito, presente em alguns estudos acadêmicos, consiste em uma antiga estratégia, adotada tanto na Itália, pelos defensores dos líderes mafiosos nos megaprocessos, e nos Estados Unidos quanto no Brasil. Na Itália, é antiga e ainda presente a resistência ao paradigma associativo, representada pela afirmação de que a máfia não seria uma organização, mas sim um modo de vida

ou atitude, caracterizado pela resistência siciliana ao poder central ou uma exagerada autoestima.

Diante do exposto, a teoria do mito demonstra tratar-se de uma tese defensiva em plenário, não sendo necessariamente uma pesquisa científica, assim sendo, não há que contrariar a existência das organizações criminosas no mundo.

Noutro giro, o crime organizado opera em diversas áreas, como no tráfico de drogas, comércio ilegal de armas, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, dentre outros.

Embora o tema seja assunto recorrente nos noticiários atuais, a criminalidade organizada não é assunto novo. Nos dias atuais as organizações estão muito mais bem estruturadas e sofisticadas. Os grupos criminosos possuem regras e táticas próprias, que, na maioria das vezes, utilizam a violência e ameaças como forma de controlar os membros e integrantes da própria organização. Procedem taticamente a corromper autoridades públicas, como políticos, juízes, policiais, membros do Ministério Público, prostrando as forças do Estado.

Em acréscimo, cabe ressaltar que as organizações criminosas não estão ligadas somente ao sistema carcerário ou sujeitos marginalizados, o crime organizado também faz parte das classes ricas, com utilização de grandes empresas e a não presença do uso de violência.

2.1 Breve Histórico das Organizações Criminosas

A existência do chamado crime organizado é, sem dúvida, centenária.

Conforme expõe a professora Ana Luiza Almeida Ferro (2014, p. 25):

Nos antecedentes históricos do crime organizado figuram, entre outros registros, a *societas sceleris* (sociedade de criminosos), compreendendo tanto os bandos quanto as associações secretas, estas, geralmente, com objetivos políticos, e referindo-se a um fenômeno conhecido desde a Antiguidade, ou mais perceptivelmente configurado na Idade Média, por intermédio dos bandoleiros; a pirataria praticada nos séculos XVII e XVIII.

Os precedentes do crime organizado visualizam, entre outros registros, as Máfias italianas, a Yakuza japonesa e as Tríades, esta despontada máfia chinesa. Todos esses movimentos surgiram em meados do século XVI.

Segundo Araújo Silva (2009, p. 04):

Na Itália, a organização conhecida modernamente como Máfia teve início como movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes, que contrataram *uomini d'onore* para proteger as investidas contra a região, os quais passaram a constituir associações secretas denominadas máfias.

Cabe esclarecer, que as origens das organizações criminosas não são de fácil identificação, tendo em vista que cada uma delas tem comportamentos variados em diversos países.

O autor Francisco Tolentino Neto (2012, p. 52), em sua participação na obra *Crime Organizado*, com o subtítulo *Histórico do crime organizado*, leciona a respeito da máfia japonesa Yakusa:

Para integrar essa organização, é indispensável que o indivíduo seja de origem japonesa. Ademais, tem como característica uma formação exclusivamente masculina, uma vez que consideram as mulheres fracas e incapazes de lutar como os homens, e tendo o integrante o dever maior de sigilo sobre o grupo, [...]

Continua, ainda (2012, p.53):

É detentora de um grande volume de negócios que abrange desde o tráfico de drogas, com ênfase nas anfetaminas, como também a prostituição, pornografia, jogos de azar, usura, controle do comércio de camelôs, extorsão principalmente a empresas japonesas e multinacionais que atuam no Oriente, além do tráfico de imigrantes.

Com relação a Tríades Chinesas, o autor Eduardo Araujo da Silva (2009, p. 04) leciona:

[...] tiveram origem no ano de 1644, como movimento popular para expulsar os invasores do império Ming. Com a declaração de Hong Kong como colônia britânica em 1842, seus membros migraram para essa colônia e posteriormente Taiwan, onde não encontraram dificuldades para incentivar os camponeses para o cultivo da papoula e exploração do ópio. Em 1880, quando a Companhia Britânica das Índias Orientais decidiu engajar a população chinesa para a produção do ópio, até então trazido da Índia e pago com produtos chineses (chá, algodão e arroz), 20 milhões de chineses se dedicavam ao seu cultivo. Um século mais tarde, quando foi proibido o comércio do ópio em todas as suas formas, as Tríades passaram a explorar solitariamente o controle do próspero mercado negro da heroína.

Ainda, teve como objetivo o controle do tráfico de drogas no denominado “Triângulo do Ouro”, que abrange a região da Tailândia, Birmânia e Laos. Possuem uma estrutura hierárquica rígida e ostentam suas riquezas provenientes dos negócios ilícitos. Os integrantes da organização são considerados violentos e cruéis em seus atos.

A professora Ana Luiza (2014, p. 25) apregoa, ainda, outros antecedentes históricos:

[...] a relação das primeiras gangues de Nova York, no século XIX, com o manto protetor da política e o próspero universo dos negócios; a Era da Prohibition (época da célebre “Lei Seca”, como ficou conhecida), de 1920 a 1933, quando esteve em vigor a Décima Oitava Emenda à Constituição americana, proibindo a venda e distribuição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos, impulsionando o grande desenvolvimento de grupos mafiosos, com crescente estrutura empresarial no país, no que se tornou um marco na história da evolução da criminalidade organizada;.

Desta maneira, cabe também destacar sobre as organizações criminosas na América do Sul, precisamente as máfias colombianas, assim no relato de Araújo Silva (2009, p. 7):

Na América do Sul, o cultivo e a exploração da coca remontam ao século XVI, época em que os colonizadores espanhóis monopolizavam o seu comércio em regiões do Peru e da Bolívia, utilizando-se para tanto da mão-de-obra indígena. Posteriormente, agricultores locais dominaram o cultivo da planta e sua transformação em pasta base para o refinamento da cocaína, expandindo suas atividades para a Colômbia. A comercialização ilegal dessa substância excitante para os Estados Unidos da América e para a Europa passou a ser comandada por diversos grupos organizados da região, que deram origem aos poderosos e violentos cartéis do narcotráfico, sediados principalmente nas cidades colombianas de Cali e Medellín, os quais hoje também se dedicam ao cultivo e à comercialização do ópio, atualmente, calcula-se que metade da economia nacional desse país, direta e indiretamente, seja gerenciada por narcotraficantes.

Noutro giro, não podemos nos esquecer dos grupos terroristas, e a respeito deste assunto, o Doutor Everton Luiz Zanella (2016, p. 50) leciona:

A doutrina, de forma praticamente pacífica, não inclui o grupo terrorista como espécie de organização criminosa. Isto se explica pelo fato de que as organizações criminosas em sentido estrito (as quais subdividimos nesta obra em mafiosas, em rede, empresariais e institucionais) atuam sempre visando uma vantagem ilícita, como regra de natureza econômica, a passo que o grupo terrorista tem por foco ideologia política, religiosa, ideológica ou étnica.

Cabe esclarecer, que mesmo os grupos terroristas não sendo estimado como organizações criminosas, o art. 16 da Lei 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo) trouxe, expressamente, a possibilidade de se aplicar, nas investigações, processos e julgamentos de integrantes de grupos terroristas, os dispositivos de provas mencionados na nova Lei de Crime Organizado (Lei nº 12.850/13).

São apontados nos dias atuais como os principais grupos terroristas a ETA – Euskadi Ta Askatasuna, fundada em 1959 no nordeste da Espanha; FARC – Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, grupo guerrilheiro da Colômbia, fundado em 1965; Al-Qaeda, fundada pelo terrorista Osama Bin Laden; e o Estado Islâmico, com ideologia principal o islamismo extremado, é um grupo radical com alto poder financeiro, devido ao controle de boa parte da produção de petróleo da Síria.

Isto posto, é assinalado que cada uma das associações criminosas descritas ostenta suas especificidades, e o avanço se deu de forma especialmente diferente das demais. Ainda, cabe destacar que as primeiras “organizações criminosas” têm características mais apontadas com o fenômeno da máfia do que com a organização criminosa propriamente dita.

As máfias têm particularidade voltada para a cultura de um povo, voltada para uma espécie de empresa criminosa, cuja origem territorial é baseada na família.

Por fim, percebe-se que as organizações criminosas já existem há muito tempo e que estão presentes em diversos países. Embora a origem de cada uma delas seja antiga, as organizações persistiram e se atualizaram, transformando-se em grandes empresas criminosas.

Em continuidade, o próximo tópico tratará das organizações criminosas no Brasil.

2.2 As Organizações Criminosas no Brasil

No Brasil, os embriões das organizações criminosas instituem ao movimento conhecido como cangaço, atuante no sertão nordestino. Conforme leciona Eduardo Araújo da Silva (2009, p. 8-9):

No Brasil é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada o movimento conhecido como cangaço, que atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX, tendo como origens as condutas dos jagunços e dos capangas

dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses.

Contudo, Eduardo Araújo (2009, p. 09) expõe que, no século XX, com o surgimento da prática do “jogo do bixo” é identificada a primeira infração penal organizada no Brasil. Silva demonstra que, nos anos 80, os praticantes dessa contravenção movimentaram enormes quantias de dólares por dia, cerca de quinhentos mil dólares com apostas. Essa contravenção tem origem atribuída ao Barão de Drumond, que, supostamente, teria criado a prática do jogo com a finalidade de arrecadar dinheiro para o Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Assim, a ideia foi disseminada e investida por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante a corrupção de pessoas políticas.

Por outro lado, há quem sustenta a ideia de que a origem do crime organizado no Brasil é aquela que surgiu após o golpe militar de 1964, devido ao contato dos presos políticos com os presos comuns. Sobre este acontecido, José Alexandre Marson explica (2006, p.49):

Sabe-se que durante o regime militar os presos recolhidos ao Presídio da Ilha Grande – RJ deram lições de organização aos presos comuns, tendo como resultado disso a criação do Comando Vermelho, na década de 70.

Nesta mesma linha, expõe Ana Luiza Ferro (2014, p. 26):

[...] o contato entre os presos políticos, com seus conhecimentos sobre organização e sua experiência no enfrentamento do sistema estatal, e os presos comuns, sem tal organização, encarcerados no presídio da Ilha Grande, durante o regime militar, no fim da década de 60, ocasionando o surgimento do Comando Vermelho nos anos 70, a primeira organização criminoso brasileira de expressão.

Nestes termos, percebe-se que o Comando Vermelho foi a semente para o surgimento de diversas outras organizações criminosas no Brasil.

Segundo Gaspar Pereira da Silva Junior (2012, p. 127), no Estado de São Paulo, a facção Serpentes Negras foi a primeira facção criminosa reconhecida com atuação dentro dos presídios, criada no ano de 1984, na Casa de Detenção de São Paulo, popularmente chamada como Carandiru. Contudo, a maior e mais conhecida facção criminosa com atuação dentro e fora dos presídios do Estado de São Paulo é a conhecida Primeiro Comando da Capital (PCC). Teve como origem na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira”, na cidade de Taubaté, no ano de 1993, cujo estabelecimento prisional abrigava prisioneiros de alta periculosidade.

Cumpra observar que o PCC é, nos dias atuais, a maior facção criminosa do Brasil, chefiada por Marcos Willians Herbas Camacho, mais conhecido como Marcola. A facção conta com uma administração muito bem estruturada, contendo estatuto próprio, com rigidez em sua hierarquia, e, ainda, tem como objetivo obter lucro, tendo o tráfico de drogas como negócio principal.

Por fim, ainda temos outras pequenas organizações espalhadas pelos estados brasileiros como a organização criminosa Sindicato do Crime do RN, pertencente ao Rio Grande do Norte, é uma versão menor da organização de São Paulo PCC, foi responsável pelo massacre na penitenciária de Alcaçuz e outras mortes em penitenciárias do RN no início do ano de 2017. Esta organização atua dentro e fora dos presídios, foi criada como um reflexo do controle exercido pelo PCC nas atividades do tráfico ilícito de entorpecentes; possui, também, um estatuto como as outras organizações.

2.3 Modelos de Organizações Criminosas

No momento atual, existem diversas organizações criminosas, cada uma assume características próprias e intrínsecas, que se acomodam às próprias necessidades do local onde atuam.

Segundo José Alexandre Marson (2006, p. 51):

Várias são as influências que delineiam as características das organizações, v.g., condições políticas, policiais, territoriais, econômicas, sociais etc, sempre, como bem salientou Marcelo Batlouni Mendroni, na conformidade das atuações que possam tornar mais viáveis as operacionalizações dos crimes planejados e, ainda, como o objetivo de obter maiores fontes de renda.

A cerca dos modelos de organização criminosa, alguns doutrinadores, como José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 118), classificam os “paradigmas de organizações criminosas sendo Mafioso ou Tradicional, Rede, Empresarial e Endógeno”.

No mesmo entendimento, o Doutor Marcelo Batlouni Mendroni (2012, p. 20) leciona que existem quatro tipos básicos de organizações criminosas que se dividem em tradicional, de rede, empresarial e endógena.

Outros doutrinadores os classificam apenas como “Organizações Tradicionais e Organizações Empresariais”, como Paulo Cesar Corrêa Borges (2002, p. 25).

Neste contexto, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 21) citam a exposição de Luigi Ferrajoli, feita na Universidade de Tucumã no ano de 2012, em que Luigi delineou três grupos de crime organizado: Organizações Criminosas Privadas, Organizações Criminosas Empresariais e Organizações Criminosas por Agentes Públicos. Assim, vejamos cada um desses modelos.

2.3.1 Organizações Criminosas Privadas

Este primeiro grupo é conhecido por sua agressividade, pois recorrem para atuações armadas, como o Comando Vermelho no Rio de Janeiro e o PCC – Primeiro Comando da Capital em São Paulo. Além do alto poder de fogo que encontram em domínio desses grupos, eles ainda contam com estimável poder econômico, no entanto, este modelo de organização criminosa não tem infiltração considerável no âmbito estatal.

Sobre este modelo de organização criminosa, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva ensinam (2015, p. 22):

Considerando-se que praticamente não existe nenhum crime organizado sem a presença dos agentes do Estado, aqui se menciona “poder privado” mais para efeito classificatório. Estamos nos referindo ao crime organizado sem “grandes” infiltrações nas fileiras do Estado.

Explicam, ainda (2015, p. 23):

O crime organizado privado tem poder de infiltração nas instituições públicas e privadas, mas não chegam a dominar o Estado. Seu escopo é o lucro. Não existe crime organizado para fins benemerentes. Rapinar o dinheiro alheio é um dos escopos prediletos do crime organizado. Normalmente seu núcleo pensante não aparece, tendo gente que executa para ele as atividades arriscadas e ostensivas.

Noutro giro, este modelo tem como particularidade a exploração de mão-de-obra barata, tendo em vista que os recrutados não possuem uma educação escolar ou cultural e são, economicamente, pobres. Muitos dos delinquentes são adolescentes, que estão desempregados, ou ex-presidiários e até mulheres que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Este modelo se subdivide em células, conforme nos ensinam Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 22): “aos grupos privados, como se vê, possui suas células ostensivas mais ou menos organizadas, que fazem o “trabalho” de rua, de entrega, de organização local da distribuição de drogas etc”.

E, ainda, denotam (2015, p. 23):

Combater a filial não significa atacar a matriz. Guerrear com os lambaris não significa que serão alcançados os tubarões. As células ostensivas são *longa manus* dos verdadeiros criminosos organizados, que raramente aparecem.

Para os autores, as células ostensivas ficam sempre encarregadas do serviço sujo, aquele que tem riscos, como a venda de drogas para consumidores ou pagamento de propina etc. O núcleo pensante é difícil de ser combatido, pois os “cabeças” das células pensantes não visitam favelas e quase nunca aparecem.

Diante disso, muitas operações policiais não têm tanta efetividade, pois combatem os núcleos ostensivos que são de fácil substituição, permanecendo o núcleo pensante que sempre providenciará o recrutamento das células ostensivas.

Isto posto, é preciso que as operações policiais visem não somente as células criminosas ostensivas, mas principalmente as células pensantes, assim, cortando o mal pela raiz.

2.3.2 Organizações Criminosas Empresariais

Este modelo é estruturado por poderes econômicos privados, sendo uma transformação intensificada das organizações criminosas privadas.

O autor Everton Luiz Zanella (2016, p.16) dispõe sobre este modelo:

As organizações criminosas de caráter empresarial são aquelas assinaladas pela existência de uma roupagem de empresa lícita, mas que, na realidade, presta-se à prática habitual e sistemática dos “crimes econômicos”, os quais podem ser definidos como as condutas violadoras de bens jurídicos penais afetos a toda e qualquer área de interesse econômico.

Isto posto, as empresas não buscam o poder do Estado, mas sim o comprometimento dos agentes públicos, que irão influenciar em atos que beneficiarão a organização.

Sobre a forma deste modelo, Marcelo Baltrouni Mendroni dispõe (2012, p.22):

Formada no âmbito de Empresas lícitas – lícitamente constituídas. Neste formato, também modernamente chamada Organizações Criminosas, os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da empresa. Mantêm as suas atividades primárias lícitas, fabricando, produzindo e comercializando bens de consumo para, secundariamente, praticar crimes fiscais, crimes ambientais, cartéis, fraudes (especialmente em concorrências de licitações, dumping, lavagem de dinheiro, falsidades documentais, materiais ideológicos, estelionato etc.)

Distinguindo este modelo do já desvelado crime organizado privado, citamos a aproximação feita por José Paulo Baltazar Junior (2010, p.113):

A aproximação da criminalidade organizada e da criminalidade empresarial, vista como fase de evolução da organização criminosa, tem também relação com a obtenção de uma nova posição social para o criminoso, com que aumenta, também, o seu grau de imunidade ao sistema penal. É pequena a resistência, por exemplo, em determinar a prisão preventiva e condenar a pena privativa de liberdade, criminosos que, embora não sejam, na generalidade dos casos, violentos, não tenham status, tais como traficantes de drogas, estelionatários ou autores de furtos. A situação é diferente, porém, quando o autor do fato se apresenta como um respeitável empresário.

Noutro giro, o modelo empresarial é encontrado em grupos nacionais, como o caso de Carlinhos Cachoeira e suas empresas, ou internacionais, caso da empresa Siemens ligada aos metrô de São Paulo, dentre outras.

No mundo capitalista que nos encontramos, a prática de atos ilícitos por empresas tornou-se comum, visando alcançar lucros excessivos e incertos, assim, muitas empresas acreditam que qualquer ato está admitido, incluindo a prática de atos criminosos por meio de organizações criminosas.

Sobre as organizações internacionais os autores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues pontificam (2015, p. 25):

Os grupos internacionais contam com uma vantagem adicional: são claramente favorecidos pelo “vazio do direito público” no plano global, onde então esses poderes se sentem “desregulamentados” [sobretudo sob o império do neoliberalismo], havendo inversão da equação Estado/mercado, ou seja, o mercado fala mais forte que o próprio Estado, as empresas competem com este último, daí decorrendo a exploração da miséria em dimensão globalizada, da saúde pública etc.

De outro lado, não se deve negar que as empresas produzem muitos empregos gerando riquezas ao local onde estão estabelecidas, contudo, cabe dizer que elas mesmas geram danos para a sociedade e também para o meio ambiente, como a ExxonMobil que foi considerada culpada por infringir diversas leis ambientais.

Muitas empresas colocam os interesses próprios acima de qualquer coisa, como o corte de empregos e ataque direto sobre o meio ambiente, ocorre que, a questão não está nas empresas propriamente ditas, e sim nas pessoas que a controlam, sobre este ponto os autores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues expõem (2015, p. 26):

Mas o problema, novamente, não está nas corporações, sim, em quem as dirige (e na forma como as dirige). As corporações, em si, não possuem uma moral intrínseca. Se elas nos fazem mal é porque seres humanos estão nos fazendo mal. Se elas cometem crimes, é porque seres humanos são criminosos. Se pelos lucros elas destroem tudo e todos, são seres humanos que estão por trás.

Assim, entende-se que tudo o que é feito pelas corporações (empresas) tem a interferência do homem. Logo, a questão está conexas ao caráter e ética das pessoas que detêm o poder de direção das empresas.

Contudo, é notável que as empresas e mercados produzam prosperidade, no entanto, a proporção que é atingida negativamente por elas é

muito maior, deixando na miséria milhões de pessoas. Mas, como dito, estas empresas têm na gestão seres humanos que não agem com ética.

2.3.3 Organizações Criminosas por Agentes Públicos

O terceiro grupo de organização criminosa é relacionado com os poderes públicos, chamado também de endógeno, é diferente dos outros parâmetros de organizações criminosas. É conhecido, ainda, como institucional por surgir de instituições ou órgãos públicos, em que os agentes se beneficiam de sua posição para obter vantagens ilegais.

Mendroni refere-se a este grupo da seguinte forma (2012 p.23-24):

Trata-se de espécie de organização criminosa em que o agente age dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas – Federal, Estadual, Municipais, envolvendo, conforme a atividade, cada um dos Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. É formada essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os escalões, envolvendo, portanto, necessariamente, crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.). Mas também, quase que inevitavelmente outras infrações penais como aquelas que se relacionam direta ou indiretamente (são exemplos conhecidos no Brasil: o caso Mensalão, Sanguessugas, dos Correios, Satiagraha, Castelo de Areia, Caso Máfia dos Fiscais (SP) etc.

Diante do exposto, é visto que a atuação dessas organizações nasce dentro do próprio poder público. E, dentro deste mesmo contexto, leciona José Paulo Baltazar Junior (2010, p.115-116):]

Aqui o sentido da atuação criminosa não é de fora para dentro, mas de dentro para fora, em relação ao Estado, figurando os funcionários públicos como vítimas de corrupção ativa, pressões ou violência, mas, ao contrário, como agentes que tomam a iniciativa e dominam a exploração de mercados ilícitos.

E, ainda, continua (2010, p. 116):

O paradigma endógeno representa, assim como o empresarial, uma superação da teoria da conspiração alienígena, admitindo que o criminoso não está sempre fora do Estado, mas pode ser um integrante dos poderes públicos ou das classes altas. A realidade demonstra que a relação entre a criminalidade e os serviços públicos não tem sentido único, havendo também agentes públicos que fazem do crime no exercício da função uma rotina.

A atuação desse modelo criminoso é preocupante, pois os atos ilícitos atingem milhares de pessoas, devido à área de atuação e a grande concentração de poder nas mãos dos agentes que integram essas organizações. Os sujeitos que constituem esses grupos são pessoas de classe alta (elite) e acima de quaisquer suspeitas, muitas vezes formados por organizações de “colarinho branco”.

Noutro giro, sobre o bem jurídico a ser resguardado da atuação desses grupos, expõem Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 28):

O bem jurídico último que está em jogo, quando se trata de crime organizado que envolve o poder público, é a própria democracia, ou seja, O Estado de Direito. São os fundamentos dos bens públicos que entram em crise, nesse caso. A capacidade intimidativa e corruptiva do crime organizado afeta, ademais, a própria função pública de proteção e de garantia. Ela proscreve a garantia das garantias, que é a função protetiva jurisdicional.

A modalidade criminosa endógena ameaça a democracia do Estado, contrariando todos os fundamentos legais da Constituição, bem como os Princípios da Administração Pública (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência).

Não se pode ignorar, a baixa existência de violência por parte desses círculos, tendo em vista que a fraude é o grande “trunfo” das organizações endógenas, desviando dinheiro público.

Por fim, ainda há quem aceita a existência de um quarto grupo chamado de Grupos Mafiosos, vejamos.

2.3.4 Organizações Criminosas Mafiosas

Como já visto nos antecedentes históricos, não se pode ignorar a existência dos paradigmas mafiosos, que se caracterizam por terem extenso domínio territorial, forte hierarquia, arquetizada como se fosse uma associação de ladrões.

Sobre este grupo os autores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues lecionam (2015, p. 28):

Não se pode ignorar, em termos internacionais, a presença de grupos mafiosos fortíssimos, que dominam parcelas inteiras de alguns setores da ilicitude. Máfias italianas, japonesas, russas etc. Contam com um poder econômico/financeiro internacional invejável. O crime organizado mafioso é muito mais tradicional e mais organizado. Sua estrutura é mais complexa. Hoje é tendencialmente não violento. Seu ponto forte consiste na mesclagem da atividade lícita com a ilícita (mimetização).

E continuam (2015, p. 28):

Conta com altíssimo nível de infiltração do domínio político-empresarial e se estrutura de forma piramidal, no topo está o chefe maior (o capomafioso) e abaixo vem toda uma organização de pessoas e de funções. Na cabeça do vértice estão os que comandam, poucos “homens de honra” (que são distintos dos filiados).

Diante do exposto, nota-se que a hierarquia é a base deste grupo, sustentado pela obediência às normas e alto grau de disciplina.

2.4 Evolução Legislativa no Brasil

No direito brasileiro, o primeiro texto legal que passou a tratar repressivamente contra as organizações criminosas foi a Lei 9.034/95 (à época eram tratadas como “quadrilha ou bando”), que teve origem no Projeto de Lei nº 3.516, de autoria, à época, do Deputado Michel Temer, que tratou sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de atos praticados por organizações criminosas, contudo, não definiu nem as tipificou.

Sobre este texto normativo José Paulo Baltazar expõe (2010, p. 146-147):

A lei, segundo sua ementa “Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”. O texto final aprovado não tipifica a conduta nem define organização criminosa ou crime organizado, talvez em função da dificuldade, existente à época, e já referida, em encontrar uma definição que fosse suficientemente abrangente para abarcar as várias manifestações do fenômeno.

A referida legislação sofreu algumas críticas do autor Luiz Flávio Gomes (2015, p. 34), que dizia:

[...] em suma, não se poderia confundir quadrilha ou bando com Organizações Criminosas, haja vista que estas demandariam uma estrutura quase-empresarial com lastros na hierarquia, continuidade, e a busca dos ganhos econômicos, podendo ainda haver a interconexão com o poder público por meio da corrupção e um grande poder de intimidação, características estas inexistentes no tipo penal estampado no artigo 288 do Código Penal. Havia, portanto, incoerência na Lei 9.034/1996, pois sua ementa destinava a aplicação do diploma legal ao âmbito das Organizações Criminosas e, noutro giro, em seu artigo 1º, reduzia as Organizações Criminosas aos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando, figura típica esta que dispensa o fator “organização”, vale dizer, a Lei 9.034/1995 (em sua redação originária) não era fiel à semântica.

Isto posto, a expressão “organização criminosa” não teve uma definição legal, criando uma problemática em torno da eficácia em relação aos artigos da Lei 9.034/95, bem como com o artigo 1º da Lei de Lavagem de Capitais em sua redação originária.

A Lei das Execuções Penais trouxe ao texto normativo o chamado “Organizações Criminosas”, conforme expõem os autores Gomes e Rodrigues da Silva (2015, p.35):

No âmbito das Execuções penais, a Lei 10.792/2003 modificou o artigo 52 da Lei 7.210/1984, e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), possibilitando (pelo § 2º do referido dispositivo) incluir preso provisório ou condenado no referido regime, caso recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas.

Embora tenha feito a previsão da expressão “organizações criminosas”, a Lei em comento não discorreu sobre o conceito da expressão referida.

De todo modo, o contexto das organizações criminosas ganhou, no Brasil, nova definição com a incorporação do Decreto-Lei 5.025/2014, conhecido como Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado ou Convenção de Palermo, conforme veremos em tópico próprio. Com status de lei ordinária, a Convenção de Palermo definiu o que vinha a ser “Grupo Criminoso Organizado”, mas não definiu o tipo legal.

Noutro giro, diante de várias discussões sobre o tema, no dia 24 de julho de 2012 foi sancionada a Lei 12.694, que abordou sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, vejamos o artigo 2º:

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

Da mesma forma que a Convenção de Palermo, a Lei 12.694/12 trouxe o conceito de organização criminosa, mas não tipificou o instituto. Sobre este ponto lecionam Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 39):

Assim, a Lei 12.694/2012 ao invés de prever que o aludido conceito serviria para todos os fins legais, colocando fim ao vácuo conceitual, fez o contrário, ou seja, previu que o conceito de organizações criminosas por ela trazido serviria unicamente para os fins de formação de juízo colegiado em 1º grau de jurisdição, reforçando ainda mais a inexistência de um conceito para outros fins legais.

Por fim, e justamente por não haver definição legal de organização criminosa, em 02 de agosto de 2013 foi aprovada e sancionada a Lei 12.850, que definiu organização criminosa, revogando, assim, a Lei 9.034/95. Além de trazer a definição e elucidar o chamado “organização criminosa”, a nova lei passou a dispor sobre investigação e procedimento criminal, meios de obtenção de prova e, sobretudo, tipificou a conduta criminosa, conforme artigo 1º, § 1º. Vejamos este artigo:

Art. 1º, §1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Ainda, neste cenário, os autores Cleber Masson e Vinícius Marçal levantam algumas questões, vejamos (2016, p. 24):

Diante desse imbróglio legislativo, é de se indagar: qual é a definição jurídica de organização criminosa que há de prevalecer no âmbito interno? A da Lei 12.694/2012 ou a da Lei 12.850/2013? Ou, por outro lado, teríamos no Brasil mais de um conceito legal de organização criminosa?

Os autores (2016, p. 24) expõem duas correntes, vejamos a primeira corrente exposta:

[...] entende que vigoram atualmente dois conceitos de organização criminosa, um para os fins exclusivos da Lei 12.694/2012, outro, de abrangência geral, trazido pela Lei 12.850/2013 (LCO). Essa orientação se alicerça no fato de a LCO não haver observado o art. 9º da Lei Complementar 95/1998, segundo o qual “a cláusula de revogação deverá enumerar expressamente as leis ou disposições legais revogadas”.

Já a segunda corrente exposta e seguida pelos referidos autores denota (2016, p. 24-25):

Diversamente (segunda corrente), com a maioria, entendemos que a nova Lei do Crime Organizado revogou tacitamente o art. 2º da Lei 12.694/2012, de maneira que há apenas um conceito legal de organização criminosa no País.

Assim sendo, esta última corrente é o entendimento majoritário da doutrina, de que lei posterior revoga a anterior. Predomina, assim, a Lei 12.850/13 sobre a Lei 12.694/12, mas exclusivamente no que diz respeito aos pontos de conflito, no mais, permanece a vigência da Lei 12.694/12, conforme o já exposto.

Embora reprovada por uma pequena fração da doutrina, a Lei 12.850/2013 está em absoluta vigência, e agora se tem um conceito de Organização Criminosa, conforme veremos em tópico próprio.

2.5 A Convenção de Palermo

O Brasil, com vistas ao enfrentamento do crime organizado internacional, adotou alguns tratados e convenções internacionais, celebrados com o fito de combater a criminalidade organizada em posições globais.

Entre alguns tratados de Direito Internacional, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo, foi a que mais se destacou. O decreto 5.015, de 12 de março de 2004, incorporou a Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro, com força de lei ordinária.

Segundo as lições de Rodrigo Carneiro Gomes (2009, p. 23-25 apud Maria Jamile José, 2010, p. 51) sobre a Convenção de Palermo:

As recomendações da referida Convenção se voltam especificamente ao combate do crime organizado, sendo este documento, assim, “o documento normativo básico que, no plano internacional, rege as ações legais e as políticas institucionais de combate ao crime organizado praticadas na maioria dos países celebrantes desse Tratado Internacional. Com efeito, é a Convenção de Palermo que contém os postulados básicos, as diretrizes fundamentais que inspiram e orientam a elaboração de leis e a formulação das políticas de prevenção e repressão ao crime organizado, adotados pelos 147 países que subscreveram, sob a égide das Nações Unidas”.

Cabe destacar, que o legislador brasileiro não havia, até o momento, conceituado o termo organização criminosa, e com essa inércia o entendimento era de que se aplicasse o conceito trazido pela Convenção de Palermo, que em seu art. 2º considera organização criminosa o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Com isso, entende-se que os elementos perfilhados pela Convenção de Palermo são: I) o número mínimo de integrantes – três ou mais integrantes; II) a permanência no tempo; III) atuação de forma estruturada e

planejada; IV) prática de delitos graves – com previsão de crimes na própria Convenção; V) atividade sempre objetiva a obtenção de vantagem financeira ou material.

Cumprindo observar que apesar de a Convenção de Palermo ter sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, ela não ostentou tipos legais já pré-estabelecidos, assim, ficou a cargo do legislador criar normas que tratem e observem as diretrizes propostas pela referida convenção.

Neste seguimento, o autor Marco Polo Levorin (2012, p. 34) leciona:

[...] é importante considerar o posicionamento de alguns autores no sentido da sua impossibilidade para definir crimes e penas no direito interno, pois como tratado internacional centrípeto (relações no plano interno ou regional) exigiria lei discutida e aprovada pelo nosso parlamento; a mencionada convenção trataria apenas da criminalidade organizada internacional, não detendo o *ius puniendi* para estabelecer tipos penais e sanções no Direito Penal brasileiro.

Isto posto, sendo apenas fonte direta da Convenção, não havendo qualquer debate ou possibilidade de modificação do seu conteúdo, não teria validade o crime e a pena que não fossem debatidos e pré-estabelecidos pelo nosso legislador.

A respeito, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 37) lecionam:

Os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do direito internacional penal (relações do indivíduo com o *ius puniendi* internacional, que pertence a organismos internacionais – TPI, v.g), mas jamais podem servir de base normativa para o direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), cuja única fonte direta só pode ser a lei (ordinária ou complementar). A única manifestação legislativa que atende ao princípio da reserva legal é a lei formal redigida, discutida, votada e aprovada pelos Parlamentares.

Contudo, a definição trazida pela Convenção de Palermo passou a ser usada pelo STJ e grande parte da doutrina no direito penal interno

brasileiro, conforme julgamento do HC 77.771 (Dje 22.09.2008), seja para o emprego dos meios especiais de obtenção de provas ou para fins de reconhecimento do crime. Veja a ementa da decisão do STJ:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL. 1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes – mormente estelionatos –, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de “testas-de-ferro”, desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes. 2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente. 3. O recebimento da denúncia, que se traduz em mera admissibilidade da acusação diante da existência de sérios indícios de autoria e materialidade, mostra-se adequado, inexistindo a alegada inépcia, porquanto preenchidos todos seus pressupostos legais. 4. Nesta fase inaugural da persecução criminal, não é exigível, tampouco viável dentro do nosso sistema processual penal, a demonstração cabal de provas contundentes pela acusação. Esse grau de certeza é reservado para a prolação do juízo de mérito. Este sim deve estar calcado em bases sólidas, para eventual condenação. 5. Mostra-se, portanto, prematuro e temerário o acolhimento do pedido da defesa de trancamento da ação penal, de maneira sumária, retirando do Estado, de antemão, o direito e, sobretudo, o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal. 6. Ordem denegada.

(STJ - HC: 77771 SP 2007/0041879-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 30/05/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22.09.2008)

Ocorre que, não foi o mesmo entendimento aceito pela 1ª Turma do STF, segundo expõem Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 37) o caso julgado pelo STJ supra citado, foi reapreciado em 31 de maio de 2012

pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o STF concluiu que a conduta praticada era atípica, haja vista a inexistência de conceito legal de organizações criminosas à época. Expõem, ainda, que o Supremo determinou que o referido conceito não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, sob pena de violação à premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, inciso XXXIX).

Frente ao exposto, houve um vácuo conceitual de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro, e através da decisão da Suprema Corte foi reconhecido. Contudo, o legislador resolveu suprir as lacunas referentes ao tema, conforme será exposto no tópico abaixo.

2.6 Conceito Legal

Como visto anteriormente, houve tentativas de se determinar o que seriam as Organizações Criminosas; a preliminar foi a Convenção de Palermo, a segunda tentativa surgiu com a Lei 12.694/12. Somente após o advento da Lei 12.850/13 é que realmente se estabeleceu um conceito para todos os fins de Organização Criminosa.

Assim, conforme o já exposto parágrafo 1º do Artigo 1º da Lei 12.850/13, dividindo os elementos trazidos pelo referido parágrafo, temos o seguinte:

a) O quorum para a caracterização de organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas. É inimaginável pensarmos em Organização Criminosa composta por uma única pessoa. Tendo em vista que organização reflete à ideia de pluralidade. Sobre este elemento Guilherme de Souza Nucci expõe (2015, p. 14):

[...] o número de associados, para configurar o crime organizado, resulta de pura política criminal, pois variável e discutível. Segundo entendemos, conforme o caso concreto, duas pessoas podem organizar-se, dividir tarefas e buscar um objetivo ilícito comum. Por

certo, não é comum que assim ocorra, embora não seja impossível. Tanto que a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), no seu art. 35, prevê a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, os crimes previstos nos arts. 33 e 34 (tráfico). Independente disso, optou o legislador pela ideia esboçada pela anterior redação do art. 288 do Código Penal, constitutiva da quadrilha ou bando, que é a reunião de mais de três pessoas, logo, quatro ou mais.

A lei 12.850/13 exigiu pelo menos 4 (quatro) pessoas, prevalecendo, ainda, na doutrina que se computa adolescente ou criança no número mínimo de pessoas para atingir o quórum exigido pela lei. A própria lei prevê a participação de criança e adolescente conforme artigo 2º, § 4º, inciso I, em que a pena será aumentada de um sexto a dois terços se houver participação de criança ou adolescente.

Outro ponto que gera controvérsia é se o agente infiltrado computa-se para o número mínimo de quatro integrantes exigidos. Sobre este ponto os autores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues expõem (2015, p. 59):

O agente infiltrado (quando isso ocorrer) não pode ser computado para o número mínimo legal (4 agentes) (concordamos com ROGÉRIO SANCHES, RONALDO PINTO E RENATO BRASILEIRO DE LIMA). Ele não é “sujeito ativo” desse delito. Ele apenas está infiltrado para descobrir o funcionamento e a dinâmica do grupo.

Assim, tendo em vista que o agente infiltrado não tem “animus associativo” e sim “animus investigativo”, não se pode contá-lo como membro da organização criminosa.

b) A associação criminosa deve ter como atributos essenciais uma estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Este outro elemento exige uma “estrutura ordenada”, que conforme o artigo 2º, c, da Convenção de Palermo define: “Grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja

continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”.

Em relação à “divisão de tarefas”, não seria tão relevante o que cada um faz, mas sim a vontade de todos participarem da organização criminosa, respondendo todos pelo igual concerto. Sobre este ponto, Marllon Sousa denota (2015, p. 28): “é uma questão muito mais de aplicação da pena, do que um traço essencial para uma investigação processual”.

Ainda explica (2015, p. 28):

[...] pelo fato de não ser essencial a divisão de tarefas, sendo comum a existência de grupos criminosos nos quais todas as pessoas realizam os mesmos atos de execução, nas mais diversas etapas do cometimento do delito.

Por fim, embora não seja essencial, a hierarquia faz parte de diversas organizações criminosas, sendo uma característica das organizações, mas não essencial para a caracterização. Neste sentido Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 62):

Pode haver hierarquia ou não dentro de uma Organização Criminosa (não se trata de requisito formal da lei), embora, na prática, quase sempre ela se faz presente, tendo proeminência um líder ou líderes (chefes), que conta (contam) com o domínio total da ação/organização, assumindo a posição de comando.

c) Finalidade de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. Este elemento é tratado como elemento essencial das Organizações Criminosas.

Sobre o assunto Baltazar Junior (2010, p. 125) leciona que “é ponto unânime na doutrina o reconhecimento do fim lucrativo como característica do crime organizado, que já foi chamado de crime-negócio”. E, ainda, denota (2010, p. 125) que “a prevalência do fim do lucro ou a presença

deste como fim último também serve como critério distintivo entre as organizações criminosas e os grupos terroristas”.

Ocorreram algumas críticas acerca da expressão “vantagem de qualquer natureza”, mas que ficou vencida, tendo em vista a intenção do legislador, ao se utilizar a referida expressão, para afastar a natureza exclusivamente econômica da vantagem.

A problemática que surgiu neste elemento foi a respeito da vantagem ser lícita ou necessariamente ilícita. Majoritariamente a doutrina diz que a almejada vantagem “de qualquer natureza” deverá necessariamente ser ilícita. De acordo com este posicionamento Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 55):

De acordo com a convenção de Palermo, produto do crime são “os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime” (art. 2, e).

Nada obsta que o produto seja lícito (p. ex.: dinheiro, carro etc.) ou ilícito (p. ex.: drogas, máquina caça-níquel etc.).

Já a vantagem está ligada à maneira como se adquiriu o produto. Sendo assim, pra efeito de enquadramento no conceito de organização criminosa a vantagem deve ser ilícita.

Se a vantagem for lícita estaremos não diante de um crime de participação em organização criminosa, mas sim diante de eventual delito de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) ou de um fato atípico.

d) Os delitos que essencialmente devem ser praticados mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas seja superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Diante do texto da Lei 12.850/2013, atenta-se que para descrição de uma organização criminosa basta que haja a prática de infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos “ou” que o sujeito tenha praticado infrações penais de caráter transnacional. A expressão “caráter transnacional” está relacionada com os crimes que transponham as fronteiras do Brasil, atingindo outros países.

A lei ampliou, ao menos em tese, a extensão do conceito, que de agora em diante passa a englobar crimes e contravenções. Ocorre que, poucas contravenções penais têm penas máximas superior a 4 (quatro) anos; a

exemplo o jogo do bicho; muitos doutrinadores não aceitam a formação de organização criminosa para a exploração exclusiva desta prática ilícita.

Contudo, tratando-se de crimes ou contravenções que venham a ultrapassar as fronteiras do território nacional, ou seja, com alcance de outros países, ter-se-á uma organização criminosa transnacional, independentemente das penas abstratamente previstas no tipo legal do crime ou da contravenção penal.

2.7 Aplicação Extensiva da Lei 12.850/2013

O parágrafo 2º do artigo 1º, incisos I e II, a aplicação da Lei do Crime Organizado não se restringe ao conceito por ela mesmo exposto, os referidos incisos estendem a aplicação da lei, vejamos:

§ 2.º Esta Lei se aplica também:

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

II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

O inciso I faz relação às infrações penais previstas em tratados ou convenções internacionais assinadas pelo Brasil, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou seja, a infração deve ter sido cometida em outro país (crime à distância).

O inciso II menciona as organizações terroristas internacionais, ocorre que a Lei de Crime Organizado não levantou a definição de organizações terroristas. A doutrina divergia sobre este assunto, conforme as duas correntes expostas pelos autores Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 34):

Para alguns (1ª corrente), apesar de não existir delito com o nome júris “terrorismo”, a prática de atos terrorista encontrava tipificação no art. 20 da Lei 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional). Para outros (2ª corrente), não existia em nosso ordenamento jurídico um tipo penal definidor do terrorismo. Apesar de o art. 20 da Lei 7.170/1983 mencionar a expressão “atos de terrorismo”, não havia definição legal – com todos os seus elementos (princípio da legalidade na vertente da Lex certa) – acerca do significado dessa conduta, mas apenas uma vaga referência ao termo.

Contudo, essas divergências acabaram sendo vencidas com a edição da Lei 13.260/2016 (Lei de Terrorismo), que trouxe o tratamento jurídico do terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a definição de crimes, a estipulação da competência da Justiça Federal, as medidas assecuratórias e etc.

A lei de terrorismo trouxe, no artigo 16, de forma extensiva, a aplicação das técnicas especiais de investigação previstas na Lei do Crime Organizado de forma à apurar os atos crimes de terrorismo. Ocorre que, outra controvérsia surgiu; desta vez a respeito da técnica de investigação “infiltração de agentes”, pois, há quem diz que não faz parte do rol de técnicas de investigação implementada aos casos previstos nos incisos I e II do § 2º do artigo 1º, neste sentido Gomes e Rodrigues (2015, p. 73):

A única técnica de investigação que não poderá ser implementada aos casos previstos nos incisos I e II do § 2º do artigo 1º é a infiltração de agentes, pois por expressa previsão no § 2º do artigo 10 da Lei 12.850/2013 só “será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º, § 1º (que é a Organização Criminosa propriamente dita).

Noutro giro, esta não é a posição de Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 35), que vão à contrapartida à corrente adotada por Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, vejamos:

Em nossa ótica, a infiltração policial poderá ser implementada nas duas hipóteses de aplicação extensiva da Lei do Crime Organizado, pelas seguintes razões: a) a LCO não fez nenhuma ressalva nesse particular; b) a infiltração é uma técnica especial de investigação que também encontra previsão na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), em seus arts. 20, item 1; e 29, item 1, alínea g; c) especificamente quanto às organizações terroristas, o art. 16 da Lei 13.260/2016 determinou de forma expressa a aplicação das disposições da Lei 12.850/2013, para a investigação, o processo e o julgamento dos crimes de terrorismo.

Diante do exposto, é nítido que os setores doutrinários divergem sobre este ponto; entretanto, podemos observar que as organizações terroristas são também alcançadas pelas disposições da Lei do Crime Organizado, para fins de investigação, processo e julgamento.

Passaremos agora para o próximo tópico, cujo assunto é a prova no direito processual penal.

3 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Os crimes cometidos por criminosos ou organizações criminosas atingem toda a sociedade, causando diversos fatores, exigindo do Estado a adoção de um parecer de natureza persecutória, tendo como intento manter a autoridade da lei penal e a tranquilidade jurídica, de forma a reconstituir o equilíbrio da sociedade.

Introduzindo o tema, o mestre Heráclito Antônio Mossin (1998, p.193) ensina:

É de cristalina evidência que apuração do crime e de sua autoria, visando à imposição de uma *sanctio poenalis* a seu autor é de interesse coletivo. O corpo comunitário impõe ao Estado, no âmbito de seu escopo político, a proteção dos interesses coletivos. Em sede penal, esta tutela é feita por meio do *ius puniendi* concreto confiado ao Estado como expressão máxima de sua soberania. Assim, somente o Estado pode punir, só ele pode impor a *sanctio poenalis* àquele que transgredir o preceito primário da norma penal sancionatória.

Diante do exposto, cabe ao Estado a proteção dos interesses coletivos, através da apreciação do direito, por parte do judiciário, mediante o reconhecimento da situação de fato levada ao conhecimento do magistrado. A partir deste ponto é que surge a expressão “prova”, pois de nada adianta levar ao conhecimento do Poder Judiciário um fato que violou a legislação, caso não exhibir juntamente com a suspeita a prova de que estão presentes os elementos necessários à condenação.

Fernando Capez conceitua “prova”, em sua obra, da seguinte forma (2012, p. 360):

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

O tema referente à prova é importantíssimo para a ciência processual penal, pois a prova é a base de todo processo, de nada adianta contender temas jurídicos, caso a prova seja inidônea ou inválida.

3.1 Objeto e Classificação da Prova

A prova busca, claramente, reconstruir os fatos investigados no processo, com o desígnio de formar a convicção do julgador, para que a decisão possa ser firmada.

Sobre o objeto da prova, os autores Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (2005, p. 283) expõem:

Constitui objeto de prova o fato descrito na denúncia ou queixa-crime, ou, ainda, aquele alegado pelo réu em sua defesa, e outras circunstâncias secundárias, desde que reclamem uma apreciação judicial e influam na verdade real.

Assim, a título de exemplo, em um crime de homicídio, o chamado exame de corpo de delito é a prova, enquanto o homicídio, propriamente dito, é o objeto da prova.

Apenas alguns fatos devem ser submetidos à atividade probatória. Primeiramente, apenas os fatos associados ao processo é que levantam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos que fogem ao processo (fatos inúteis) devem ter sua prova recusada pelo magistrado.

No processo penal, diferentemente do que ocorre no processo civil, os fatos notórios dependem de prova se corresponder às elementares do tipo penal. Os fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, são fatos que pertencem à história, são certos e indiscutíveis. Assim, não é porque um homicídio seja fato sabido que poderá ser dispensado o exame de corpo de delito. Entretanto, são dispensados os fatos notórios circunstanciais (p. ex., o local competente do processo).

Em outra análise, os fatos popularmente conhecidos não estão isentos da produção de prova, assim, as circunstâncias deverão ser comprovadas por todos os meios admitidos em Direito, sempre garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Os fatos que são trazidos ao processo pelas partes também necessitarão de prova.

Acerca das presunções, estas são fatos que a Lei supõe que tenham ocorrido. Assim, exemplificando, a lei presumindo que o réu seja inocente, não caberá a ele provar sua inocência. Ocorre que esta suspeita é relativa, visto que os membros do Ministério Público podem provar o inverso, ou seja, que o réu é culpado. Assim, a presunção pode ser relativa ou absoluta, sendo que esta não admite prova em contrário. Um exemplo claro da presunção absoluta é a presunção de menoridade penal, ou seja, que o acusado seja menor de idade.

Deve-se esclarecer que, embora a situação presumida independa de prova, aquele fato que gerou a presunção deverá ser provado, assim, não há que se revelar sobre a aptidão do menor de entender o caráter ilícito do fato (presunção legal absoluta), por outro lado, a condição de menor poderá ser objeto de prova.

Quanto ao Direito a ser provado, os autores Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (2005, p. 285) expõem:

O direito, decorrente de normas do âmbito federal, escrito, não é necessário ser provado, porque deve ser conhecido pelo juiz. Quanto às normas estaduais e municipais, do local onde está o juiz exercendo sua competência, incumbe também a ele conhecê-las, independentemente de prova da existência e vigência.

No que tange ao direito estrangeiro, Greco Filho (2012, p. 188) leciona:

A prova do direito estrangeiro se faz pela apresentação dos compêndios de legislação atualizados, por certidão diplomática, por pareceres ou livros de doutrina e, se for o caso, até por testemunhas

que tenham conhecimento jurídico, cabendo ao juiz o cauteloso arbítrio em valorar tal prova, especialmente se sobre o direito estrangeiro instaurar-se controvérsia.

Noutro giro, as provas podem ser classificadas como diretas ou indiretas. Aquelas que provam o próprio fato são conhecidas como diretas, já as indiretas não provam de modo direto o fato, mas por uma indução, acabam por prová-lo.

Ainda, o seu valor pode ser real ou pessoal; real quando se baseiam em algum objeto (p. ex., cadáver, documento); pessoal, é aquela que surge de uma pessoa, por testemunho, interrogatório, etc.

3.2 Princípios que Regem a Atividade Probatória

A prova está rodeada por determinados princípios, que funcionam como pedestal para a atividade probatória. São estes princípios de suma importância, pois estabelecem diretrizes básicas que devem indicar a exata compreensão e o alcance do instituto da prova.

a) Princípio do Contraditório: este princípio denota que todas as provas produzidas pela parte podem ser contraditadas pela outra parte, ou seja, é uma contraprova do que se alega.

A respeito deste princípio, Denilson Feitosa (2008, p. 626):

Em observância ao princípio do contraditório, as partes também têm o direito de ter ciência mesmo da prova produzida de ofício pelo juiz. Assim, se o juiz, após alegações finais das partes, produzir prova de ofício, deverá dar nova ciência às partes para se manifestarem, antes de prolatar a sentença.

b) Princípio da comunhão da prova (aquisição da prova): a prova é formada por uma das partes ou de ofício pelo magistrado, ocorre que, uma vez juntada aos autos, ela deixa de impender àquele que a produziu, passando

a ser parte dos autos, podendo inclusive ser empregada em benefício de qualquer das partes.

Nessa linha, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2012, p. 400):

Se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida. Em havendo aquiescência, ainda assim o magistrado poderá determinar de ofício a realização da prova. Deve ser analisada com cautela a previsão do art. 401, § 2º do CPP, autorizando que a parte desista de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvando apenas a possibilidade do magistrado determinar a oitiva de ofício. Apesar da omissão legal, se a parte contrária insistir na oitiva, a testemunha deve ser ouvida, em atenção ao princípio da comunhão.

c) Princípio da oralidade: para este princípio deve haver a predominância da palavra falada (depoimento, alegações), sendo orais, não podendo haver substituições.

Neste ponto, Renato Brasileiro (2016, p. 634):

Com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08 e pela Lei nº 11.689/08, a oralidade passou a ser adotada, como regra, no procedimento comum e também em ambas as fases do procedimento bifásico do Júri. Optou-se, assim, pela adoção do princípio da oralidade, em razão do qual deve ser dada preponderância à palavra sobre a escrita, sem que esta seja excluída.

Ainda, o professor Renato Brasileiro (2016, p. 634) denota que, do princípio da oralidade descambam quatro subprincípios: 1) princípio da concentração; 2) princípio do imediatismo; 3) princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias; 4) princípio da identidade física do juiz.

d) Princípio da autorresponsabilidade das partes: acerca da situação a ser provada, responderão pelo ônus da prova as partes. Desta forma, se o titular da ação penal não provar a autoria ou materialidade do delito, haverá uma consequência para aquele, sendo o acusado absolvido;

e) Princípio da auto-incriminação: interpreta-se a não imprescindibilidade que o sujeito tem de gerar prova contra si mesmo. Assim, o

acusado não está obrigado a responder às questões que lhe forem feitas, nem a cooperar para reconstituição simulada do crime, ou mesmo, guardar material grafotécnico (*nemo tenetur se detegere*).

No tocante a este princípio, Denilson Feitoza (2008, p.137):

Por fim, não nos parece que o direito “ao silêncio”, a um não fazer, permita o direito a um fazer, ou seja, o direito de o indiciado ou réu falar o que quer que seja, ainda que para tanto pratique, por exemplo, uma denúncia caluniosa. Entendemos que, em hipóteses como estas, o indiciado ou réu deve ser penalmente responsabilizado. Contudo, pode o indiciado ou réu mentir, por exemplo, alegando que se encontrava em lugar diverso do local do crime ou que, simplesmente, não praticou o crime.

f) Princípio da publicidade: a regra é que os atos judiciais ou processuais sejam públicos, no entanto, essa publicidade não é absoluta, podendo ser restringida em alguns casos que ficarão em segredo de justiça.

Por sua vez, cabe destacar, o exposto na súmula vinculante nº 14 do STF, que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

g) Princípio do livre convencimento motivado: este princípio concede ao magistrado liberdade para decidir, desde que o faça de forma motivada.

Leciona sobre este princípio José Frederico Marques (2000, p. 358):

O princípio do livre convencimento (ou da livre convicção) situa-se entre o sistema da certeza legal e o sistema do julgamento secundum conscientiam. Nesse último, pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada convicção íntima em que “a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz”, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motivar sua convicção. Pelo princípio da certeza legal, ao contrário, os elementos probatórios têm valor inalterado e prefixado, que o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão.

Diante do exposto, o princípio do livre convencimento motivado significa nada mais nada menos que o juiz formar seu convencimento livremente, não unicamente quanto à valoração da prova, mas também quanto ao direito e justiça da solução a ser exposta, no caso em concreto.

3.3 Fonte de Prova e Meios de Prova

Quanto à expressão fonte de prova Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 578-579) expõe:

A expressão fonte de prova é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo). Cometido o fato delituoso, tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência desse fato pode ser conceituada como fonte de prova.

As fontes de provas derivam do fato delituoso em si, sendo anteriores ao processo, sua introdução se dará, somente, com os meios de provas. Exemplificando, imagine que dentro de uma instalação comercial tenha ocorrido um crime. Todos os sujeitos que presenciaram o cometimento do delito serão considerados fontes de prova. Esses sujeitos poderão ser apresentados ao magistrado, por meio da introdução processual pelos meios de prova.

Por sua vez, os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2012, p. 379) conceituam meios de prova:

Os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.

Mossin (1998, p. 210), a respeito do assunto:

Meios de prova são as fontes donde promanam os elementos ou motivos da prova, a exemplo do que acontece com as declarações da vítima, depoimento de testemunhas, acareação, conteúdo de um documento, objeto apreendido, reconstituição dos fatos.

Enquanto as fontes de provas são anteriores ao processo (extraprocessuais), os meios de provas só existirão na fase processual. No exemplo dado acima, aquelas testemunhas do crime são as fonte de prova propriamente dita, enquanto seu testemunho em juízo é o meio de prova.

A doutrina e jurisprudência são pacíficas em exprimir que os meios de provas denotados no Código de Processo Penal são exemplificativos, sendo possível a produção de outras provas além daquelas elencadas no código.

Por fim, não se pode confundir meio de prova com “meio de investigação”, sendo este último procedimento extraprocessual, regulado por lei, tendo como objetivo a obtenção de provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o magistrado, é o exemplo da infiltração de agente, prevista na Lei 13.850/2013, que prevê outros meios de investigação.

3.4 Ônus da Prova

Primeiramente, cabe destacar que a palavra ônus não é necessariamente uma obrigação dentro do processo, e sim, uma conduta jurídica, que norteará a pessoa a quem o ônus pertence à uma condição melhor e mais favorável no processo.

Capez (2012, p. 395-396) faz um parâmetro entre obrigação e ônus, vejamos:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que advirá de sua atuação.

O caput do artigo 156 do Código de Processo Penal determina que: “A prova da alegação incumbe a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas”.

Assim, cabe provar a quem tem interesse em afirmar. Aquele que apresenta no processo uma pretensão tem o ônus de provar o fato levado a juízo, aquele que apresentar controvérsia do fato alegado, também cumpre provar os fatos que podem cessar a punição, como as causas excludentes de antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como as circunstâncias que atenuam a pena.

Conforme a segunda parte do caput do art. 156 do CPP, “poderá o juiz determinar no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”, mostra que o juiz não é mero expectador das provas produzidas pelas partes, cabendo a ele determinar diligências de ofício com a finalidade de sanar dúvidas sobre alguns pontos importantes do processo.

Sobre a atuação do magistrado na produção de provas, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p.397) expõem:

Não pode o juiz, advirta-se, substituir-se à atuação das partes na produção de probatória. O papel do magistrado é complementar, objetivando esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade. A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação a diligência necessária na produção probatória. Se não pode o magistrado fechar os olhos à verdade, também não poderá, sob pena de estar maculado

subjetivamente, construir por força própria todo manancial probatório que é levado aos autos

Entende-se que se deve reconhecer a dúvida do juiz sobre as provas produzidas pelas partes, e não admitir dúvidas em relação à ausência de provas produzidas.

Noutro giro, as fases da atividade probante segundo Marco Antonio Marques e Jayme Walmer (2012, p. 266) são quatro momentos, o primeiro é a “proposição”, que se refere ao momento processual para produzir provas, que, via de regra, são propostas com a peça de acusação e com a peça de defesa.

O segundo momento é aquele de “admissão” da prova, momento personalíssimo do magistrado, pois, ao examinar as provas apresentadas pelas partes, aprovará ou não a sua produção.

Após o deferimento do juiz, o terceiro momento é o da “produção” de prova, sendo o momento em que as partes levarão a juízo os elementos de convicção.

Por fim, o quarto e último momento é o da “apreciação”, o qual caberá ao juiz, de acordo com a sua convicção, valorar as provas levadas pelas partes, este momento pode-se dizer que coincide com o próprio enlace do processo.

3.5 Sistemas de Avaliação da Prova

Após a fase da produção das provas, que são direcionadas ao juiz, passaremos a tratar da fase de apreciação das provas. Como dito, o escopo do procedimento probatório é passar às mãos do juiz os fatos e acontecimentos, dados que, pelo magistrado, serão valorados. Assim, cumpre ao juiz avaliar a prova, para compor o processo penal.

Com a evolução do Direito, as mudanças ocorridas na sociedade e seus costumes, os sistemas de apreciação da prova sofreram algumas modificações, até chegar ao momento atual o “livre convencimento do juiz”.

Existem três grandes sistemas, que passaremos a ver adiante.

a) Sistema da íntima convicção: por este sistema o legislador de modo nenhum discorre sobre o valor das provas, assim, a admissibilidade, a avaliação, a condução para o processo, todos estes fatores da prova são deixados ao modo do juiz.

Sobre este sistema, Capez (2012, p. 399) pontua:

O juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária a devida fundamentação.

O Sistema da íntima convicção ainda continua vigorando no direito brasileiro na Instituição do Júri Popular, nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida, cujos jurados proferem seus votos, não precisando de fundamentação para tanto.

b) Sistema da prova legal: ou, também verdade legal: neste agrupamento o julgador profere sua decisão com base nas provas apresentadas no processo, aquelas que têm valores previamente determinados.

O autor Heráclito Mossin (1998, p. 230) denota que o sistema tem um grave defeito, vejamos:

O grave defeito desse sistema é que o juiz não tem liberdade quanto à apreciação da prova, porquanto os critérios normativos utilizados pelo legislador impõem ao magistrado quais as provas que ele pode usar e aquelas das quais não pode valer-se para prolatar sua decisão. Logo, o juiz figura como servo na aplicação da lei, sendo-lhe vedado externar na sentença qualquer motivação de caráter pessoal decorrente de sua convicção quanto ao conjunto de provas produzido no correr da instrução criminal.

Logo, percebemos que este sistema dava motivos para muitas injustiças, tendo em vista a impossibilidade de o magistrado explorar e

investigar os fatos, caso a caso, de forma ampla e livre. Assim, por este sistema, o juiz deve acatamento ao sistema de pesos e valores postos pela lei.

c) Sistema da livre convicção: este sistema é disposto pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, que expõe que o magistrado formará sua convicção pela livre apreciação das provas.

Vejamos o que diz o mestre Eugênio Pacelli (2012, p. 330) sobre a livre convicção:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas.

Ainda, Pacelli (2012, p. 330):

[...] embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentações racionais, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Diante do exposto, não podemos perder de vista que há uma limitação ao método da livre convicção, devendo ser utilizado um raciocínio eficaz, fundado e correto, pois, ao contrário, o juiz poderá criar uma monstruosidade jurídica, caso passe a valorar a prova com desleixo.

3.6 Provas Ilegais

Como já visto, as provas são instrumentos com aptidão de levar ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato.

O Código de Processo Penal descreve os meios de provas legais, sendo eles o exame de corpo de delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, as perguntas ao ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas e de coisas, a acareação, os documentos e a busca e apreensão.

No entanto, existem os meios ilegais de prova, que são um gênero que se dividem em três espécies: provas ilícitas, provas ilícitas por derivação e provas ilegítimas.

Vejamos cada uma das espécies.

3.6.1 Provas ilícitas

As provas ilícitas são aquelas que ferem o direito material, ou seja, mediante violação de normas constitucionais ou legais. A Constituição Federal expressamente prevê a não utilização de provas obtidas por meios ilícitos no artigo 5º, inciso LVI, que diz “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Sobre o texto constitucional, Grego Filho (2009, p. 189) nos ensina:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta. Porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.

Percebe-se que, em alguns episódios, a prova obtida por meios ilícitos poderá ser aceita, a título de exemplo, temos a obtenção de uma prova por meio de escuta não autorizada, mas que tal prova seja categórica para a absolvição do acusado. Percebe-se que o direito tutelado (liberdade) é maior ponderoso que a intimidade.

Por sua vez, o artigo 157 do Código de Processo Penal expõe o assunto da seguinte forma: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Leciona, Vicente Greco Filho (2009, p. 190) sobre o tema:

Quando se diz de ilicitude da prova não há necessidade de se apontar norma constitucional ou legal violada. A ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole a ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal.

Em síntese, a prova pode ser classificada como ilícita por depreciar direta ou indiretamente a Constituição, ou também, por ultrajar uma norma que esteja prevista em Lei.

3.6.2 Provas ilícitas por derivação

As provas ilícitas por derivação são aquelas que em seu cerne são lícitas, mas que decorrem de uma prova ilícita, daí a expressão “provas ilícitas por derivação”.

A partir dessa “derivação” é que surgiu a teoria chamada “frutos da árvore envenenada”, conforme nos ensinam Pedro Henrique e Jorge Assaf (2005, p. 290):

A garantia relacionada na Constituição Federal, de não aceitar a utilização de provas realizadas com a infração ao direito material, consagrou também a doutrina norte-americana do fruits of poisonous tree (frutos da árvore envenenada), pela qual não somente a prova ilícita, mas também a derivada, originada desta, não ser aceita pelo julgador na formação de seu convencimento.

Assim, o entendimento é que um defeito ou vício de um ato contamina todos os outros que a ele estiverem vinculados. O parágrafo primeiro do artigo 157 do CPP expõe:

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

O referido parágrafo faz algumas ressalvas, “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”, aqui podemos entender que o magistrado, independentemente da prova ser palpável ou não, deve declarar se a prova guarda relação de causalidade pelos meios de convicção normais, ou seja, ela pode não exclusivamente ter sido lograda por meio ilícito, o que não a tornará inadmissível.

Neste sentido, se uma prova “x” (lícita) só pode ter sido obtida devido a uma prova ilícita “y” (testemunha torturada), a prova “x” será inadmissível. Ocorre que, se a prova “x” não foi obtida exclusivamente em razão da prova “y”, pois existe uma prova “w” (testemunha ocular do fato), a prova “x” não será inadmissível. Assim, estamos diante da expressão “fonte independente” capaz de conduzir ao objeto da prova.

Sobre a teoria da fonte independente, Pacelli (2012, p.355) ensina:

Já a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada.

Nos termos do parágrafo 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os

trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A doutrina diz que deste parágrafo surge outra teoria, a chamada “descoberta inevitável”, nas palavras de Eugênio Pacelli (2012, p. 355):

Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subseqüentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.

Nota-se que a prova, embora obtida através de uma prova ilícita, teria sido descoberta inevitavelmente pela autoridade, seguindo os recursos típicos e próprios da instrução criminal.

3.6.3 Provas ilegítimas (modelo vencido)

Primeiramente, cabe salientar, que este modelo é fruto doutrinário e não da Constituição ou do Código de Processo Penal, conforme expõe Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 610):

De fato, quando o art. 157, caput, do CPP, refere-se às provas ilícitas, dispõe que assim devem ser consideradas aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não distinguindo se a norma legal é material ou processual. Esse silêncio da lei quanto à natureza da norma legal que acarreta a ilicitude da prova tem provocado certa controvérsia doutrinária.

Feita a devida ressalva, cumpre observar, que a doutrina trata as provas ilegítimas sendo aquelas logradas com violação a normas de condição eminentemente processual, não tendo nenhum reflexo de violação a normas constitucionais.

A título de exemplo, caso em uma comarca, não havendo nenhum perito oficial, o juiz tenha determinado a produção de prova pericial por um perito “não oficial”. Esta perícia produzida será ilegítima, pois viola o parágrafo 1º do artigo 159 do CPP, que expõe “na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”. É notável, que não houve violação à Constituição, pois a realização da perícia ter sido sucedida apenas por um perito não-oficial, ao invés de dois, não prejudica nenhum direito exposto pela Constituição, tratando-se apenas de violação à norma processual penal.

3.6.4 Consequências processuais no caso de reconhecimento da ilegalidade da prova

Conforme já exposto, as provas ilegais são um gênero do qual surgem três espécies: ilícita, ilícitas por derivação e provas ilegítimas.

No caso das provas ilícitas e ilícitas por derivação devemos atentar ao parágrafo 3º do artigo 157 do CPP: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

Diante do exposto, declarada a ilicitude das provas ilícitas e ilícitas por derivação, elas deverão ser desentranhadas do processo e, após, estar preclusa a decisão que determinou o desentranhamento, ou seja, não couber recurso desta decisão, a prova ilícita será inutilizada. O magistrado, que fará um juízo de valoração da prova antes mesmo da sentença.

Noutro giro, parcela da doutrina entende que a inutilização não é necessária, podendo o juiz manter a prova nos autos, mesmo depois de declarada a sua inadmissibilidade, pois ainda que seja ilícita a prova, se for a única prova que possa absolver o acusado ou até mesmo comprovar fato importante para a sua defesa, deve-se a prova ilícita ser usada no processo, em razão do princípio da proporcionalidade.

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na prova ilícita, Pacelli (2012, p. 366-367) expõe:

A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um estado de Direito não há como se conceber a idéia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente.

Ainda, continua (2012, p. 367):

Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que:

- a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente da ilicitude;
- b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.

Entretanto, a prova empregada para absolver o acusado não passa a ser lícita, ela continua sendo ilícita, mas, excepcionalmente, será usada, apenas para beneficiar o acusado.

Diferentemente do que sobrevém com a prova ilícita, a prova ilegítima para ser utilizada ou não irá depender de seu caráter, absoluto ou relativo.

A prova que decorre de violação de norma processual de caráter absoluto, ou seja, aquela que acarreta nulidade absoluta, em tempo algum

poderá ser utilizada no processo, em virtude das questões serem de ordem pública e insanáveis.

No que tange às provas ilegítimas, de caráter relativo, poderão ser utilizadas, com a condição de que não haja impugnação à sua ilegalidade, ou seja, a ilegalidade não poderá ser arguida pela parte, não podendo o juiz levantá-la de ofício, ou que tenha sido sanada a ilegalidade em tempo oportuno.

4 PROVAS EM ESPÉCIES

Veremos, neste tópico, que o Código de Processo Penal dispõe expressamente de alguns meios de prova, no entanto, cabe salientar que outros meios de prova que não estejam elencados no CPP podem ser produzidos pelas partes. As provas não enumeradas no CPP são aparentadas como provas inominadas. Assim, todas as provas que não sejam ilícitas ou imorais podem ser realizadas e usadas na formação da convicção do magistrado.

4.1 Perícias em Geral e o Exame de Corpo de Delito

Na conceituação do termo “perícia”, Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 314):

O termo perícia encontra sua origem na expressão latina peritia, que implica habilidade, saber, capacidade, proficiência. Na linguagem jurídica, designa especialmente, em sentido lato, a diligência realizada ou executada por peritos, a fim de que se esclareçam ou se evidenciem certos fatos.

Também sobre o assunto, o professor Fernando Capez (2012, p. 404):

Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialistas, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional.

Diante do exposto, a prova pericial é aquela medida em que se busca certificar a existência de fatos, fatos estes que somente seria possível

provar através de conhecimentos específicos. Assim sendo, as provas periciais deverão ser produzidas por pessoas devidamente habilitadas, conhecidas como peritos.

O artigo 159 do Código de Processo Penal expõe que “o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”.

Isto posto, as perícias em gerais e o exame de corpo de delito serão realizados por peritos oficiais, ou seja, pessoas aptas na própria legislação, que cuidarão das profissões e atividades periciais regulamentadas e fiscalizadas por órgãos regionais e nacionais.

Cumprindo observar os dizeres de Eugênio Pacelli (2012, p. 418) sobre o referido tema:

Normalmente, o próprio Poder Público tem em seus quadros de carreiras os peritos judiciais, responsáveis pela realização das perícias solicitadas pela jurisdição penal. São chamados peritos oficiais. A partir da Lei nº 11.690/08, a perícia poderá ser realizada por apenas um perito oficial, portador de diploma de curso superior, salvo quando o objeto a ser periciado exigir o conhecimento técnico em mais de uma área de conhecimento especializado (art. 159, caput, e § 7º, CPP).

Como visto, a perícia será executada por um perito oficial, ocorre que, na ausência do perito oficial no juízo, o exame poderá ser feito por duas pessoas idôneas, que detenham diploma de curso superior, preferencialmente na área específica e requisitada, dentre aquelas pessoas que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza requisitada do exame. Os peritos não oficiais deverão prestar o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, é o que determinam os parágrafos 1º e 2º do artigo 159 do CPP.

Na hipótese de dois peritos atuarem na mesma área de conhecimento, cada um elaborará seu laudo, de forma separada. Caso ocorra divergência entre os laudos poderá a autoridade nomear um terceiro perito para elaborar um novo laudo. No entanto, caso este terceiro laudo disponha diversamente dos outros dois laudos, a autoridade, ainda, poderá requisitar a

produção de um novo exame pericial por outro perito, é o que relata o art. 180 do CPP.

O magistrado, ainda, poderá discordar do laudo pericial, pois não ficará a ele vinculado, podendo rejeitá-lo ou aceitá-lo, no todo ou em parte, conforme disposição expressa do art. 182 do CPP.

O artigo 158 do Código de Processo Penal expõe que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 641) define corpo de delito:

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal. A palavra corpo não significa necessariamente o corpo de uma pessoa. Significa sim o conjunto de vestígios sensíveis que o delito deixa para trás, estando seu conceito ligado à própria materialidade do crime.

A respeito do tema, Eugenio Pacelli (2012, p. 421) ensina:

Se deixar vestígios a infração, a materialidade do delito e/ou a extensão de suas consequências deverão ser objeto de prova pericial, a ser realizada diretamente sobre o objeto material do crime, o corpo de delito, ou, não mais podendo sê-lo, pelo desaparecimento inevitável do vestígio, de modo indireto.

Nestes termos, o exame de corpo de delito poderá ser direto, quando o perito, “diretamente”, realizar a perícia sobre o vestígio deixado, ou “indiretamente”, quando o perito proceder o exame com base em informações fornecidas a ele, desde que tenham relação com o caso, a título de exemplo uma perícia feita em uma pessoa do sexo feminino após dois meses do estupro.

O exame indireto será realizado a partir de informações dadas por testemunhas ou pelo exame de documentos que tenham relação aos fatos, cuja existência busca provar-se.

Noutro giro, o artigo 184 do CPP expõe que “salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”. Entende-se que o exame poderá ocorrer tanto na fase investigativa quanto na fase processual, determinando, ainda, que a autoridade não poderá indeferir a realização do exame de corpo de delito.

O exame de corpo de delito é, em princípio, exigido naqueles crimes que deixam vestígios. Ocorre que o artigo 167 do CPP autoriza a compensação do exame pela prova testemunhal, caso os vestígios do crime tiverem desaparecido. Vejamos o que dispõe Vicente Greco Filho (2009, p. 212) sobre este ponto:

O art. 167 do Código de Processo Penal, como uma exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu.

Outra ressalva à obrigatoriedade do exame de corpo de delito é aquela disposta no § 1º do art. 77 da Lei 9.099/95, o qual estará dispensado nos casos de infrações de menor potencial ofensivo (competência dos Juizados Criminais), desde que a peça inicial acusatória venha assistida de boletim médico, ou outra prova similar, atestando o fato.

Na realização das provas periciais e no exame de corpo de delito há algumas formalidades a serem observadas, dentre elas, a possibilidade do ofendido e do assistente de acusação formular quesitos, indicando assistente técnico e requerer esclarecimentos aos peritos (art. 159, §§ 3º, 4º e 5º do CPP). O assistente técnico começará a atuar na fase processual, a partir da admissão do juiz.

O art. 159, § 5º, II do CPP, dispõe que os assistentes técnicos sejam inquiridos em audiência, bem como, poderão ser feitos pedidos de esclarecimentos quanto aos laudos que apresentarem.

Ainda, além da prova pericial realizada direta ou indiretamente, sobre o corpo de delito, existem outras provas que também têm sua importância ao esclarecimento de questões valorosas. As demais perícias poderão ser realizadas para a demonstração de circunstâncias do crime, como o modo de execução, o tempo em que ocorreu e outros fatores, que serão úteis até mesmo para identificar o autor do delito. A título de exemplo, podemos citar o exame de balística, a autópsia em cadáver (art. 162 CPP), bem como aqueles exames realizados acerca do instrumento do crime. Haverá, também, aquelas perícias a serem realizadas no local do crime, como nos casos de incêndio (art. 173 CPP).

Quando a perícia estiver relacionada com a análise de destruição de coisa ou rompimento de obstáculo (art. 171 CPP), os peritos, além de descreverem os vestígios, indicarão com que instrumentos, os meios usados e tempo ocorrido, pois tal perícia será necessária para a definição do tipo penal, que poderá qualificar o crime, exemplo, do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, CPP).

Outras perícias também têm sua importância, como é o caso da perícia de reconhecimento de escritos (art. 174, CPP), bem como as perícias de laboratório (art. 170, CPP), em que os peritos deverão colher material suficiente para caso, posteriormente, necessitem de uma nova perícia.

4.2 Interrogatório Judicial

O interrogatório judicial é o ato pelo qual o magistrado empreende à oitiva do acusado acerca do fato que lhe é imputado.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 656) ensina sobre o instituto:

Interrogatório judicial é o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita. É a oportunidade que o acusado tem de se dirigir diretamente ao magistrado, quer para apresentar a versão da defesa acerca da imputação que recai sobre a sua pessoa, podendo, inclusive, indicar meios de prova, quer para confessar, ou até mesmo para permanecer

em silêncio, fornecendo apenas elementos relativos a sua qualificação.

No tocante à natureza jurídica do interrogatório do réu, existem quatro correntes: a primeira diz ser meio de prova; a segunda explica sendo meio de defesa; a terceira corrente defende que o interrogatório judicial não é só meio de prova como também meio de defesa; e, por fim, a quarta diz ser meio de defesa e, em segundo plano, meio de prova.

Atualmente, adota-se a terceira corrente que entende ser o interrogatório meio de prova e meio de defesa do réu, previsto inclusive no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, sendo o interrogatório um direito subjetivo do acusado.

Existem alguns momentos certos para a realização do interrogatório, a depender do procedimento que seja adotado.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, dizia-se que sua realização deveria ser feita logo no início da instrução processual. Assim, após a reforma de 2008, que passou o Código de Processo Penal, e na mesma linha do que já previa a Lei nº 9.099/95, ou seja, será realizado o interrogatório ao final da instrução processual. Conforme a nova redação do artigo 400, caput, do CPP, “na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado”.

Na mesma esteira, o interrogatório do acusado, no âmbito do procedimento do júri, também será realizado após a colheita de toda a prova oral, tanto na primeira fase do júri quanto na segunda fase (arts. 411, caput e 474, caput, ambos do CPP).

Contudo, apesar das mudanças no CPP, em certos procedimentos especiais, o interrogatório continua sendo o primeiro ato da instrução probatória. É o que acontece no procedimento da Lei de Drogas (Lei

nº 11.343/06), sobre este ponto Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 658) ensina:

[...] há precedentes de ambas as Turmas Criminais do STJ no sentido de que, em se tratando de crimes de tráfico de drogas, é legítimo que o interrogatório do réu seja realizado antes da oitiva das testemunhas. Segundo regra contida no art. 394, § 2º, do CPP, o procedimento comum será aplicado no julgamento de todos os crimes, salvo disposição em contrário do próprio CPP ou da lei especial.

O interrogatório do réu possui algumas características, segundo Renato Brasileiro (2016, p. 662), são elas:

a) Ato personalíssimo – o interrogatório deverá ser exercido pessoalmente pelo acusado, somente este pode ser interrogado;

b) Ato contraditório – antes da Lei nº 10.792/03, o interrogatório era um ato privativo do juiz, as partes não podiam sequer intervir no ato processual, sendo incompatível com o princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, após a edição da Lei nº 10.792/03, e a consequente alteração do art. 188 do CPP, o Direito Processual Penal passou a apontar a possibilidade de interferência das partes. O juiz deverá permitir, após a realização de suas perguntas, cada parte (primeiro a acusação, depois a defesa), formar questionamentos ao interrogando, caso queira. Apesar das alterações, ainda persiste o sistema presidencialista, ou seja, as perguntas são formuladas ao Juiz, que as direciona ao interrogado, podendo o magistrado indeferir as perguntas que não forem relevantes ao caso;

c) Ato assistido tecnicamente – por esta característica entende-se que é indispensável a presença do advogado no ato do interrogatório. Nos termos do artigo 185 do CPP, “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”. Ainda, o § 5º do referido artigo garante ao réu o direito de entrevista prévia com o seu defensor. Cabe esclarecer que esta salvaguarda é restrita ao interrogatório judicial, não se empregando ao interrogatório em sede policial, uma vez que os princípios do contraditório e da ampla defesa não incidem, em regra, na investigação policial.

Outro ponto importante é acerca da violação do disposto no artigo 185 do CPP, a doutrina entende ser causa de nulidade absoluta a ausência do defensor ao interrogatório;

d) Ato oral – em princípio, o interrogatório deve ser feito mediante produção de perguntas e apresentação de respostas orais. Esta regra só não será aplicada nos casos dos surdos, mudos, surdos-mudos e estrangeiros, os quais deverão seguir os procedimentos expostos nos artigos 192 e 193 do CPP.

e) Ato individual – conforme o art. 191 do CPP, “havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente”, diante do exposto, ao advogado do corréu deve ser concedida a possibilidade de formular reperguntas aos demais acusados, caso as defesas de tais acusados se mostrarem a favor, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa;

f) Ato bifásico – o interrogatório pode ser dividido em duas fases, conforme rito descrito no artigo 187 do CPP, a primeira (§ 1º) é aquela a qual o magistrado, após apresentar a devida qualificação do acusado e dar a ele a ciência do inteiro teor da acusação, bem como do direito de permanecer calado, questionará o acusado sobre sua vida pregressa, meios de vida, oportunidades sociais, etc. Na segunda fase (§ 2º) o acusado será perguntado sobre a imputação que lhe é feita;

g) Publicidade – O interrogatório em regra é público, conforme todo e qualquer ato processual, em obediência ao disposto no art. 5º, inciso LX, c/c art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal. Ocorre que, em alguns casos, pode o magistrado determinar a limitação da publicidade do ato, caso possa ocorrer prejuízos ao processo ou perturbação da ordem pública, podendo ser a requerimento da parte, do MP ou, até mesmo, de ofício;

h) Ato realizável a qualquer momento, antes do trânsito em julgado – conforme exposto pelo art. 196 do CPP, “a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”, assim sendo, é possível sua realização a qualquer momento, desde que ocorra antes do trânsito em julgado da sentença;

i) Ato realizável por vídeo conferência – com o advento da Lei 11.900/09, que alterou a redação do § 2º do art. 185 do CPP, abriu a

possibilidade da realização do interrogatório do acusado por videoconferência, o § 2º abre a possibilidade apenas para o réu que encontrar-se preso, e tal medida será excepcional, devendo respeitar os incisos do referido parágrafo.

Quanto à constitucionalidade do interrogatório por videoconferência, muitos divergem a respeito, mas a doutrina e jurisprudência aceitam a sua realização, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 676) pontifica

De fato, se considerarmos que há anos doutrina e jurisprudência já admitem a realização do interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que já reflete a ideia de ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado para realização do interrogatório, não se pode negar que a utilização da videoconferência incrementa sensivelmente a possibilidade de o juiz da causa verificar, por si só, as características relativas à personalidade, condição socioeconômica, estado psíquico do acusado, etc.

Por fim, cabe salientar que alguns tratados internacionais já fazem referência ao instituto da videoconferência, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (arts. 32, § 2º, alínea “a” e 46, § 18) dentre outras.

4.3 Confissão

O professor Fernando Capez (2012, p. 431) delinea o instituto:

É a aceitação pelo réu da acusação que lhe é dirigida em um processo penal. É a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia.

A confissão nada mais é que um meio de prova, através do qual o acusado assume a prática do crime que lhe é atribuído.

Para que a confissão seja válida é necessário que ela preencha alguns requisitos, podendo ser intrínsecos ou extrínsecos. Os requisitos intrínsecos estão ligados ao conteúdo da confissão, sendo basicamente as alegações do réu aos fatos imputados, a clareza do réu na declaração dos motivos, a coincidência com o que apontam os outros meios de prova, etc.

Por outro lado, os requisitos extrínsecos são a personalidade (não podendo ser feito por procurador), o caráter expresso (não se admite confissão tácita, devendo ser reduzida a termo), o oferecimento perante o juiz competente, a espontaneidade (não pode haver coação) e a capacidade do acusado para confessar (deve o acusado estar em pleno gozo das faculdades mentais).

Conforme o art. 197 do CPP, “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”, nota-se que a confissão não tem valor absoluto, ela será valorada pelo magistrado da maneira que reputar pertinente.

A confissão pode ser classificada segundo Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 677) da seguinte forma:

a) Quanto ao momento - pode ser extrajudicial, feita fora do processo penal, geralmente perante a autoridade policial, esta por não ser cumprida sob o exame do contraditório terá pouco valor probatório, não poderá ela, unicamente, fundamentar um decreto condenatório, quando no âmbito judicial, se produzida perante a autoridade judiciária competente, será esta a chamada confissão judicial própria;

b) Quanto à natureza – pode ser real, aquela efetivamente realizada pelo réu, ante a autoridade, ou ficta, que é aquela que não foi realizada pelo réu, sendo presumida pela Lei em razão de alguma inércia no processo a título de exemplo, no entanto, a confissão ficta não é aceita no processo penal, é aceita pelo processo civil, mas em âmbito penal é exclusiva;

c) Quanto à forma – segundo leciona Marcos Antonio Marques e Jayme Walmer (2012, p. 326) a confissão deverá ser prestada no próprio

processo, perante juiz competente, mediante forma prevista em lei e sem vícios.

Ainda, a confissão poderá ser escrita, quando o réu proceder por meio de cartas, bilhetes ou qualquer outro meio escrito, ou poderá ocorrer de forma oral, que é a forma tradicional, realizada verbalmente perante o juízo competente;

d) Quanto ao conteúdo – leciona Renato Brasileiro (2016, p. 677) que a confissão será simples quando o réu se limita a reconhecer o crime que lhe é imputado, ou será qualificada, quando o réu além de reconhecer os fatos, alega também tê-los praticado sob determinadas circunstâncias que podem excluir o crime ou até mesmo o isentarem de pena, a exemplo, quando o réu alega ter matado alguém (homicídio), mas confessa tê-lo feito em legítima defesa (excludente de ilicitude);

A confissão pode ser, ainda, retratável ou divisível, conforme expõe o art. 200 do CPP, “a confissão será divisível e retratável sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

Segundo denotam Marcos Antonio Marques e Jayme Walmer (2012, p. 327) ela é retratável, pois o réu poderá, a qualquer momento, voltar atrás e retrain (desdizer-se, voltar atrás) a confissão. Ocorre que, caberá ao magistrado considerar a confissão sem valor algum ou considerá-la como digna de valor, não perdendo a confissão o seu valor frente à retratação.

Ainda, lecionam os autores (2012, p. 327) que a confissão pode ser aceita parcialmente, ou seja, o magistrado poderá, ainda, considerar válida apenas algumas partes da confissão, e considerar falsa outras partes, ou seja, dividindo-se a confissão.

Noutro giro, quando o réu se retrata em Juízo da confissão feita em sede policial, entende o STJ que não será aplicada a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d” do CP (confissão), salvo se, mesmo perante a retratação, a confissão em cerne policial foi usada para a condenação do acusado.

Por fim, a respeito da circunstância atenuante da confissão, a jurisprudência entendia que a confissão qualificada não gerava a emprego da atenuante genérica do art. 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal. No

entanto, na atualidade, este entendimento foi superado. Hoje, o STJ passou a adotar que mesmo a confissão qualificada gera a atenuante de pena prevista no Código Penal, conforme AgRg no REsp 1.198.354/ES, Rel. Min. Jorge Mussi:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. Os dados obtidos mediante quebra de sigilo fiscal não foram utilizados como o fundamento exclusivo para a procedência da pretensão acusatória, servindo como reforço de argumentação para afastar a tese defensiva de que o agravante teria atuado amparado pela causa supralegal de exclusão da culpabilidade relativa à inexigibilidade de conduta diversa. 2. Foram declinados argumentos independentes para afastar a mencionada dirimente, como a não comprovação da suscitada dificuldade financeira ou ainda o fato de a ausência de repasse das contribuições ter perdurado por muitos meses. 3. Assim, ausente o prejuízo na consideração das declarações de imposto de renda do agravante, não há que se pronunciar a defendida nulidade decorrente da ausência de fundamentação suficiente da decisão judicial que autorizou a quebra do sigilo. 4. Conforme orientação jurisprudencial atual, o reconhecimento de mácula que implique a anulação de ato processual exige a demonstração do prejuízo mesmo quando se tratar de nulidade absoluta. Precedentes. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTOS CONCRETOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. 1. A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribui pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada. 2. O Tribunal a quo fixou a pena-base em 1 ano e 1 mês acima do mínimo legal diante da desfavorabilidade dos antecedentes, das consequências e da culpabilidade do agravante. 3. Logo, valendo-se de motivação concreta e dentro do critério de discricionariedade juridicamente vinculada, não se verifica a afronta ao art. 59 do Código Penal ou desproporcionalidade na fixação da pena básica. 4. A jurisprudência do STJ admite que mesmo a confissão dita qualificada enseje a aplicação da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal. 5. Agravo regimental provido em parte somente para adequar a reprimenda do agravante em virtude da aplicação da atenuante da confissão espontânea.
(STJ - AgRg no REsp: 1198354 ES 2010/0107573-4, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/10/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2014)

Isto posto, não resta dúvidas sobre a aplicação da atenuante do art. 65 inciso III, alínea “d” do CP. Vejamos agora o regimento da declaração do ofendido.

4.4 Declaração do Ofendido

A declaração do ofendido assente, ao juiz da causa, ter contato próximo com a pessoa que sofreu com os efeitos do crime, permitindo a análise extensiva do bem jurídico violado.

Primeiramente, devemos compreender que o ofendido não é testemunha, tendo em vista que a testemunha é um terceiro que não participou do fato. A respeito do tema, Pacelli (2012, p. 425):

[...] o ofendido não integra o rol de testemunhas da acusação, por não poder ser considerado, rigorosamente, testemunha. Em consequência, não tem o compromisso de dizer a verdade (art. 203, CPP), prevendo a lei, entretanto, a sua condução coercitiva se, quando regularmente intimado, não comparecer em juízo.

Diante do exposto, caso o ofendido mentir em sua deposição, não responderá pelo crime de falso testemunho (art. 342 do CP), visto que não é testemunha, este entendimento já foi confirmado pelo STJ no AgRg no REsp 1125145/RJ.

Ainda, caso seja determinada a oitiva do ofendido, terá o dever de comparecer e responder às perguntas, podendo ser conduzido coercitivamente, mediante força policial, tudo conforme o exposto no art. 201 do CPP.

A grande controvérsia que surgiu foi a respeito do direito ao silêncio da vítima, majoritariamente, a doutrina entende que é possível a vítima manter-se em silêncio, no entanto, existem, ainda, doutrinadores que não aderem a esse posicionamento.

Após as alterações trazidas pela Lei 11.690/08, foram acrescentados diversos parágrafos ao art. 201 (§§ 2º ao 6º). Agora o magistrado deverá comunicar o ofendido de diversos atos processuais, especialmente aqueles que importem na decretação da prisão e de liberdade do réu, mantendo o ofendido atualizado dos procedimentos.

O parágrafo 5º do art. 201 do CPP diz que será reservado espaço separado para o ofendido, antes do início da audiência e durante a sua realização, a fim de não haver qualquer constrangimento à vítima por parte do acusado.

Acerca do valor probatório das declarações do ofendido, vejamos as lições de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 679):

Em virtude do sistema da livre persuasão racional do juiz, tem-se que o valor probatório das declarações do ofendido é relativo. Logicamente, nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima ganha um pouco mais de importância, mas daí não se pode concluir que seu valor seria absoluto. É o que acontece, por exemplo, em crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos em locais ermos, sem testemunhas presenciais, etc., hipótese em que as declarações da vítima se revestem de especial relevância.

Ademais, o magistrado poderá, ainda, com o objetivo de preservar a intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, determinar até mesmo o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito, evitando, assim, sua exposição aos meios de comunicação, conforme exposto no § 6º do art. 201 do CPP.

4.5 Prova Testemunhal

A prova testemunhal tem grande valor no campo processual penal, pois comumente os crimes não estão documentados.

O autor Fernando Capez (2012, p. 435) define o conceito da prova testemunhal:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de

depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

No Direito Processual Penal, qualquer pessoa pode ser testemunha, conforme expressamente dito no art. 202 do CPP, desde a pessoa tenha capacidade física para depor. Cabe salientar, que a incapacidade jurídica é irrelevante, tendo em vista que podem depor no processo penal menores de 18 (dezoito) anos e doentes mentais.

A prova testemunhal pressupõe algumas classificações quanto às espécies de testemunhas, conforme denotam Marco Antonio Marques e Jayme Walmer (2012, p. 336-337):

a) Referida – é aquela que não foi arrolada por nenhum dos sujeitos do processo, mas teve seu nome citado por outra testemunha, que, mais tarde, teve determinada sua inquirição pelo magistrado da causa, conforme art. 209, § 1º do CPP. Não se leva em conta esta testemunha para a contagem do número máximo de testemunhas que a parte pode arrolar;

b) Judicial – é aquela arguida pelo magistrado sem ter sido levantada por qualquer das partes, conforme previsto no art. 209 do CPP, “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”;

c) Própria – é aquela que depõe sobre o fato objeto da ação criminal, podendo ela ser direta, quando aquele que depõe diz em relação a fatos que presenciou ou visualizou, ou indireta, quando não tenha presenciado os fatos, mas ouviu falar sobre ele;

d) Imprópria – chamada também de testemunha instrumental, pois esta declara sobre a regularidade de um ato ou fato processual, e não sobre o fato delituoso, é o caso, por exemplo, da pessoa que testemunhou a apresentação do preso em flagrante, conforme § 2º do art. 304 do CPP;

e) Das partes – trata-se daquela testemunha que foi relacionada pelo réu ou pela acusação no oferecimento da denúncia, estando sob compromisso, nos termos do art. 203 do CPP, “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua

profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”;

f) Informante – está prevista no art. 208 do CPP, é aquela dispensada do compromisso de dizer a verdade, em razão das suspeitas sobre suas declarações. A respeito desta espécie, o autor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 686) expõe:

Apesar do disposto no art. 203 do CPP, nem todas as pessoas prestam compromisso de dizer a verdade. É o que acontece com aquelas enumeradas no art. 206 do CPP. Como já foi dito, tais pessoas não têm a obrigação de depor, a não ser que não seja possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. Nessa hipótese, caso sejam ouvidas, não prestam o compromisso de dizer a verdade. De modo semelhante, os menores de 14 (quatorze) anos, doentes e deficientes mentais também não são compromissados.

g) Numerárias – são aquelas testemunhas arroladas pelas partes, em que o número não pode superar o máximo legal;

O número de testemunhas que cada parte pode enumerar varia de mecanismo para mecanismo, a regra é aquela exposta no art. 401, § 1º do CPP, no procedimento ordinário o máximo é de 8 (oito) testemunhas, no procedimento do rito sumário (art. 532 do CPP) serão permitidas apenas 5 (cinco) testemunhas.

O número de testemunhas será delimitado para cada fato imputado, bem como pelo número de acusados, conforme ensina Renato Brasileiro (2016, p. 690):

Prevalece o entendimento de que, para a acusação, o número é estabelecido de acordo com a quantidade de fatos imputados, independentemente do número de acusados. Para a defesa, toma-se em conta não apenas o número de fatos, como também o número de acusados. Exemplificando, se são dois os acusados pela prática de um crime de roubo, cada um deles terá direito a arrolar até 8 (oito) testemunhas, mesmo que possuam o mesmo defensor. Por outro

lado, se a um único acusado forem imputados dois fatos delituosos, terá direito a arrolar 8 (oito) testemunhas cada um deles.

j) Extranumerárias – são aquelas testemunhas ouvidas fora do rol oferecido pelas partes, por iniciativa do juiz;

k) Fria – trata-se da testemunha arrolada pela parte na denúncia, queixa ou resposta à acusação, no entanto, trata-se de pessoa fictícia, inexistente.

Noutro giro, conforme exposto pelo art. 202 do CPP, “toda pessoa poderá ser testemunha”. Nestes termos, o surdo, o inimputável, o doente mental, dentre outros, poderão testemunhar. No entanto, caberá ao magistrado atribuir a cada testemunho o seu valor.

Conforme dito acima, todo sujeito poderá testemunhar, inclusive menor de 14 anos, tendo em vista que o CPP trata os informantes como testemunhas, chamando-os de testemunhas não compromissadas.

O Código de Processo Penal nos traz o rol de pessoas dispensadas de prestar compromisso, conforme o exposto no art. 208 que denota “não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”.

A testemunha não tem a obrigação de dizer a verdade em relação a fatos que possam incriminá-la, não respondendo por falso testemunho, mesmo que esteja compromissada.

Diante do disposto no art. 214 do CPP, “antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstância ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208”. O presente dispositivo trata dos possíveis e diferentes incidentes da contradita e arguição de sua parcialidade.

A contradita nada mais é que a impugnação à testemunha, tendo como objetivo obstar que a testemunha, vedada de depor, seja ouvida. Podendo ocorrer em duas hipóteses: quando tratar de pessoas que não devam

prestar compromisso, arroladas por qualquer das partes, a outra parte poderá contraditar a testemunha, tornando-se o seu depoimento sem compromisso legal (art. 208 do CPP); outra hipótese é daquelas pessoas que não podem depor, depois de contraditadas, devendo ser excluídas, e o seu depoimento não será tomado (art. 207 do CP).

Na arguição de parcialidade da testemunha, a arguição de defeito é a designação de suspeição de uma testemunha. Vejamos o que leciona Renato Brasileiro (2016, p. 694) a respeito do assunto:

Na arguição de parcialidade, a parte pode alegar circunstância ou defeitos que tornem a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé. Nessa hipótese, o objetivo não é o de excluir a testemunha. Na verdade, o objetivo da arguição de parcialidade é o de fazer constar do ato que a testemunha é tendenciosa, o que será sopesado pelo magistrado quando da valoração de seu depoimento.

Nestes termos, a arguição de defeito, não fará com que o juiz exclua ou recuse o compromisso da testemunha, mas estará atento para não valorar demais o depoimento desta testemunha suspeita.

A prova testemunhal possui, ainda, algumas características a serem observadas, são elas:

a) Oralidade – a prova testemunhal, em princípio, será sempre oral. Apesar disso, poderão, as testemunhas, formar breves consultas a apontamentos escritos, conforme art. 204 do CPP.

Algumas pessoas, entretanto, poderão optar por oferecer depoimento oral ou escrito, como o Presidente e Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado e Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, as pessoas surdas, mudas, ou surdas-mudas podem depor de forma escrita (art. 223, § único do CPP);

b) Objetividade – a testemunha deve prestar testemunho de forma objetiva sobre o fato, não sendo permitido a ela fazer comentários pessoais a respeito do ocorrido, conforme art. 213 do CPP;

c) Individualidade – característica conhecida também como incomunicabilidade, ou seja, as testemunhas serão ouvidas individualmente, uma não poderá ouvir o depoimento da outra, é o exposto no art. 210 do CPP;

d) Obrigatoriedade do comparecimento – após a devida intimação da testemunha, esta deverá comparecer, sob pena de ser conduzida à força, conforme apregoado nos arts. 218 e 219 do CPP:

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Entretanto, esta regra possui algumas exceções, a primeira é aquela descrita no art. 220 do CPP, que diz respeito aos cidadãos que não estejam em condições físicas de se dirigirem até o juízo; a segunda, trazida pelo art. 221 do CPP, denota a respeito das pessoas que, por prerrogativa de função, podem optar por serem ouvidas em outros locais;

e) Obrigatoriedade da prestação do depoimento – a testemunha, além de comparecer, deve também depor sobre os fatos que tenha conhecimento, não havendo direito ao silêncio, conforme exposto no art. 206 do CPP:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se à prova do fato e de suas circunstâncias.

No tocante às testemunhas ouvidas, mediante carta precatória ou rogatória, deve-se observar o disposto nos arts. 222 e 222-A, ambos do CPP:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

Cabe esclarecer, que não há necessidade de comparecimento do réu no local em que as testemunhas serão ouvidas, quando isso se der por carta precatória.

Outro ponto a ser levantado, diz respeito àquelas testemunhas que estiverem em situações de velhice ou enfermidade, que ao tempo da instrução possam não mais estar presentes, devido ao seu falecimento. Nestes casos, o magistrado poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar o depoimento dessas pessoas antecipadamente, conforme expõe o art. 225 do CPP.

Noutro giro, com relação à formulação de perguntas pelas partes, enquanto no interrogatório do réu se adotou o sistema presidencialista, ou seja, aquele em que as perguntas se dirigem ao Juiz, que as repassa para o réu, na prova testemunhal o CPP determina que as partes formulem diretamente as perguntas às testemunhas, cabe ao magistrado não admitir quando a pergunta for irrelevante (art. 212 do CPP).

4.6 Reconhecimento de Pessoas e Coisas

O mestre e doutor Fernando Capez (2012, p. 451) delinea o instituto como sendo meio de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de um sujeito ou de algum objeto que lhe é apresentada como outra que viu no passado.

Não podemos confundir o reconhecimento de pessoas e coisas com o retrato falado, pois este é formado a partir de informações prestadas ao sujeito, pelo sujeito que tenha visto o autor do delito, sendo relacionado como meio de investigação e não meio prova.

Quando surgir a necessidade de se realizar o reconhecimento de pessoa ou de coisa, deverão ser observados os procedimentos expostos no art. 226 do CPP:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

A respeito do parágrafo único do art. 226 do CPP, Eugênio Pacelli (2012, p. 427) leciona:

O procedimento previsto no art. 226, III, do CPP, fundado no receio que a testemunha possa ter em relação à pessoa a ser reconhecida, é feito de modo sigiloso, isto é, impedindo que o reconhecimento

possa ver aquele que o reconhece. Em razão disso, a própria legislação estabelece não ser possível tal procedimento em juízo (art. 226, parágrafo único), em obediência às exigências da ampla defesa.

Isto posto, cumpre observar que este entendimento não é dominante, tendo em vista que a grande maioria aceita ser possível o juiz adotar medidas, destinadas a preservar a imagem do reconhecedor, frente ao reconhecido em juízo, conforme entende o autor Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 491) em sua obra Manual de processo penal e execução penal.

Quando o reconhecimento for de coisas, aplicam-se, também, as mesmas regras no que forem cabíveis.

Assim sendo, tanto no reconhecimento de pessoas ou de coisas, caso dispuser mais de um sujeito para fazer o reconhecimento, cada pessoa realizará o ato em separado, para que uma não influencie a outra, conforme exposto no art. 228 do CPP.

4.7 Acareação

A acareação nada mais é que colocar frente a frente duas pessoas que apresentaram informações opostas. Busca-se, com o instituto, encontrar o mentiroso, aquele que prestou informação errada.

Sobre este meio de prova, o professor Vicente Greco Filho (2012, p. 227) expõe:

Perante as pessoas acareadas, o juiz exporá os pontos divergentes e solicitará esclarecimentos ou confirmação do que fora afirmado anteriormente, lavrando-se termo do ocorrido. Os acareados poderão ser reperguntados pelas partes sobre os pontos discordantes.

A acareação poderá ser sucedida tanto na fase investigatória quanto na fase processual, nada impede que as partes requeiram a prática do ato.

O art. 229 do CPP estabelece quem poderá ser acareado, vejamos:

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Com a leitura do referido artigo, percebemos que podem ser acareadas as testemunhas, acusados ou réus e também os ofendidos entre si, ou seja, acusado com acusado, ou uns com os outros, ofendido com testemunha, etc.

Quando se encontrarem em localidades distintas, a acareação também poderá ser cumprida mediante carta precatória, nos termos do art. 230 do CPP, “se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente”.

A hipótese de a acareação ser realizada por carta precatória descaracteriza a qualidade da acareação, tendo em vista que ela não será procedida com os sujeitos frente a frente, de forma a, mediante constrangimento, fazer surgir a verdade.

A respeito do valor probatório da acareação, o mestre Renato Brasileiro (2016, p. 706) expõe:

Quanto ao seu valor probatório, oriundo de eventual retificação de um depoimento, ou até mesmo pela impressão pessoal do juiz sobre as reações e maneira de proceder de um dos acareados, temos que seu valor assemelha-se àquele concedido à prova testemunhal e às

declarações do acusado e do ofendido, conforme se tratar, respectivamente, de testemunha, acusado e vítima.

Noutro giro, cabe enfatizar, que, de acordo com a doutrina e jurisprudência, a acareação incertamente conduz à solução das contradições entre sujeitos, tendo em vista que os acareados têm o costume de repetir o que já haviam dito, e dificilmente retificam seus depoimentos.

4.8 Prova Documental

A definição de “documentos” encontra-se expressa no art. 232 do CPP:

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.
Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

A prova documental poderá ser realizada em qualquer momento, pelas partes, ressalvado os casos em que a lei explicitamente vedar sua produção, fora de um determinado momento (art. 231 do CPP).

O art. 233 do CPP relata que as cartas e demais documentos interceptados ilegalmente, por óbvio, não poderão ser juntados aos autos:

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.
Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

O juiz também pode designar a produção de prova documental, se tiver menção de algum documento importante, livre de requerimento de quaisquer das partes, para que seja juntado aos autos, caso possível, conforme o art. 234 do CPP.

Os documentos podem ser classificados, segundo a doutrina, como:

a) Instrumentos – segundo Renato Brasileiro (2016, p. 707) são documentos que foram produzidos com a finalidade de gerar provas. Dividindo-se em documentos públicos, aqueles que são expedidos por funcionário público no exercício de suas funções e de acordo com as formalidades legais, ou podem ser documentos privados, sendo aqueles que não estejam implicados como documentos públicos;

b) Documentos *stricto sensu* – trata-se daqueles que foram escritos sem a finalidade de produzir prova, mas possam, eventualmente, exercer essa função. Estes, também, se dividem em público e privado.

A respeito do valor probante dos documentos, estes deterão o valor que o magistrado dar a eles. Ocorre que, alguns documentos, em razão do sujeito que os produziu, possuem maior valor.

O valor dos documentos não tem apenas o valor para formar o convencimento do magistrado, mas também à extensão de sua força probante. Assim, os documentos públicos, produzidos pelo funcionário público competente, fazem prova, não só dos fatos acometidos na presença da autoridade que o elaborou e das declarações de vontade emitidas na presença da autoridade pública que exarou, mas, também, dos fatos e atos que estão registrados no documento.

No entanto, os documentos particulares assinados pelas partes e por duas testemunhas provam as obrigações firmadas entre elas, assim, a eficácia desse documento não alcança terceiros.

Noutro giro, os documentos poderão apresentar alguns vícios, sejam eles extrínsecos, aqueles relacionados à inobservância de determinada exigência para elaboração do documento, ou intrínsecos, aqueles associados ao conteúdo do próprio ato.

Contudo, o documento pode não ser viciado, mas poderá ser falso, sendo a falsidade material, aquela atinente à criação de um falso documento, com alterações ou por ser completamente falso, ou a falsidade poderá ser ideológica, referente à matéria, ou seja, ao conteúdo do fato registrado.

A desigualdade entre o vício e a falsidade funda-se no dolo do sujeito, pois no vício não há exatamente dolo, há apenas alguma irregularidade, no entanto, na falsidade o documento foi contrafeito ou executado com método errado.

Caso alguma das partes arrazoar que o documento seja errôneo, deverá ser instalado incidente de falsidade documental, respeitando o processo expresso nos incisos do art. 145 do CPP.

Quando o documento apresentado estiver em língua estrangeira, deverá, sem prejuízo de sua inserção imediata, ser traduzido, se preciso, por tradutor público, ou, na falta deste, por pessoa idônea nomeada pela autoridade, conforme regra expressa pelo art. 236 do CPP.

Com relação àqueles documentos que foram apreendidos, o autor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 710) ensina:

Em relação aos documentos apreendidos, caso a restituição seja pretendida antes do trânsito em julgado da sentença final, e desde que não haja necessidade de sua manutenção nos autos do processo, nem tampouco dúvida quanto à sua propriedade, o procedimento a ser observado é o de restituição de coisas apreendidas, previsto entre os art.s 118 e 124 do CPP.

Por fim aqueles documentos originais, juntados pelas partes ao processo findo, quando não houver motivo relevante que justifique a conservação dos mesmos nos autos processuais, poderão, através de requerimento, e depois de ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que o produziu, ficando translado nos autos, conforme expõe o art. 238 do CPP.

4.9 Prova Indiciária

Os autores Marco Antonio Marques e Jayme Walmer (2012, p. 379) denotam que indício representa um fato em relação tão precisa com outro fato que, de um, o julgador chega ao outro, por conclusão natural.

Isto posto, a expressão indícios pode ser entendida como aqueles elementos de convicção cuja monta é baixa, pois não revelam o ato que se debate, mas indaga provar outro fato, que a ele está relacionado, incitando se o fato em discussão ocorreu ou não.

O autor Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 342) leciona a respeito do tema:

[...] a prova indiciária deriva da demonstração de um fato que não compõe o the probandum, mas que abre caminho para chegar a ele. Portanto, por intermédio dessa modalidade probatória chega-se, por via indireta ou por indução, à constatação de um fato que se quer provar.

Ainda, conforme art. 239 do CPP, o indício é considerado uma circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por meio de indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias.

A prova indiciária é tão válida quanto qualquer outra espécie de prova, tendo em vista a inexistência de organização hierárquica entre as provas, isto porque o Código de Processo Penal aderiu ao sistema da livre convicção do juiz, com a ressalva de que os indícios sejam sérios e fundamentados.

Parcela da doutrina aceita que indícios relevantes sejam considerados como prova indiciária, podendo embasar uma sentença condenatória.

Neste sentido, vejamos o que expõe Fernando Capez (2012, p. 467):

De fato, uma sucessão de pequenos indícios ou a ausência de um álibi consistente do acusado para infirmá-las pode, excepcionalmente, autorizar um decreto condenatório, pois qualquer vedação absoluta ao seu valor probante colidiria com o sistema da livre apreciação das provas, consagrado no atual art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008.

No entanto, os indícios são distintos das presunções legais, pois os indícios preconizam uma conclusão relativamente lógica, a exemplo um documento pessoal é encontrado no local do crime, levando a conclusão de que, provavelmente, o elemento esteve naquele local. Em se tratando das presunções legais, estas são incidentes nos quais a lei fixa que delimitados fatos são verdadeiros, como a incapacidade de consentir na relação sexual o menor de 14 anos, este fato é presumido.

Por fim, cabe expor que a presunção isenta a parte de provar o fato presumido, no entanto, não isenta de provar o fato que gera a presunção. Assim, consoante o exemplo dado acima, não compete ao sujeito provar a incapacidade do menor de 14 (catorze) anos em consentir na relação sexual, mas poderá provar que o ofendido é maior de 14 (catorze) anos, que o documento apresentado é falso.

4.10 Busca e Apreensão

Via de regra, a busca e apreensão é um meio de prova, mas também pode ser considerado um meio de assegurar direitos; exemplo quando o magistrado designa o arresto de um bem para assegurar a reparação civil.

Sobre este instituto, o professor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 710) ensina:

Apesar de comumente citadas como se fossem uma coisa só, a busca não se confunde com a apreensão. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível

que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial.

A busca e apreensão podem ser realizadas na fase judicial ou na fase da investigação policial. O magistrado pode estabelecer de ofício ou através de requerimento do Ministério Público, do advogado do réu, ou representação da autoridade policial.

Contudo, o instituto da busca e apreensão pode ser domiciliar ou pessoal, conforme art. 240 do CPP, “a busca será domiciliar ou pessoal”.

A busca domiciliar ocorrerá nos termos do §1º do art. 240 do CPP, vejamos:

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Cabe observar, que este rol é tido como taxativo pela doutrina e jurisprudência, não admitindo sua ampliação.

No tocante à alínea “f”, as cartas abertas são tratadas como um documento qualquer, no entanto, a respeito das cartas lacradas, há quem diz que, por força do art. 5º, inciso XII, da CF, não foi assegurada a sua apreensão e violação, sob pena de ilicitude da prova.

Contudo, cumpre ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal (STF, 1ª Turma, RE-AgR 331.303/PR) já reconheceu a viabilidade de a administração

penitenciária, fundamentando-se em parâmetros de segurança pública, de disciplina prisional, respeitando os dizeres do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à violação da correspondência enviada aos sentenciados, pois a cláusula da inviolabilidade pode ocasionar a práticas ilícitas, por meio da troca de cartas entre sentenciados e pessoas fora do sistema carcerário.

A busca domiciliar, somente, será determinada pela autoridade judiciária, em razão do previsto no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Como se vê, mesmo com a autorização do magistrado, a diligência só será capaz de ser realizada durante o dia, esta regra, ainda, é exposta pelo art. 245 do CPP.

Em relação ao conceito de casa, o art. 246 do CPP nos traz o norte interpretativo, vejamos:

Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

Assim, não exige para a caracterização de domicílio que o local seja destinado à moradia, podendo ser, em caso semelhante, um escritório ou consultório particular, quartos de hotéis, pousadas, motéis, dentre outros.

Na linha dos arts. 241 e 245, §1º, ambos do CPP, a ordem judicial de busca e apreensão deve ser sempre justificadas, esclarecendo as fundadas razões do ato, entretanto, caso a própria autoridade que proferir a ordem realizar o ato, não será necessário o mandado escrito, basta que se qualifique e demonstre o objeto da diligência.

Pode ocorrer que no ato da diligência não se encontre ninguém no imóvel, assim, o § 4º do art. 245 do CPP, determina que seja intimado algum vizinho para que presencie o ato.

A diligência não poderá causar embaraço aos moradores, deverá violar o mínimo possível da intimidade do sujeito que sofre a busca domiciliar, conforme redação do art. 248 CPP.

Durante o cumprimento, a autoridade deve se ater apenas ao objeto da busca e apreensão, guardando o exposto no art. 243 do CPP, assim, se o sujeito indica onde está o objeto que se foi buscar, e este sendo encontrado, não pode a autoridade continuar a vasculhar o local, ponderando que pode encontrar mais artefatos. O encargo de busca e apreensão deve ser minucioso, de forma a limitar ao estritamente necessário a ação da autoridade que irá realizar o ato, devendo especificar de forma clara o local, os reais pretextos e fins da diligência.

Outro ponto importante a ser abordado, é aquele a respeito da busca e apreensão em escritório de advocacia. O art. 7º, § 6º do Estatuto da OAB elenca alguns requisitos para a ocorrência do ato, como a existência de indícios de autoria e materialidade de crime praticado pelo próprio advogado, deve haver a decretação da quebra da inviolabilidade pela autoridade judiciária competente, a decisão carecerá de boa fundamentação, e, ainda, a diligência no escritório deverá ser acompanhada por um representante da OAB.

O autor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 715) expõe que o mandado judicial de busca e apreensão em escritório de advocacia não pode ser expedido de forma genérica, ou seja, de forma aberta e desafogada, sem o objeto do ato devidamente estabelecido, mas deve ser o mandado feito de forma demarcada, restrita ou fechada, mesmo sendo o advogado investigado.

Noutro giro, a busca poderá ser pessoal, quando realizada em pessoas, com a finalidade de localizar arma proibida ou alguns objetos determinados, conforme expõe o § 2º do art. 240 do CPP: “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.

A busca pessoal poderá ser feita de modo menos formal, ao contrário da busca domiciliar, assim, pode a própria autoridade policial, seus agentes ou a autoridade judiciária, decretar a busca pessoal.

O professor Fernando Capez (2012, p. 405) expõe em sua obra algumas restrições a serem observadas na busca pessoal:

Deve ser realizada sempre que existir fundada suspeita, bem como de maneira que não seja vexatória para o atingido, sob pena de configurar crime de abuso de autoridade.

Assim, a realização da busca pessoal deve levar em consideração verdadeira suspeita de que o sujeito se encontre em alguma das suposições previstas no CPP.

Neste mesmo enlace, a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 81.305/GO, Ministro relator Ilmar Galvão, DJ 22/02/2002, vemos: “a *fundada suspeita* prevista no art. 244 do CPP não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos reais que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder”.

Em outro ponto, de forma a compatibilizar a diligência com os princípios da dignidade humana, no caso de busca pessoal em mulher, o art. 249 do CPP dispõe que a diligência deve ser feita por outra mulher, quando não prejudicar a diligência.

Em regra, a busca pessoal não poderá ser concretizada em localidade diversa daquela na qual a autoridade policial exerce seu poder. No entanto, o CPP admite a exceção no caso de haver perseguição, quando iniciada no local onde a autoridade possui jurisdição, respeitando o exibido no art. 250 do CPP.

A respeito da busca pessoal em advogado, o professor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 719) leciona:

No tocante à busca pessoal em advogado, tem-se que, em regra, documentos em poder de advogado não poderão ser apreendidos (Lei nº 8.906/94, art. 7º, II), salvo em duas situações: a) quando o documento é o corpo de delito do crime (CPP, art. 243, § 2º); b) quando o advogado for partícipe ou coautor do crime, ele deixa de gozar das prerrogativas do profissional da advocacia, podendo ter documentos vinculados a tal delito apreendidos.

Isto posto, constata-se que o legislador vedou a apreensão de documentos em poder de advogado. No entanto, há duas exceções em que a busca pessoal será cabível; quando o documento fizer parte do crime, ou; quando o advogado for partícipe ou coautor do delito.

Encerra-se aqui o conteúdo das provas em espécies, no próximo tópico serão tratadas as técnicas especiais de investigação.

5 TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO PARA O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Tendo em vista o já exposto no tópico segundo, cada espécie de organização criminosa detém seus métodos de criminalidade, com características próprias. Interessante ressaltar que a nova onda de delinquência organizada tem um potencial de gravidade sem precedentes, tem como exemplo a criminalidade organizada relativas ao narcotráfico, ao terrorismo e à criminalidade financeira.

Muitas são as dificuldades encontradas em combater a criminalidade organizada, devido ao grande número de integrantes desta; ordinariamente as ações dos grupos criminosos não deixam rastros, dificultando a obtenção de provas. Além disso, as organizações procuram intimidar testemunhas e vítimas, bem como corromper agentes públicos. Nos casos de crime do colarinho branco, são usados terceiros (laranjas) e empresas fictícias nas práticas delituosas, dificultando nas investigações que buscam os chefes do crime.

Diante das múltiplas facetas das organizações criminosas, cabe indagar, se apenas aqueles meios tradicionais de obtenção de prova seriam suficientes para combater, com eficácia, a criminalidade organizada.

A respeito do tema, Flávio Cardoso Pereira (2009, p. 99), em sua participação na obra *Limites Constitucionais da Investigação*, leciona:

É fato notório, então, que os Estados devem empregar, e assim se percebe de forma crescente nos últimos anos, novas técnicas ou métodos de investigação para combater a essa forma diferenciada, sui generis e mais grave de delinquência.

O professor Everton Luiz Zanella (2016, p. 137), em sua obra, expõe a respeito da necessidade de outros meios de prova:

A necessidade de outros meios de prova surge, sobretudo, em processos que abarcam organizações criminosas empresariais e institucionais. A demonstração disso se dá com o irrisório número de condenações, no Brasil, de “criminosos do colarinho branco” ou agentes públicos, em especial, do alto escalão, escancarando a ineficiência dos meios tradicionais de prova.

Sendo assim, com as incontáveis facetas das organizações criminosas, é impossível pensarmos apenas na utilização dos meios convencionais de investigação, para o desvendar de uma organização criminosa. Somente com técnicas especiais é viável, ainda com dificuldades, combater a criminalidade organizada. Devido essa certa insuficiência é que algumas Convenções passaram a adotar o chamado “Técnicas Especiais de Investigação – TEI”.

A esse respeito, bem acentuam os professores Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 194-195):

[...] algumas Convenções Internacionais passaram adotar “Técnicas Especiais de Investigação” (também sob a sigla TEI), a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigo 50) e a Convenção de Palermo (artigo 20), ambas ratificadas e promulgadas pelo Brasil respectivamente pelos Decretos 5.687/2006, 5.015/2004. Também a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas (ratificada e promulgada pelo Brasil pelo Decreto 154/1991) adotou “técnicas especiais de investigação”, muito embora sem fazer o uso desta expressão.

Ainda, Vladimir Aras (2012 apud Gomes e Rodrigues 2015, p. 195) denota o conceito da expressão “técnicas especiais de investigação”, vejamos:

“Técnicas especiais de investigação” (TEI) são ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal. Distinguem-se das técnicas convencionais de persecução criminal, porquanto estas em regra não sejam sigilosas.

Nesse contexto, a antiga lei de combate ao crime organizado (Lei 9.034/1995) assentou estas técnicas, chamando-as de “procedimentos de investigação e formação de provas”, conforme exposto no art. 2º da referida lei. Ocorre que, a lei não tratou das hipóteses de cabimento ou mesmo do prazo de duração da medida, no entanto, a falta de procedimentos a serem seguidos, não gerou obstáculo para a implantação dos “procedimentos de investigação”, tendo em vista a aceitação por parte dos Tribunais.

Contudo, com a vinda da Lei 12.850/2013 (nova Lei de combate ao crime organizado), revogou a Lei 9.034/1995, mas repetiu o rol das “técnicas especiais de investigação”, no entanto, passou a disciplinar sobre todos os procedimentos.

As Técnicas Especiais de Investigação são dispostas, no art. 3º da Lei 12.850/2013, como “meios de obtenção da prova”, vejamos:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de 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 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.

A Constituição Federal de 1988, expressamente, dá pretensão constitucional a algumas das técnicas especiais, e, por óbvio, a utilização dos meios especiais deve obedecer às regras constitucionais. Neste sentido, Cleber Masson e Vinicius Marçal (2016, p. 105):

Num Estado Constitucional e Democrático de Direito, em que sua Carta Magna homenageia o sistema processual acusatório e um conjunto de garantias fundamentais ao investigado/processado, é comezinha a percepção segundo a qual as intromissões do Estado na esfera privada dos cidadãos, especialmente na seara criminal, só podem existir dentro dos estritos lindes normativos. A busca pela eficiência não pode jamais atropelar inconstitucionalmente direitos e garantias fundamentais.

Hodiernamente, não podem banalizar as técnicas especiais de investigação, em justificção do fato de que algumas técnicas podem atingir veemente a intimidade e a vida privada do acusado, propiciando ingerências abusivas na vida privada das pessoas. Além do mais, determinadas técnicas expõem os agentes públicos em situações de risco, como a infiltração de agentes policiais.

Nesse caminho, cabe, ainda, dizer, que o uso ilegal das técnicas especiais de investigação podem eventualmente gerar a nulidade da prova colhida.

Por fim, para a realização das TEIs deverá haver indícios seguros da existência da organização criminosa, conforme lecionam os autores Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 207-208):

Para a implementação das Técnicas Especiais de Investigação bastam meros indícios da organização criminosa (e não prova inequívocas como defendem BUSATO e BITENTOURT), tanto é assim que Artigo 10, § 2º da Lei 12.850/2013 diz que será admitida a infiltração se houver “indícios” de infiltração penal de que trata o art. 1º da Lei 12.850/2013. Na mesma esteira, o art. 11 da Lei 12.850/2013 não exigiu que se estabelecessem os nomes ou apelidos, das pessoas a serem investigadas para a realização da infiltração de agentes, ou seja, se nem ao menos se sabe quem são os membros da organização criminosa é sinal que não exige prova desta, mas tão somente indícios suficientes para a implementação deste instrumento probatório.

Feita essas observações, temos que a finalidade das técnicas especiais de investigação é colher elementos de informação ou provas para identificar a eventual organização criminosa, averiguando quem são os membros, se realmente ocorreu o delito de associação, e também apurar os

crimes praticados pelos membros da suposta organização. Para se obter triunfo no apanhamento das provas, só será possível com o uso das técnicas especiais.

Vejamos agora, individualmente, cada uma das técnicas especiais de investigação.

5.1 Colaboração Premiada

Conceituando o instituto, Everton Luiz Zanella (2016, p. 167):

A colaboração premiada é um instrumento de investigação criminal que, em linhas gerais, consiste na possibilidade de o Estado (titular do jus puniendi) atribuir uma recompensa legal ao autor ou partícipe de uma infração penal em troca de uma contraprestação (também legal) que auxilia no deslinde das investigações ou do processo criminal. Em outras palavras, o instituto consiste em um benefício concedido ao investigado ou acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime.

Esse instituto não tem origem recente, já era observado ao longo da história, sendo encontrado, com procedimentos semelhantes, no sistema anglo-saxão, do qual surge a expressão “testemunha da coroa”. No Brasil há relatos dos institutos, ainda no século XVII, nas Ordenações Filipinas.

O instituto passou a ser mais divulgado, no território brasileiro, com a Operação Lava Jato, em que, a cada nova fase de investigação e com a prisão preventiva de alguns acusados, a expressão “delação premiada” vem à tona nos noticiários televisivos.

Ouvimos muito a expressão “delação premiada”, e o questionamento que surge é: há diferença entre as expressões “delação” e “colaboração” ou são sinônimas?

Doutrinariamente, não restam dúvidas em dizer que as expressões não são sinônimas, tendo em vista que a expressão “colaboração premiada” tem o sentido mais amplo.

O autor Vladimir Aras (2011, p. 428 apud Renato Brasileiro de Lima 2016, p. 761) trata a Colaboração Premiada como gênero, do qual se subdivide em 4 (quatro) subespécies:

- a) delação premiada (chamamento de corrêu): além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominada de agente revelador;
- b) colaboração para libertação: o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação;
- c) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais;
- d) colaboração preventiva: o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

Ainda, os autores Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 212) enumeram uma quinta subespécie de colaboração premiada, chamada “colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização”, sendo aquela colaboração focada na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.

A par desta classificação, a colaboração premiada tem natureza jurídica de meio “especial” de obtenção de prova, materializado em um acordo que é reduzido a termo, para posterior homologação judicial, conforme o exposto nos parágrafos 6º e 7º do art. 4º da Lei 12.850/13.

O autor do delito terá direito, segundo o caput do art. 4º da Lei 12.850/13, aos prêmios legais, como: perdão judicial; redução da pena privativa de liberdade em até dois terços; redução da pena até a metade, se a colaboração for posterior à sentença; progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, se a colaboração for posterior à sentença; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; não

oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Para tanto, o colaborador deverá, de forma eficaz e voluntária, contribuir na obtenção dos requisitos previstos nos incisos do art. 4º da referida lei:

Art. 4º [...]

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

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

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

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

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

Destaque-se, ainda, que basta apenas a presença de um dos requisitos acima, para que seja reconhecida a colaboração premiada.

A aplicação do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, tendo em vista o exposto no § 1º do art. 4º.

O acordo pode ser feito pelo Promotor de Justiça na fase de investigação ou durante o processo criminal, ou, ainda, poderá ser feito pelo delegado de polícia, mas ficará limitado à fase de investigação e durante o inquérito policial. Neste último caso, o parágrafo 2º do art. 4º, da referida Lei, estabelece que o acordo seja precedido da manifestação do Ministério Público.

O prazo para o oferecimento da denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, podem ser suspensos por 6 (seis) meses, com a possibilidade de prorrogação de igual período, até que sejam cumpridas as medias de colaboração, assim, permanece suspenso o prazo prescricional (§ 3º, art. 4).

O magistrado não participa do acordo, deve apenas homologar o termo a ele submetido, mantendo-se a sua imparcialidade processual (§ 6º art. 4º). Conforme exposição dos §§ 7º e 8º, o magistrado, ainda, deverá verificar a

regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, podendo, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Caso a colaboração seja feita após a sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos (§ 5º art. 4º).

Feita a homologação do acordo, o colaborador, juntamente com seu defensor, poderá ser ouvido pelos Membros do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia responsável pelas investigações (§ 9º art. 4º).

As partes poderão retratar-se da proposta em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (§ 10º art. 4º). Os professores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 71) instruem que a retratação somente é possível antes da homologação judicial, depois disso passa a compor o acervo probatório, não mais se admitindo que uma das partes conteste os seus termos.

O parágrafo 12º do art. 4º prevê a possibilidade do colaborador, ainda que beneficiado por perdão judicial, ser ouvido como testemunha, bem como o denunciado, que teve o inquérito policial arquivado pelo MP, nos termos do § 4º do art. 4º, que expõe:

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:
I – não for líder da organização criminosa;
II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Os registros dos atos de colaboração serão feitos pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações (§ 13º art. 4º).

Importante observar que o colaborador, nos depoimentos que prestar, renunciará o direito ao silêncio, na presença de seu defensor, ficando assim, sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (§ 14, art. 4º).

O colaborador deverá estar assistido pelo seu defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração (§ 15º, art. 4º).

Ainda, não menos importante, cabe esclarecer que nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador, conforme expresso no § 16º do art. 4º.

Noutro prisma, o art. 5º da LCO nos traz os direitos do colaborador:

Art. 5º São direitos do colaborador:

I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específicas;

II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI – cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

O legislador trouxe, no art. 5º da Lei 12.850/13, um rol de direitos do colaborador já previstos na Lei 9.807/1999 (Lei de proteção às testemunhas), com o intuito de resguardar a integridade do colaborador da mesma forma que se aplica às testemunhas.

Para a formalização do acordo de Colaboração Premiada, deverá ser respeitado o exposto no art. 6º. Assim, o acordo celebrado entre as partes será feito por escrito, devendo conter no termo do acordo: I) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e da sua família, quando necessário.

O pedido de homologação do acordo será, de maneira sigilosa, distribuído, integrando apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto, garantindo o devido sigilo no trâmite para

apreciação do acordo e sua eventual homologação pelo magistrado, visto caput e § 1º do art. 7º.

O acesso aos autos ficará restrito ao magistrado, Ministério Público e ao delegado de polícia, garantindo o êxito das investigações. Será assegurado ao defensor, no interesse do representado, o acesso aos elementos de prova que digam respeito à execução do direito de defesa, desde que precedido de autorização judicial, ressalvadas as diligências em andamento, conforme § 2º art. 4º, bem como interpretação da Súmula Vinculante nº 14 do STF, “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Por fim, visto o § 3º do art. 7º, assim que recebida a denúncia, com a abertura do processo criminal, a colaboração premiada passa a compor o acervo probatório, visto não mais existir a manutenção do sigilo, observando o disposto no art. 5º.

5.2 Ação Controlada

Trata-se de procedimento de investigação e obtenção de provas, com previsão nos arts. 3º, inciso III, 8º e 9º da Lei 12.850/2013. O conceito do instituto encontra-se descrito no art. 8º:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

O respeitável professor Eduardo Araújo da Silva (2009, p. 80-81) leciona a respeito do instituto:

A prática tem demonstrado que muitas vezes é estrategicamente mais vantajoso evitar a prisão, num primeiro momento, de integrantes menos influentes de uma organização criminosa, para monitorar suas ações e possibilitar a prisão de um número maior de integrantes ou mesmo a obtenção de prova em relação a seus superiores na hierarquia da associação, que dificilmente se expõem em práticas delituosas.

Para o regular desenvolvimento da ação controlada, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 220-221) elencam cinco requisitos mínimos:

a) que a medida vise a investigação de ação criminosa praticada por organização criminosa ou a ela vinculada; b) que as ações da organização criminosa investigada sejam mantidas sob observação e acompanhamento (vigilância perene); c) que essa vigilância perene tenha por escopo viabilizar que a intervenção policial ou administrativa se concretize no ordenamento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações; d) que o retardamento da intervenção policial ou administrativa seja previamente comunicado ao juiz competente; e) que haja sempre (em nosso entendimento) controle pelo Ministério Público e fixação de limites pelo magistrado.

O instituto já fora previsto na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), no art. 53, inciso II, bem como na Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), em seu art. 4º - B. Assim, existem mais de uma hipótese de uso do mecanismo da ação controlada no ordenamento brasileiro.

O professor Everton Luiz Zanella (2016, p. 165) faz a diferenciação quando na ocorrência ao combate ao tráfico ilícito e quando tratar-se de organizações criminosas:

Na primeira delas, a lei exige conhecimento sobre o provável itinerário da droga e a identificação dos agentes (traficantes ou colaboradores), ao passo que, na segunda delas, a lei exige ação praticada ou vinculada à organização criminosa, de forma que devem estar presentes os elementos do conceito definido no art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013 (aqui não se demanda prova concreta de que há de fato uma organização criminosa, bastando elementos indiciários acerca de sua existência, visto que estamos diante de uma medida

de natureza cautelar, portanto, não é razoável existir mais do que verossimilhança do fato – *fumus boni iuris*).

Diversamente da Lei de Droga e da Lei do Crime Organizado, a Lei nº 9.613/98 também prevê uma espécie de ação controlada, como leciona Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 790):

A Lei nº 9.613/98 também prevê, em seu art. 4º-B, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12, uma espécie de ação controlada, consistente na suspensão pelo juiz da ordem de prisão de pessoas ou das medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores, ouvido o Ministério Público, quando sua execução imediata puder comprometer as investigações, seja por impedir a identificação de outros criminosos envolvidos com o esquema de lavagem de capitais, seja por impedir a descoberta de outros bens objetos dos crimes previstos nesta lei (princípio da oportunidade).

O parágrafo 1º do art. 8 da Lei 12.850/13 indica que o retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente. A partir deste parágrafo surge uma questão controvertida, pois a doutrina diverge a respeito. A título de exemplo, os autores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 379 a 381) lecionam que é necessária a autorização judicial para a implementação da ação controlada, em contraponto os autores Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 92-93) e Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 791-792) entendem não ser necessária a autorização judicial, bastando a comunicação prévia ao magistrado.

Cabe ressaltar, que para os crimes previstos na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), e que não houver liame com a criminalidade organizada, a ação controlada deve ser precedida de autorização judicial.

Ainda, a respeito do art. 8º da LCO, os parágrafos 2º e 3º expõem que a comunicação será, sigilosamente, distribuída de forma a não conter informações que possam indicar os procedimentos a serem adotados na operação. E assim, até o final do encerramento das diligências, o acesso aos autos ficará restrito ao magistrado, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, garantindo a eficácia das investigações. O descumprimento dessa

determinação pode, inclusive, configurar crime, como exposto no art. 20 da lei em comento.

Ao término da diligência, o § 4º diz que o responsável pela ação controlada deverá elaborar auto circunstanciado acerca do retardamento. A respeito deste parágrafo, os autores Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 225) lecionam:

Neste documento serão expostas com riqueza de detalhes todas as ações levadas a cabo (v.g, campana, filmagens, fotografias etc.), a fim de que se possam cotejar os ganhos advindos da ação controlada. Ademais, entendemos de bom alvitre que se faça constar do auto circunstanciado uma via do auto de prisão em flagrante (retardado) do suspeito cuja intervenção policial foi postergada em prol da eficácia da investigação.

Não raras vezes, o crime organizado tem feitiço transnacional, ou seja, a sua atuação vai além das fronteiras, atingindo outros países, assim, o art. 9º da LCO, reza que o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto instrumento ou proveito do crime.

Neste sentido, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 94):

Não apenas pelos motivos ali mencionados (risco de fuga do agente e de extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime), mas também em virtude de que, para a transposição de fronteiras e ingresso em outros países, há uma série de trâmites de cunho burocrático a serem cumpridos, além da observância de tratados bilaterais que cuidam da matéria. Não é dado, por exemplo, a uma equipe de policiais que, prorrogando sua diligência, ingressem no Paraguai sem o conhecimento das autoridades daquela nação vizinha ou, pelo menos, sem a colaboração de agentes locais, como exige o dispositivo, tudo sob pena, inclusive de ferir a soberania daquele país.

Noutro giro, uma das técnicas mais tradicionais de ação controlada é a chamada “entrega vigiada”, reforçada nos dizeres de Flávio Cardoso Pereira (2009, p.121):

A entrega vigiada ou controlada em sentido genérico pode ser definida como a técnica consistente em permitir que determinadas remessas ilícitas ou suspeitas de drogas tóxicas, substâncias psicotrópicas ou outras substâncias proibidas, assim como bens ou ganâncias procedentes de atividades delitivas circulem pelo território de um país, ou saiam ou entrem nele, sem interferência obstativa da autoridade e sob sua vigilância, com o fim de descobrir ou identificar as pessoas envolvidas na prática de algum delito relativo a drogas, assim também, para prestar auxílio às autoridades estrangeiras.

A Lei 12.850/2013 (LCO) não fez previsão expressa da entrega vigiada, entretanto, cuida-se de uma espécie de ação controlada devido às suas características serem similares às da ação controlada, como retardar ação policial, pode, de modo igual, ser empregue no âmbito interno e em crimes transnacionais (externo); por fim, ela também necessita de prévia comunicação do magistrado.

5.3 Captação Ambiental de Sinais Eletromagnéticos, Ópticos ou Acústicos

O instituto, também conhecido como vigilância eletrônica, tem previsão no inciso II do art. 3º da Lei nº 12.850/2013. É um meio de prova atípico, tendo em vista que seu procedimento não está previsto na referida lei.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 413) lecionam que, defronte da ausência de norma regendo a medida em estudo, devemos aplicar por extensão a Lei de Interceptação Telefônica, no que for compatível, tendo em vista a aproximação dos temas.

Doutrinando a respeito do instituto Everton Luiz Zanella (2016, p. 163):

Trata-se de uma forma de registrar, dentro de um ambiente específico (em um determinado local), sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos trocados entre pessoas presentes, a partir do uso de gravadores ou da colocação de microfones com amplificadores em pontos estratégicos. Noutras palavras, alguém, mediante utilização de aparelhagem específica, gravará áudios, imagens e sons compartilhados num certo espaço físico.

A captação dos sinais dentro de um ambiente pode ocorrer de três formas: gravação unilateral, feita por um dos interlocutores; por meio de escuta, feita por terceiro com o aval de um dos interlocutores; ou por interceptação ambiental, feita por terceiro sem o aval de ninguém.

Deve-se observar que, diferentemente da lei anterior de combate ao crime organizado (Lei nº 9.034/1995), a Lei 12.850/2013 não demandou autorização judicial para a validade da captação ambiental. No entanto, parte da doutrina leciona que em determinados casos será necessária a concessão pelo magistrado, para salvaguardar direitos fundamentais dos envolvidos.

A Promotora de Justiça Jiskia Sandri Tretin (2012, p. 392) leciona a respeito do assunto:

Se a interceptação se der em local privado, imprescindível a autorização judicial que satisfaça todos os requisitos para a concessão da interceptação telefônica, aplicados analogicamente à interceptação ambiental. Também será necessário o assentimento do Poder Judiciário no caso de escuta ambiental, ou seja, aquela realizada por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores, porque aquele que não participa da conversa, mas que a monitora, ficará a par da intimidade dos interlocutores, ainda que um deles saiba disso.

Segundo Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 208):

Advirta-se, por curial, que, ainda que se trate de local público, será ilícita a captação ambiental realizada sem autorização judicial quando a medida acontecer em ambiente em que haja expectativa de privacidade.

Ainda, no caso de captação unilateral, Everton Luiz Zanella (2016, p. 163):

Se for uma captação ambiental gravada unilateralmente, isto é, feita por um dos interlocutores, a intimidade revela-se compartilhada, não sendo necessária autorização judicial, seja o local público ou privado (mesmo raciocínio da gravação telefônica).

A Lei nº 9.034/95 fazia a previsão da expressão “interceptação”, o que não foi previsto na nova lei. Surge aqui a dúvida, se a Lei 12.850/13 deixou de ser compatível com a interceptação ambiental em sentido estrito.

A questão é bastante controversa na doutrina, os nobres autores Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 206) expõem três correntes a respeito. A primeira, defendida pelos próprios autores e por Guilherme de Souza Nucci, pontifica que a Lei 12.850/2013 valeu-se do termo captação ambiental em sentido lato, de maneira a abranger a interceptação ambiental em sentido estrito, a escuta ambiental e a gravação ambiental. A segunda corrente é defendida por Renato Brasileiro, e preconiza que apenas a interceptação ambiental em sentido estrito e a escuta ambiental estariam abrangidas pela locução captação ambiental. Por fim, a terceira corrente, defendida por Gabriel Habib, anota que a expressão captação ambiental não engloba a interceptação ambiental em sentido estrito.

Cumprido destacar, que o raciocínio aqui exposto também se aplica para as filmagens e fotografias (sinais ópticos).

5.4 Interceptação Telefônica e Telemática

O instituto é apontado pelo inciso V do art. 3º, da Lei 12.850/13 como meio especial de obtenção de prova.

Explicando a expressão “interceptação”, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 21) denota que a “interceptação, no sentido jurídico, significa o ato de imiscuir-se em conversa alheia, seja por meio telefônico ou computadorizado, seja por outras formas abertas ou ambientais”.

Ainda, Nucci (2015, p. 21):

A Constituição Federal, expressamente, cuida da inviolabilidade da comunicação telefônica, como regra, autorizando, por exceção, que, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, ocorra a interceptação, com a consequente gravação, para utilização como meio de prova (art. 5.º, XII). A Lei 9.296/1996 disciplina a forma legal para a ocorrência da interceptação telefônica. Portanto, essa é a legislação específica para esse tema.

Reza o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Observa-se, do teor Constitucional, que o sigilo das comunicações é um direito fundamental, individual, que salvaguarda a intimidade da vida privada, por isso merece a proteção do Estado. Contudo, só haverá a quebra do sigilo, quando restar formado a necessidade de resguardar outros direitos fundamentais.

Constata-se que a Lei nº 9.296/96 disciplinou da interceptação telefônica, e em seu art. 1º expõe que “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”.

Assim, confirmando a previsão constitucional, o artigo acima ratifica a previsão de que o uso da interceptação de comunicações telefônicas, nas provas em investigação criminal e instrução processual penal, dependerá de ordem do magistrado competente da ação principal.

Cumpra esclarecer, que a gravação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental, não estão abrangidas pelo manto da Lei nº 9.296/96.

Neste sentido, Renato Brasileiro (2016, p. 725):

Ao tratar da interceptação telefônica, admitindo-a, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que fosse estabelecida em lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5º, XII, parte final), a Constituição Federal refere-se à interceptação feita por terceiro, sem o consentimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles. Não fica incluída a gravação de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a regra genérica de proteção à intimidade e à vida privada do art. 5º, X, da Carta magna.

Ainda, Brasileiro (2016, p. 725):

A Lei nº 9.296/96 não abarca, portanto, a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro. Fica esta hipótese fora do regime da lei, sendo considerada válida a gravação como prova quando houver justa causa, como ocorre em casos de sequestro.

Noutro giro, o parágrafo único do art. 1º, expõe que o disposto na Lei nº 9.296/96 aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, o que, para parte minoritária da doutrina, seria inconstitucional. Contudo, o STJ já tem decidido, no sentido de ser legal, a interceptação do curso de comunicações de sistema de informática e telemática, caso seja usada em processo criminal e mediante autorização judicial, conforme o HC 160.662/RJ, 6ª Turma do STJ.

O art. 2º, da referida lei, dispõe que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das hipóteses elencadas, vejamos:

- I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

O inciso I traz a expressão “indícios razoáveis” e, sobre este chamado, Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 29) lecionam:

Como “indícios razoáveis” devem ser entendidos aqueles dados que forneçam uma probabilidade da existência de um crime e sinalizem no sentido de seu autor. Trata-se, assim, de identificar a presença do “fumus boni iuris”, a justificar a medida excepcional.

Assim, somente se defere a interceptação caso houver indícios plausíveis de que o sujeito que terá sua linha telefônica interceptada seja autor ou partícipe do ato criminoso.

Observando o inciso II, percebe-se que a lei é taxativa, ou seja, ela não será admitida se a prova puder ser feita de outra maneira, por outros meios disponíveis, por exemplo, a juntada de documentos ou oitiva de testemunhas.

Ainda, o inciso III, restringe a aplicação da medida, nos casos em que o fato não é punido, no máximo com pena de detenção. Reza, a respeito deste inciso, Everton Luiz Zanella (2016, p. 148-149):

A lei estabeleceu um critério restritivo para a medida: se o crime for punido com pena de detenção ele não pode ser investigado por intermédio da interceptação telefônica. O filtro legal procurou obedecer a certa razoabilidade, uma vez que, como regra, os crimes punidos com detenção são menos graves do que os punidos com reclusão.

Ainda, nesta linha, a promotora de Justiça, Ana Brasil Rocha (2012, p. 335) denota:

A exclusão de delitos apenados com detenção e prisão simples, nos casos das contravenções penais, impossibilita a investigação, por este meio, de ilícitos que, embora classificados pelo legislador como de pequeno potencial ofensivo, revelam-se, por seus efeitos à integridade física do indivíduo ou à sociedade, sérios e preocupantes, como a ameaça e a prática da contravenção penal de jogos de azar (“jogo do bicho”). Este é o preço pago pela adoção simples de critérios amplo e objetivo – crimes apenados com reclusão –, sem aferição subjetiva das condutas típicas que realmente mereceriam especial atenção do legislador, no que diz respeito à forma de combate à criminalidade.

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

Reza o art. 3º da Lei nº 9.296/96 que interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal; II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Diante do texto do art. 3º, verifica-se que a Lei não tratou da possibilidade da defesa empreender a interceptação telefônica. A respeito deste assunto, Renato Brasileiro (2016, p. 751):

A nosso ver, o silêncio do legislador foi eloquente: não se confere legitimidade à defesa para requerer a interceptação telefônica, o que não significa dizer, no entanto, que o defensor ou o acusado não possam instar a autoridade policial ou o órgão ministerial para que exerçam sua legitimidade.

A forma do pedido de interceptação é descrita pelo art. 4º, dispondo que “o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados”.

O magistrado poderá, excepcionalmente, admitir que o pedido seja instruído de forma verbal, desde que estejam presentes os pressupostos

que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo, tendo, ainda, o magistrado o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, visto os §§ 1º e 2º do art. 4º.

A decisão do magistrado será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da diligência, que não poderá extrapassar o prazo de quinze dias, prorrogável por igual tempo, conforme expõe o art. 5º. Ocorre que tal período não seria o bastante para investigações de organizações criminosas, tendo em vista que as organizações têm seus enredamentos e demandam um período mais longo de investigação.

O professor Eduardo Araujo da Silva (2009, p. 93) tece alguns comentários a respeito do assunto e ainda cita algumas palavras de Ada Pellegrini:

A prevalecer esse entendimento, no Brasil, a interceptação telefônica seria praticamente inócua para a apuração da criminalidade organizada, que em razão de sua complexidade demanda longos períodos de investigação para sua apuração. Como salienta Ada Pellegrini Grinover, o bom-senso deverá conduzir o juiz a deferir tantas prorrogações quantas necessárias, como previa o Projeto nº 3.514/89.

Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização (art. 6º). No caso da diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição (§ 1º). Após o cumprimento da diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas (§ 2º).

Everton Luiz Zanella (2016, p. 154) faz alguns comentários sobre os procedimentos do art. 9º:

Desta feita, não se deve fazer, em nenhuma hipótese, a transcrição integral dos áudios. Esta medida por primeiro é absolutamente impertinente e contrária aos princípios da eficiência e da celeridade

processual (há procedimentos com centenas de horas de gravação, cuja transcrição integral levaria meses para ser concluída).

Noutro entendimento, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 266):

Portanto, todos os diálogos usados pelo Ministério Público na denúncia devem ser integralmente transcritos. As conversas sobressalentes não precisam ser literalmente reproduzidas.

O magistrado, após receber os elementos descritos no art. 6º, determinará a interceptação de comunicação telefônica, que ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (§ 3, art. 6º e art. 8º).

As gravações que não interessarem à prova serão inutilizadas por decisão judicial, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da defesa, em qualquer momento. O incidente será assistido pelo órgão ministerial, sendo facultada a presença do acusado e de seu defensor, conforme art. 9º.

Por fim, cabe esclarecer que constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Tem o crime a pena de reclusão, de dois a quatro anos, além de multa, conforme previsão do art. 10.

5.5 Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações

Trata-se de outra técnica especial de investigação adotada na Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013). O instituto prevê o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes

de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais (art. 3º, inciso IV).

O procedimento e o detalhamento desta técnica encontram-se previstos na própria legislação, nos arts. 15, 16 e 17.

Primeiramente, cabe expor o art. 15, nos seguintes moldes:

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

Com redação quase idêntica, o art. 17-B da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capital) tem a mesma previsão do exposto art. 15. Assim dispõem Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 229):

Em verdade, não se pode dizer que os dispositivos supracitados sejam pioneiros em nosso ordenamento jurídico. Além do citado art. 17-B da Lei de Lavagem de Dinheiro, no que importa ao Ministério Público da União, a Lei Complementar 75/1993 (art. 8º, II e VIII e § 2º), extensiva aos Ministérios Públicos estaduais por força do art. 80 da Lei 8.625/1993 e do princípio constitucional da unidade, já era taxativa ao permitir a requisição direta de informações dessa ordem.

Conforme o exposto, a norma legal foi repetida na Lei do Crime Organizado e também, semelhantemente, tratada na Lei Complementar 75/1993.

Acerca do tema exposto pelo art. 15, os professores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista (2013, p. 120-121):

Permite o dispositivo o livre acesso da autoridade policial e do Ministério Público a dados cadastrais do investigado, independentemente de prévia autorização judicial. Como dado cadastral, segundo se infere da norma, deve-se entender aquele relativo à qualificação pessoal da pessoa (estado civil, profissão, número do telefone, RG, CPF, etc.), à filiação e ao endereço do

averiguado. Esses dados são mantidos nos cadastros da Justiça Eleitoral, empresas de telefonia, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito e sua divulgação – insiste-se – prescinde de ordem judicial.

Entende-se, do exposto, que a mera informação a respeito de dados cadastrais não declinará em quebra de sigilo, tendo em vista a posição favorável da doutrina e jurisprudência. No entanto, se as informações forem além dos dados cadastrais, bem como a divulgação daqueles, será imprescindível a prévia autorização judicial.

Noutro giro, o art. 16 da LCO prevê que “as empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens”.

Segundo Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 125) a expressão “banco de dados” é, basicamente, um conjunto de informações referentes à empresa, que contém um mínimo de organização por temas, capaz de propiciar seu acesso pelo usuário. E, atualmente, com o alto da informática, esse banco de dados é armazenado em programas de computadores.

Mesmo o legislador não fazendo menção ao tipo de transporte (cargas, passageiros e outros), ou ao meio (aéreo, terrestre, etc), qualquer que seja a empresa, ela está obrigada a permitir o acesso do magistrado, do órgão ministerial e do delegado de polícia aos dados constantes de seu banco.

Não necessitará de autorização o promotor de justiça ou o delegado de polícia, já que podem ter acesso direto ao banco de dados. Sobre este assunto, Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 420):

Merece filtragem constitucional o aludido dispositivo, pois a medida em estudo importa em clara invasão de privacidade (art. 5º, XII da Constituição Federal) se o acesso referir-se ao itinerário da pessoa ou do objeto. Em virtude disto, para que o Ministério Público e o Delegado de Polícia tenham acesso a dados de reservas e registro de viagens devem ter prévia autorização judicial para tanto. De outro lado, se o acesso perquirir somente informações relativas à identidade de uma pessoa não haverá óbice que este acesso ocorra sem autorização judicial.

Seguindo o mesmo raciocínio, Gabriel Habib (2015, p. 64):

[...] os dados a que o legislador fez menção (qualificação pessoal, a filiação e o endereço) não estão inseridos na intimidade da vida privada do cidadão. Não são dados que interferem ou revelam a intimidade de uma pessoa. As informações referentes ao nome, estado civil, nacionalidade, nome do pai e da mãe e o endereço não denotam intimidade da pessoa, algo que não possa ser revelado à Autoridade Policial ou ao Ministério Público.

De outra banda, o art. 17 expõe que “as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais”.

Entendem pela expressão “registros telefônicos” Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 233):

Por registros telefônicos há de se entender os *extratos das chamadas* efetuadas e recebidas, com informações sobre os *números* de telefones que mantiveram contato com a linha-alvo da investigação, *data, hora e tempo de duração* das chamadas (**quebra do sigilo de dados telefônicos**). **Exclui-se** desse conceito, portanto, o acesso às comunicações telefônicas em si, ao conteúdo do diálogo entre os interlocutores (**interceptação das comunicações telefônicas**).

Surge uma questão controvertida, a respeito do acesso aos registros telefônicos necessitar de autorização judicial. Há aqueles que defendem que o instituto depende de autorização judicial, como Eduardo Araujo Silva, Cesar Roberto Bitencourt, Paulo César Busato e também os autores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 424), conforme expõem:

Entendemos que só é possível o acesso aos dados de ligações telefônicas, ou mesmo à conta reversa do investigado mediante autorização judicial motivada, pois indiretamente o acesso a estes números pode gerar violação à intimidade e vida privada da pessoa.

Por outro lado, existem doutrinadores que defendem a não necessidade de autorização judicial para o pleito do instituto. Defende este posicionamento José Paulo Baltazar Júnior, Ana Luiza Almeida Ferro, bem como a 2ª Turma do STF, conforme o julgamento do HC 91.867 de 24/4/2012, Relator Ministro Gilmar Mendes, vejamos:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação — não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta

inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilicitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corrêu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.

(STF - HC: 91867 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

Renato Brasileiro (2016, p. 736) expõe que o instituto do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, pode ser aplicado na apuração de qualquer crime:

Embora colocado na Lei de Lavagem de Capitais, este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito, especialmente às infrações penais antecedentes. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais e nem teria razão para fazê-lo, já que o tipo penal de branqueamento depende de uma infração antecedente.

Por fim, a Lei nº 12.850/13, com a intenção de outorgar maior eficácia ao alcance aos dados cadastrais do sujeito investigado,

independentemente de prévia autorização judicial, o art. 21, caput, passou a tipificar como crime, a conduta de recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo magistrado, Ministério Público ou pelo delegado de polícia, no curso da investigação ou do processo criminal. Tendo a recusa ou omissão a pena de reclusão de um a quatro anos, e multa.

5.6 Afastamento dos Sigilos Financeiro ou Bancário e Fiscal

Outro instrumento de obtenção de prova é o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. Este meio de prova encontra-se previsto no art. 3º, inciso VI, da Lei nº 12.850/13,

Segundo Everton Luiz Zanella (2016, p. 143-144) com o afastamento dos sigilos fiscal, bancário e financeiro, será possível obter informações relativas:

- I) à movimentação financeira, que inclui dados de cartão de crédito, empréstimos e outros informes relacionados às finanças particulares do investigado;
- II) à movimentação bancária, ou seja, aos extratos de contas, empréstimos consignados e aplicações em bancos;
- III) ao sigilo fiscal, isto é, aos informes prestados junto às Fazendas (Federal, Estadual, Municipal).

Por sua vez, a Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Contudo, tal direito não é absoluto como qualquer outro direito individual.

O sigilo bancário e financeiro é previsto também na Lei Complementar 105/2001, conforme reza o art. 1º, “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. Nucci (2015, p. 23) denota que o sigilo financeiro somente poderá ser quebrado, para fins de prova, mediante autorização judicial.

Corroborando a ideia de Nucci, os autores Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 30) expõem:

Como decorrência natural do princípio da inviolabilidade é assegurada, dentre outras, a garantia aos sigilos financeiros, bancário e fiscal, cuja quebra somente mediante ordem judicial pode ser determinada.

O parágrafo 4º do art. 1º, da LC 105/2001, estabelece as hipóteses de afastamento do sigilo:

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

- I – de terrorismo;
- II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
- IV – de extorsão mediante seqüestro;
- V – contra o sistema financeiro nacional;
- VI – contra a Administração Pública;
- VII – contra a ordem tributária e a previdência social;
- VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
- IX – praticado por organização criminosa.

Tratando-se do sigilo fiscal, este se encontra previsto, também, no Código Tributário Nacional, no art. 198, “sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e estado de seus negócios ou atividades”.

Os autores Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 425-426) expõem que o sigilo fiscal não deve ser confundido com o sigilo financeiro:

O sigilo fiscal tem por objetivo o segredo das informações fiscais dos contribuintes, reunidas pelas autoridades, não devendo ser

confundido com sigilo financeiro (STJ, HC 7.618, Dipp, 5ª T, u. Dj 17.2.99), que é disciplinado pela Lei Complementar 105/2001, que recai sobre as informações relativas a operações ativa e passiva, bem como aos serviços prestados pelas instituições financeiras.

Com relação à autorização judicial nos casos de sigilo fiscal, não existem dúvidas de que o sigilo somente poderá ser quebrado mediante autorização do magistrado competente, tendo em vista a previsão pelo próprio inciso I do § 1º, do art. 198 do CTN.

Neste raciocínio, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 269) expõem:

Não fosse suficiente a previsão legal a revelar a necessidade de autorização judicial (ou de determinação por Comissão Parlamentar de Inquérito – *ex vi* do art. 58, § 3º, da CR/1988) para a quebra dos sigilos fiscal e bancário, a jurisprudência uníssona formada em torno do tema sacramentou essa inteligência.

Isto posto, percebe-se que, tanto para a quebra do sigilo bancário quanto fiscal, será necessária a autorização judicial, ou a determinação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, as famosas CPIs. Além do mais, exige-se a demonstração de fundados indícios de autoria e materialidade do delito.

Outro ponto pertinente, é a quebra do sigilo diretamente pelo Ministério Público, tendo em vista que a Lei Complementar 75/93, em seu art. 8º (incisos II, IV e VIII), expõe que o Ministério Público da União poderá requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; requisitar informações e documentos a entidades privadas; ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

Contudo, o Órgão Ministerial não pode quebrar o sigilo de ofício, como expõe Gabriel Habib (2015, p. 41):

Apesar da redação do dispositivo legal, o Ministério Público não pode quebrar o sigilo diretamente, independentemente de autorização

judicial, em razão da cláusula de reserva de jurisdição, face à proteção constitucional da intimidade e vida privada assegurada no art. 5º, X, da CRFB/88.

Por fim, cumpre observar, caso houver quebra do sigilo, fora das inferências previstas na LC 105/2001, ou ainda, omissão, retardamento injustificado ou falsa prestação das informações requeridas, incorrerá em crime, sujeito à pena de reclusão de um a quatro anos, e multa (art. 10, LC 105/2001).

5.7 Cooperação entre Instituições

O art. 3º da LCO traz, em seu último inciso (VIII), a cooperação entre instituições e órgão federais, distritais, estaduais e municipais, como um meio de obter prova.

Na visão de Nucci (2015, p. 24):

A cooperação entre instituições e órgãos federais é decorrência lógica do funcionamento da máquina estatal, além de constituir uma ação positiva de colaboração e não um mecanismo de demonstração da verdade de um fato.

Segundo Habib (2015, p. 42):

Trata-se de obrigação que é ínsita aos órgãos estatais, motivada pelo dever de colaboração entre entes públicos em prol da investigação criminal, para que se tenha a maior gama de informações possíveis sobre o investigado ou sobre o réu.

A cooperação entre instituições visa por meio da atuação conjunta entre órgãos públicos (MP e polícias judiciárias e administrativas), bem como

entre as entidades fiscais (Receita Federal, Fazenda Estaduais, Tribunais de Contas, dentre outros) o enfrentamento ativo às organizações criminosas. Não são raras matérias em rede de televisão, onde Polícia Federal e Receita Federal atuaram conjuntamente na repressão ao contrabando ou tráfico ilícito de entorpecentes.

A cooperação pode ocorrer de várias formas, como uma simples troca de informações, ou compartilhamento de dados, até a formação de uma força-tarefa, conforme leciona Everton Zanella (2016, p. 178):

A força-tarefa é um conceito que envolve, além da união de esforços, alguns fatores como:

- I) a confiança mútua entre as instituições envolvidas, já que será necessária a permuta de informações dentro da força-tarefa;
- II) a delimitação precisa das responsabilidades, para que cada um tenha em mente suas funções dentro da força tarefa;
- III) uma coordenação das ações, porquanto, muito embora as decisões devam ser tomadas em conjunto, é imprescindível que um dos órgãos seja responsável pela organização das atividades.

Ainda, segundo Zanella (2016, p. 178), a cooperação também foi matéria de preocupação da Convenção de Palermo, no art. 27, item 1, “a”, que prevê que os Estados-Partes devem criar ou reforçar canais de comunicação entre as suas autoridades, organismos e serviços competentes, para facilitar a rápida e segura troca de informações relativas às infrações praticadas por organizações criminosas.

Demais disso, devido ao alto grau de complexidade das organizações criminosas, não se pode contrapor que a cooperação entre instituições é importantíssima para as investigações e elucidação das atividades ilícitas da criminalidade organizada.

A cooperação também poderá ser internacional, conforme expõem Gomes e Rodrigues (2015, p. 430):

Sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem pedido prévio, comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte, se considerarem que estas informações poderão ajudar

a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado Parte a formular um pedido ao abrigo da Convenção de Palermo (artigo 18, parágrafo 4^a da Convenção de Palermo).

Não distante, na Operação Lava-Jato, houve algumas cooperações internacionais, quando a Suíça, em cooperação com o Brasil, através de pedido, forneceu cópias de contratos de empresas abertas no país, dados de contas bancárias, além de repatriar montantes ilegais que lá se encontravam.

Por fim, cumpre observar a existência, também, de cooperação policial internacional, que traduz-se na troca de conhecimentos e informações entre órgãos de polícias de diversos Estados. Temos o exemplo da Interpol (Organização Internacional de Polícia Criminal), que conta com a participação de mais de 185 países-membro, tendo como objetivo facilitar a cooperação policial mundial, trabalhando no assessoramento e suporte, para todas as organizações policiais que estão prevenindo ou combatendo o crime internacional.

6 INFILTRAÇÃO DE AGENTES

O instituto da Infiltração de agentes tem previsão expressa no art. 3º, inciso VII, e seus procedimentos estão descritos no art. 10 ao 14, da Lei nº 12.850/13.

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

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

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

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

A respeito do enunciado, o autor Gabriel Habib (2015, p. 59) denota:

O legislador trouxe a figura do agente infiltrado, por meio do qual permitiu a infiltração do agente de polícia na organização criminosa com o fim de, uma vez dentro da organização, verificar o seu funcionamento, a sua hierarquia, a sua estrutura, o funcionamento da divisão de tarefas, os delitos por ela praticados, os locais onde os seus componentes estão sediados e os locais que eles frequentam etc.

6.1 Conceito

Observando a Lei nº 12.850/13 e a Lei 11.343/06, percebe-se que estas não trouxeram o conceito do instituto infiltração de agentes, assim, ficou para a doutrina tal pontuação.

Nas lições de Denilson Feitoza (2008, p. 715):

Infiltração é introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso), em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crime de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas ou informações que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles.

Não diferente, os autores Cleber Masson e Vinicius Marçal (2016, p. 272) conceituam:

A infiltração de agentes consiste em um meio especial de obtenção de prova – verdadeira técnica de investigação criminal –, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.

Ante o exposto, a infiltração de agentes constitui-se na introdução do agente de polícia no centro da organização criminosa, sem que sua verdadeira identidade seja conhecida. Segundo a autora Nádia Martins Bosnich (2016, p. 93), o agente infiltrado precisa buscar infiltrar-se no “alto escalão” da organização criminosa, pois, conforme tratado anteriormente, a divisão piramidal de funções e poderes, bem como a necessidade de absoluto sigilo para o sucesso dos empreendimentos criminosos, muitas vezes fazem com que aqueles que estejam na base da pirâmide (o chamado exército do crime) não saibam quem é o real líder da organização criminosa, bem como quais são seus propósitos, seus cúmplices e as atividades que desempenham.

Desta forma, quanto mais próximo o agente infiltrado estiver do chefe da organização criminosa, mais produtiva será a infiltração, tendo em vista que conseguirá lograr maior quantidade de dados e informações da organização.

Por fim, conforme os autores Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 393), a infiltração é, de certo feitio, figura passiva do Estado, pois o Estado tem um agente seu infiltrado naquela organização criminosa e simplesmente nada é feito. É como se fosse uma sonda que se coloca no organismo e tira-se foto.

No mais, a infiltração do agente está restrita aos crimes de tráfico de drogas (art. 53, I, da Lei de Drogas) e nos episódios de organização criminosa (art. 10, § 2º da LCO), diferentemente da ação controlada que é possível sua aplicação nestes e em outros delitos.

6.2 Aspectos Históricos

Nas palavras de Eduardo Araujo da Silva (2009, p. 75):

A origem do instituto pode ser buscada no período do absolutismo francês, sobretudo nos tempos de Luís XIV, no qual para reforçar o regime foi criada a figura do “delator”, composta por cidadãos que descobriam na sociedade inimigos políticos, em troca de favores do príncipe. Nessa época, sua prática limitava-se a espionar e levar os fatos ao conhecimento das autoridades, sem qualquer atividade de provocação. Contudo, com o passar do tempo, a atividade de vigiar os suspeitos não foi suficiente para neutralizar a oposição ao regime, passando a atividade da mera espionagem para a provocação de condutas consideradas ilícitas.

A figura do “delator” era conhecida como “agente provocador”, e, neste mesmo seguimento, expõe Maria Jamile José (2010, p. 70):

Tais “agentes provocadores” eram contratados pela polícia parisiense, no final do século XVIII, e tinham a função de descobrir, no seio da sociedade, quais eram os inimigos políticos do rei, para então denunciá-los em troca de favores. A polícia fazia distinção entre aqueles que trabalhavam encobertos, clandestinamente – os quais recebiam o nome de observateurs -, e aqueles que eram contratados abertamente, os quais eram apelidados de mouches, sous-inspecteurs, commis ou préposés. Dentre os contratados, estavam presos que trocavam a liberdade por cooperação com a polícia; e até mesmo pessoas de nível social mais elevado, que ficavam incumbidas de se infiltrar em locais frequentados pela sociedade.

Continua, ainda (2010, p. 71):

A prática do agent provocateur foi usada, também, em outros países nessa mesma época. Na Espanha, ele foi empregado em grande medida, em especial durante o período da Inquisição, para a busca de manifestações supostamente “heréticas”, dentro do ponto de vista da Igreja Católica. Também no Reino Unido, usava-se de informantes na obtenção de provas incriminatórias. Em troca de informações e capturas de criminosos, pagava-se uma recompensa ao informante; prática que perdurou durante todo o século XIX.

Em contra partida, Everton Luiz Zanella (2016, p. 182) não crê que essa foi a origem da infiltração, seja pelas características diversas, seja pelo propósito completamente distinto. O autor, ainda, traduz passagem de Mario Daniel Montoya que denota que a origem desta técnica especial remonta ao ano de 1850, quando foi implantada, nos Estados Unidos da América, a *Pinkerton Agency*, uma agência de detetives encarregada de infiltrar-se nas quadrilhas do oeste.

Isto posto, nota-se que atividades semelhantes à infiltração de agentes já eram utilizadas em tempos antigos, com forma e procedimentos diferentes, é claro, mas com propósitos e objetos similares.

6.3 Agente Infiltrado e o Agente Provocador

Conforme a apresentação histórica do instituto, percebe-se que a ideia de agente infiltrado foi retratada como “agent provocateur” ou agente provocador, pois na época, esse guardava certa semelhança com o instituto da infiltração de agente de hoje. Assim, cabe esclarecer que as duas expressões são congêneres, mas não podem ser analisadas como sinônimas, há de se expor a diferença entre elas.

Conforme definido em linhas atrás, o agente infiltrado é aquele agente de polícia (civil ou federal), engajado por concurso público, que tem consentimento judicial para se infiltrar em determinada organização criminosa, com o objetivo de colher provas com o condão de desmanchar as organizações, sendo sua atuação permitida legalmente.

Neste viés, Marllon Sousa (2015, p. 44) leciona:

[...] vê-se que o agente infiltrado tem como características básicas ser agente de autoridade policial e estar inserido numa organização criminosa a fim de angariar evidências de crimes cometidos pelo grupo não somente em momento contemporâneo à sua inserção, como também de fatos pretéritos.

Ainda, Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 394-395), ensinam que o agente infiltrado recebe orientações e segue voluntariamente a tarefa de infiltrar-se no seio da organização criminosa com o escopo inicial de manter ativa observação sobre os passos realizados pelos componentes do grupo de criminosos, recolhendo dados e provas que podem servir para uma futura persecução criminal.

Já, o agente provocador, nas lições de Fernando Cesar Bourgogne (2010, p. 141):

[...] o agente provocador é o agente estatal que induz outra pessoa à prática de um crime e contribui com sua execução, seja como co-autor, seja como partícipe. É certo que este agente não age com a intenção de pôr em risco um bem jurídico ou para satisfazer algum interesse pessoal, mas sim com a intenção de que a pessoa provocada venha a sofrer uma sanção penal em face de sua conduta. A principal característica do agente provocador é que seu comportamento é contraditório, pois ao mesmo tempo em que não pretende a lesão ao bem jurídico, deseja que o investigado volte sua ação criminosa contra este mesmo bem jurídico, para que possa, ao final, ser punido.

Assim, conforme o exposto nota-se que a atuação do agente provocador nada mais é do que aquela conduta do chamado “flagrante preparado”, que, segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2012, p. 563), é aquele em que o agente é induzido ou atizado a realizar o delito, e, neste momento, acaba sendo detido em flagrante. Dizem, ainda, que é um artifício onde verdadeira armadilha é maquiada no intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração.

Exemplificando, imagine um policial disfarçado de usuário de drogas, que vai até o traficante comprar drogas, caso o traficante tenha a droga consigo, evidencia-se a consumação do crime de tráfico de drogas. Ínterim, caso o sujeito para o qual o policial disfarçado exigiu o entorpecente não tivesse a droga, posto que não fosse legítimo traficante, e assim empreendesse sacrifícios para obter a droga para dar ao policial, por supor que este fosse usuário, não irá recair no crime de tráfico, conforme a súmula nº 145 do STF

“não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Tendo em vista que o agente de polícia instigou o sujeito, que não era traficante, a cometer o delito.

Assim, a respeito do tema, Zanella (2016, p. 184):

A diferença básica (e fundamental) é o fato de a infiltração ser uma medida legal que tem como objetivo amealhar elementos de convicção sobre praticados por uma organização criminosa. O infiltrado não induz nem instiga o investigado à prática de crime; limita-se a ganhar sua confiança para melhor observá-lo e assim colher os elementos probatórios.

Por fim, entendida a impossibilidade de confusão entre agente provocador e agente infiltrador, caso este agir com viés de provocador de crimes, a prova e materiais coletados serão tidos como nulos.

6.4 Evolução Legislativa no Brasil

A antiga Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995) já previa a infiltração de agentes como instrumento de prova no art. 2º, inciso I:

Art. 2º Em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações são permitidos, além dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I – a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer participação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade.

No entanto, o referido inciso foi vetado pelo Presidente da República, uma vez que a legislação não condicionou a infiltração de agentes à autorização do Poder Judiciário. Mas, posteriormente, com o advento da Lei nº

10. 217/01, fez introduzir o inciso “V” no art. 2º da Lei nº 9.034/95, prevendo, assim, o instituto do agente infiltrado.

Sobre o disposto acima, Maria Jamile (2010, p. 89):

[...] com o intuito de regulamentar a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, procurou corrigir as falhas que ensejaram o veto à proposta anterior, exigindo a autorização prévia da autoridade judiciária competente como forma de assegurar o controle judicial sobre essa atividade; e excluindo do texto legal a “autorização” para que os infiltrados cometessem o crime tipificado pelo artigo 288 do Código Penal (quadrilha ou bando).

Segundo Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 390) antes mesmo da legislação citada, o Brasil tentou implementar, pela primeira vez, a técnica especial de investigação da infiltração de agentes com o Projeto de Lei 3.516/89, de autoria, na época, do então Deputado Michel Temer, contudo o instrumento sofreu veto presidencial, e só depois o projeto se transformou na Lei 9.034/1995.

Todavia, as legislações não trouxeram procedimento próprio para o processamento do instituto, conforme expõe Eduardo Araujo da Silva (2009, p. 76):

[...] a lei nacional não disciplinou um procedimento próprio para seu processamento, assim como não previu quais os requisitos para seu deferimento, quem tem legitimidade para requerê-la, se o juiz pode determiná-la de ofício ou não, por quanto tempo pode perdurar, se é possível sua renovação, se as informações obtidas pelo policial devem ser relatadas ao juiz e como se dá a participação do órgão do Ministério Público após o deferimento da medida.

Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a qual o Brasil ratificou através do Decreto nº 5.015/04, previu em seu art. 20, item I, o instituto do agente infiltrado contra as organizações criminosas.

Invoca-se, o magistério dos autores Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 96-97) no que se refere à Convenção de Palermo:

Mas se tratava de uma assertiva genérica, sem pormenorizar (e nem seria este o objetivo da convenção) no que consistiria exatamente esse meio de prova, a configurar mera recomendação, revelando-se inviável, bem por isso, sua imediata aplicação em nosso direito interno.

Noutro giro, a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) em seu art. 53, inciso I, tratou de disciplinar a infiltração de agentes:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

Cumprir dizer que ambos os diplomas (Lei 9.034/95, Convenção de Palermo e Lei 11.343/06) eram omissos, não se revelando eficazes, tendo muitas dúvidas sobre eles levantadas. Uma delas é a respeito da infiltração por agentes de inteligência, pois a Lei nº 9.034/95 fazia previsão do agente de inteligência, mas que, posteriormente, com a Convenção de Palermo, bem como a Lei de Drogas, não pronunciaram a respeito da infiltração pelo agente de inteligência.

Diante do exposto, tendo em vista o crescimento de novas formas de organizações criminosas, e devido à ineficácia dos procedimentos adotados pelo CPP, perceberam, os legisladores, a necessidade de se estabelecer regras processuais adequadas ao combate do crime organizado.

Assim, somente em 2013, com o advento da Lei 12.850, o instituto da infiltração de agentes, em meio a outros institutos, passou a ser detalhado, quanto aos seus aspectos procedimentais, alcance, prazos, responsabilidades, dentre outros procedimentos importantíssimos.

Esclarecem, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 276), que a infiltração policial é, por certo, uma dessas novas técnicas especiais de

investigação voltadas para o enfrentamento da criminalidade organizada. Usada em conformidade com o vetor da proporcionalidade e de acordo com o *due process of Law*, a medida (compatível com o garantismo penal), agora devidamente regulamentada pela legislação, haverá de ser utilizada com mais eficácia e frequência.

Por fim, muito se discute acerca da validade constitucional da infiltração de agentes, pois se trata de medida restritiva de direitos fundamentais, seja pelo emprego do sigilo ou da dissimulação, podendo, ainda, afetar eventualmente direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio.

No entanto, não é por tais motivos que o instituto será inconstitucional, conforme leciona Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 797) expondo que primeiramente trata-se de metodologia investigatória que demanda preliminar autorização judicial. E, em segundo ponto, porque sua utilização é critério de *ultima ratio*.

Ainda, o autor (2016, p. 797) conclui:

Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal.

No mais, Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 394) expõem que não há qualquer inconstitucionalidade no que tange a este instrumento. Visto que a Constituição Federal garante direitos como a vida, a integridade física e moral, a igualdade, a liberdade, a segurança etc. e, por tais motivos, há de se concluir que estão autorizados, também, os meios para garantir estes direitos.

6.5 Classificação das Operações de Infiltração de Agentes

Conforme a doutrina norte-americana, as operações de infiltração classificam-se em dois grandes conjuntos: Light cover e Deep cover.

O primeiro conjunto, Light cover (infiltração leve), segundo Masson e Marçal (2016, p. 290) são infiltrações mais brandas que não duram mais de seis meses, e não necessitam de imersão contínua e permanente; requerem menos planejamento, não exigem mudança de identidade ou perda de contato significativo com a família e, às vezes, se constituem em único encontro para recolhimento de informações.

O conjunto Deep cover (infiltração profunda), conforme expõe Vanessa Dias Ferreira (2011, p.127-129 apud Gomes e Rodrigues(2015, p. 396), tem duração superior a 6 (seis) meses, exigem total imersão no meio criminoso, os agentes assumem identidades falsas e os contatos com a família ficam irregulares podendo até ser suspensos totalmente. As deep cover são mais perigosas e envolvem problemas logísticos, humanos e éticos.

Diante do exposto, a Lei 12.850/13 parece que adotou a infiltração de agentes na modalidade deep cover, tendo em vista que a infiltração será mediante autorização do magistrado pelo prazo de 6 (seis) meses, podendo ser renovado o prazo, desde que comprovada a necessidade, conforme art. 10, § 3º, da referida lei. A lei, ainda, autorizou que o agente assumira identidade falsa.

Outros demonstrativos da adoção do deep cover pela Lei nº 12.850/13, estão nos arts. 10 e 11, exigindo a manifestação técnica do delegado de polícia, bem como, a requisição de infiltração, a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes infiltrados e, ainda, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Noutro giro, as operações light cover e deep cover se subdividem em outras espécies.

Assim, conforme Vanessa Dias Ferreira (2011, p. 127-129 apud Gomes e Rodrigues 2015, p. 396), fazendo remissão à, as operações light

cover, tomando por regra o direito norte-americano (common law), subdividem-se em seis modalidades, quais sejam:

- I – Decoy operation: o agente se coloca no papel de vítima potencial em locais conhecidos pela atividade criminosa a ser debelada na tentativa de ser “atacado”, nesse momento outros policiais intervêm detendo criminosos;
- II – Pseudo-achat: o agente apresenta-se como comprador de produtos ilícitos ou de transação ilícita procurando por receptadores. Exemplo clássico: o agente apresenta-se como traficante ou consumidor de drogas para descobrir fornecedores locais;
- III – Pseudo-vente: a mesma situação anterior, mas no pólo ativo, na condição de vendedor;
- IV- Flash-roll: variante da pseudo-achat. A exibição aqui é de quantias de dinheiro a fim de revelar um comprador.
- V – Livraison surveillée (entrega vigiada): consiste em “espionar”, não interromper a passagem, em determinado território, de mercadoria proibida ou de origem ilícita, retardando a prisão de intermediários para deter os maiores responsáveis;
- VI – Livraison contrôlée: aqui os próprios agentes policiais transportam a mercadoria.

De acordo com a doutrina de Everton Luiz Zanella (2016, p. 216), verifica-se que a light cover, salvo o último de seus modelos (livraison contrôlée), não configura infiltração de agentes no sentido estrito de sua conceituação, pois não há ingresso do policial no imo da organização criminosa como se fosse um de seus integrantes. São medidas investigativas pontuais, para solução de casos mais simplórios que não permitirão um aprofundamento na colheita de provas tampouco o desmantelamento de uma organização criminosa.

Em continuidade ao raciocínio de Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 397), as operações deep cover são subdivididas da seguinte forma:

- I – Sting operation: o infiltrado constitui uma empresa ou arrenda um comércio para transparecer aos clientes que negocia mercadoria proibida ou de origem ilícita. Em seu desenrolar desenvolve-se o scouting, técnica que consiste em outros policiais se passarem por criminosos para difundir o caráter “ilegal” do estabelecimento no intuito de atrair vendedores e receptadores;
- II – Honey-pot operation: não difere muito da anterior, a idéia aqui é que o estabelecimento, um bar ou um restaurante, seja frequentado

pela organização criminosa ou por seus integrantes possibilitando observação e vigilância;

III – Infiltration de réseaux ou de groupes: o agente se infiltra no grupo criminoso para recolher informações e provas sobre a preparação de crime ou de sua consumação, a identidade e o papel desempenhado pelo agente dependem igualmente do grupo que se insere (tráfico de drogas, de armas, corrupção, etc).

Isto posto, conforme já dito, essas subdivisões são oriundas do direito norte-americano, nem todas são tidas como operações de infiltração no ordenamento jurídico brasileiro. No mais, em tópico próprio, serão tratados os mecanismos procedimentais da infiltração de agentes no direito estrangeiro.

6.6 Requisitos para ser Agente Infiltrado

Na leitura do art. 10, caput da LCO, o único requisito encontrado é aquele que somente podem ser agentes infiltrados os policiais pertencentes aos núcleos da polícia judiciária (civil ou federal, dependendo da ocasião).

No entanto, não podemos ignorar o exposto acima, no item 6.4, a respeito do agente de inteligência. Segundo a Lei nº 9.883/99, considera-se inteligência o exercício que tem como objetivo a análise e disseminação de conhecimento, dentro e fora do território nacional, sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade do Estado (art. 2º).

A revogada Lei nº 9.034/95 autorizava a infiltração por agentes de polícia ou agentes de inteligência, contudo, Renato Brasileiro (2016, p. 797) leciona que essa autorização para a infiltração de agentes de inteligência era de duvidosa constitucionalidade. E, ainda, sem embargo da importância das atividades de inteligência, as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por autoridades policiais, sendo vedada a atuação de agentes incomuns à autoridade policial, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV, da CF/1988, da Lei nº 9.883/1999, e dos arts. 4º e 157 e parágrafos do CPP.

Nucci (2015, p. 46), no mesmo sentido:

[...] a anterior Lei 9.034/1995 permitia também a atuação de agentes de inteligência, advindos de órgãos diversos da polícia. Tal situação não é mais admitida; somente agentes policiais, federais ou estaduais podem infiltrar-se em organizações criminosas;

Não há o que se discutir a respeito da condição da infiltração ser feita apenas por autoridades policiais. Assim, caso houver infiltração por agentes incomuns aos quadros das Polícias Cíveis e Federais, as provas obtidas serão tidas como ilícitas. Muitos autores trazem como exemplo os fatos ocorridos na operação “Satiagraha”, em que no *habeas corpus* referente à operação (HC 149.250/SP, STJ, 5ª Turma), o STJ considerou irregular o envolvimento e participação de diversos servidores da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), decidindo pela ilicitude de muitas provas por eles produzidas.

Nesta esteira, cumpre observar, que as demais instituições descritas no art. 144 da CF, ou seja, Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal, não poderão infiltrar seus agentes em organizações criminosas, tendo em vista que o encargo é exclusivo para investigação, devendo ser executada pela Polícia Judiciária, ou seja, Polícia Civil ou Polícia Federal, nos termos do art. 144, § 1º, inciso I, e § 4º, da Constituição Federal.

Contudo, acerca dos crimes militares, Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 399) lecionam que competirá à Polícia Militar realizar a infiltração de agentes, pois, nestes casos, a PM exerce papel de polícia judiciária.

Seguindo o mesmo entendimento acima, os autores do Manual Prático de Enfrentamento ao Crime Organizado (2014, p. 135), com coordenação da CAOCrim, expõem:

A Lei estabelece que o agente infiltrado seja policial. Nada obsta, contudo, em nosso entendimento, que seja militar. É óbvio que no curso de um inquérito, a indicação do delegado de polícia será por um policial civil. No curso de um PIC, contudo, o Promotor de Justiça poderá indicar um policial militar. Nesse caso (infiltração requerida a

partir de um PIC), não há sentido em se colher manifestação técnica do delegado de polícia, já que ele não preside o procedimento.

Noutro giro, nos casos de infiltração por agentes estranhos, Marllon Sousa (2015, p. 93) leciona:

[...] qualquer operação de infiltração policial que tenha a participação de agentes não subordinados à autoridade policial, comandante das investigações, terá como imprestável todo material probatório colhido, com a conseqüente anulação de todos os atos de persecução com a infiltração relacionada, aplicando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada.

O autor (2015, p. 94), ainda, expõe que não basta ser agente ligado às polícias judiciárias para fazer parte de uma operação de infiltração policial, sendo necessário treinamento específico e adequado ao objetivo da operação a realizar.

Como endosso à opinião acima feita, Everton Luiz Zanella (2016, p. 190 – 191):

Enxergamos, todavia, um segundo pressuposto importante, advindo do art. 29 da Convenção de Palermo, que é a especialização do agente, que deve ser cuidadosamente selecionado e treinado para se infiltrar.

Por óbvio, não poderá ser inserido em uma organização criminosa qualquer policial. Tendo em vista que para laborar nesta difícil tarefa, deve, o policial, ter ótimos méritos psicológicos e físicos, além de uma vasta experiência no mundo criminal.

O autor Marllon Sousa (2015, p. 94-95) expõe que, para seleção do infiltrado, devem ser levadas em conta as características físicas, psicológicas e até mesmo a saúde familiar e financeira do agente a ser escolhido. As características físicas e psicológicas se justificam em razão do tipo de infiltração a ser feita. Já, em relação à saúde familiar e financeira,

entende-se pela proibição da utilização de agentes que se encontram em situação de penúria, tendo em vista que estes são mais suscetíveis à corrupção pelo grupo criminoso.

Manifesta-se, neste sentido, Flávio Cardoso Pereira (2009, p. 117) em sua participação na obra *Limites Constitucionais da Investigação*:

Neste aspecto, o modelo de agente a ser buscado deveria apresentar os seguintes caracteres básicos: perfil físico compatível com as dificuldades da operação, inteligência aguçada, aptidão específica para determinadas missões, equilíbrio emocional vez que poderá ficar distante do âmbito familiar por tempo indeterminado, sintonia cultural e ética compatível com a organização a ser infiltrada etc.

Deve-se, assim, empregar uma seleção criteriosa do agente a ser inserido no grupo criminoso, devendo ser feita uma triagem preliminar das características do agente de polícia, para verificar a compatibilidade com o modelo de agente buscado.

O agente policial, grosso modo, deverá ser um ator de novela, tendo como papel a ser desenvolvido o de um integrante de organização criminosa, não podendo externar sua verdadeira identidade, pois poderá pôr em risco toda operação, além de sua integridade.

6.7 Pressupostos para Infiltração

Na senda do disposto nos arts. 10 ao 14 da LCO, para a implementação do instituto da infiltração de agentes, deverão estar preenchidos alguns pressupostos. Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 401-404) elencam 6 (seis) requisitos:

a) Indícios de crime de participação em organização: nos termos do exposto no art. 1º § 1º da LCO, quando o crime praticado não estiver relacionado com organização criminosa, não será possível a utilização da

técnica da infiltração de agentes policiais, assim, somente crimes praticados por meio da criminalidade organizada é que se aplicará o instituto.

Neste viés, Eugenio Pacelli (2013, p. 45)

[...] apenas infrações penais praticadas por meio de organizações criminosas – é também vinculativa da previsão de infiltração de agentes prevista no art. 53, I, Lei 11.343/06, relativamente ao tráfico ilícito de entorpecentes. É dizer, somente seria possível a decretação judicial da infiltração se observados todos os requisitos contidos na Lei 12.850/13 (art. 10 ao art. 14), incluindo-se a existência (pressuposta) de organizações criminosas.

Nesse embalo, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 401) entendem que para a infiltração ser legítima é necessário que exista uma investigação preliminar formalizada (um inquérito policial ou um procedimento investigatório criminal), não podendo o juiz autorizar uma infiltração de agentes sem o mínimo de indícios documentados, haja vista que neste método de colheita de provas implica uma violação dos direitos fundamentais, em particular o direito à privacidade lato e stricto sensu.

Não será exigida a comprovação da materialidade do crime descrito no art. 2º da LCO, sendo necessário apenas indício de sua existência.

Ainda, a LCO não impõe a necessidade da demonstração de indícios de autoria, somente quando possível constarão os nomes e apelidos das pessoas indagadas, conforme art. 11, rezando que “o requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração”.

Em comentário ao referido artigo, Everton Zanella (2016, p. 197):

A razão para isso é simples e lógica: a infiltração, como regra, buscará exatamente informações sobre os membros da organização criminosa, portanto, ela destina-se, dentre outros objetivos, à busca da autoria.

Outra hipótese de aplicação do instituto da infiltração de agentes está nos casos da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), devido à previsão do art. 53, inciso I, devendo usar-se o procedimento, previsto na LCO, como base geral, tendo em vista que a Lei de Drogas não fez previsão do procedimento.

b) Requerimento do Ministério Público com concomitante parecer técnico da autoridade Policial ou representação da Autoridade Policial (com relação a este segundo se estiver diante de um inquérito):

Gabriel Habib (2015, p. 60) leciona:

Caso a infiltração seja representada ao Juiz pela Autoridade Policial, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que deverá verificar o atendimento dos requisitos legais e a regularidade da infiltração, manifestando-se pelo seu deferimento ou não.

O § 1º do art. 10 da LCO, expõe que “na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público”, A respeito, Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 99) denotam que o texto normativo deixa claro que a infiltração de agentes não pode ser predeterminada de ofício pelo magistrado. Exige, antes, a representação do Delegado de Polícia ou o requerimento do Ministério Público.

Entende-se que o magistrado não poderá determinar a infiltração de agentes de ofício, sob pena de agir de maneira inquisitiva que comprometerá sua imparcialidade.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 402-403), em brilhante exposição, ensinam que a manifestação técnica do delegado de polícia é sempre indispensável (mesmo quando ele próprio figure como representante), e quem poderá dizer se há ou não há quadro técnico pronto para este tipo de missão é a própria autoridade policial.

Por fim, após a representação da autoridade policial, ouve-se o órgão ministerial, e segundo Nucci (2015, p. 47) é viável que o *Parquet* faça o requerimento, após a manifestação técnica do delegado, ou elabore o seu

requerimento, para, na sequência, colher a manifestação técnica referida. Ainda, expõe que o importante é que o pleito de infiltração chegue às mãos do juiz, devidamente instruído.

c) demonstração da indispensabilidade da infiltração: o texto do § 2º do art. 10, da LCO, diz que “será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis”.

Diante do exposto, Gabriel Habib (2015, p. 60) ensina:

A autorização da infiltração está condicionada à existência de indícios de infiltração penal praticada por organização criminosa. Demais disso, o legislador deixou clara a natureza subsidiária do instituto, uma vez que a infiltração somente será deferida pelo Juiz se não houver outro meio de prova disponível. Essa subsidiariedade deve ser demonstrada na representação da Autoridade Policial ou no requerimento do Ministério Público dirigido ao Juiz.

A LCO aplicou, no instituto da infiltração de agentes, os mesmos requisitos que a Lei nº 9.296/96 determinou para as interceptações das comunicações telefônicas e telemáticas.

No mesmo contexto, Renato Brasileiro (2016, p. 799-800) leciona que a infiltração policial só deve ser admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, ou seja, em *ultima ratio*.

Ainda, o autor (2016, p. 800):

Por força do princípio da proporcionalidade – subprincípio da necessidade -, dentre diversas medidas investigatórias idôneas a atingir o fim proposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restrições à esfera de liberdade individual do agente.

Dessarte, o magistrado necessitará sempre, nos casos inerentes à infiltração de agentes, aferir se não há outro meio de prova ou de obtenção de prova menos invasivos, a exemplo a prova testemunhal, pericial, busca domiciliar, dentre outros.

Zanella (2016, p. 198) denota:

[...] adotaremos a infiltração de agentes tão apenas para casos complexos, de organizações sólidas e bem estruturadas, quando a medida for imprescindível para descobrir seus líderes, os crimes passados, presentes e planejados para futuro, e para viabilizar sua desestruturação.

Por fim, os autores Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 287) acreditam que, na aplicação da infiltração, o instituto poderá ser precedido de outros meios de prova, ainda que também invasivos, como as interceptações de comunicações telefônicas e de dados, buscas e apreensões etc.

d) prévia, circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial: conforme se constata na segunda parte do artigo 10, a autorização judicial deverá ser prévia, devendo o magistrado expor minuciosamente o que a autorização irá cumprir.

Em lição comezinha, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 403) lecionam:

Deverá a autorização ser fundamentada, como toda e qualquer decisão judicial deve ser, haja vista a determinação constitucional encartada no artigo 93, IX da CF/88. A Lei 12.850/2013 (artigo 10) só veio reforçar a necessidade de motivação.

Noutro giro, há doutrinadores que argumentam não ser ideal a participação do juiz na fase da investigação criminal, com o argumento de que o magistrado poderia comprometer a sua isenção, sem embargo, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 47) expõe que este entendimento não é válido pelos seguintes motivos:

a) o juiz que acompanha qualquer inquérito, no Brasil, como regra, não é o mesmo a julgar o feito;

b) nas Comarcas menores, onde o juiz exerce todas as funções, deve atuar com a mesma imparcialidade que lhe é exigida quando decreta uma quebra de sigilo, uma interceptação telefônica ou uma prisão temporária, durante o inquérito, para, depois, receber eventual denúncia e julgar o caso;

c) a infiltração de agentes é atividade invasiva da intimidade alheia, pois servidores públicos, passando-se por outras pessoas, entram na vida particular de muitos indivíduos, razão pela qual o magistrado precisa vislumbrar razões mínimas para tanto;

d) a atividade do agente infiltrado funciona como meio de prova, congregando a busca, que depende de mandado judicial, com o testemunho.

No mais, cabe esclarecer, que a autorização do magistrado para a realização da infiltração deverá ser sigilosa, tendo em vista que o instrumento tem natureza sigilosa.

e) *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) e *periculum in mora*: de forma similar ao que sucede com outros meios especiais de investigação, a autorização da infiltração do agente de polícia encontra-se ligada à existência de vestígios (indícios), ou seja, prova mínima da existência de crimes praticados pela criminalidade organizada, é o chamado *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*.

Em consonância com o entendimento, Masson e Marçal (2016, p. 286):

Por óbvio, não se faz necessária a demonstração cabal da existência da organização criminosa, mas apenas indícios dessa infração penal (*fumus commissi delicti*). Tampouco exige a lei a demonstração de indícios de autoria, bem ao contrário.

E, continuam (2016, p. 286):

Em verdade, no art. 11 da Lei 12.850/13 o legislador foi expresso ao estabelecer que o pedido/representação de infiltração deverá conter os nomes ou apelidos das pessoas investigadas, “quando possível”. Portanto, os indícios suficientes de autoria, exigidos para a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), aqui são dispensados.

A respeito do periculum in mora, Renato Brasileiro (2016, p. 799) denota que há de ser levado em consideração o risco ou prejuízo que a não realização imediata dessa diligência poderá apresentar para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais (CPP, art. 282, I).

f) Anuência do agente policial: em observação ao art. 14, inciso I, da LCO, o agente de polícia tem o direito de recusar ou de fazer cessar a atuação infiltrada. Assim, entende-se que este, além de um direito do agente, é também um requisito para a infiltração.

Conforme Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 404), se a própria lei permite a recusa, não há que se falar em ato ilícito do policial que recusou a infiltração, e, por conseguinte, não há que se falar em insubordinação, e, muito menos em violação dos seus direitos funcionais, não podendo ele responder na esfera administrativa pela recusa.

Por fim, a doutrina leciona a favor da recusa do agente policial ser precedida de motivação.

6.8 Fases da Operação de Infiltração Policial

Na ilustre participação de Flávio Cardoso Pereira (2009, p. 116-118), na obra intitulada Limites Constitucionais da Investigação, o autor elenca 8 (oito) fases de operação de infiltração de agentes: Recrutamento, Formação, Imersão, Especialização da infiltração, Infiltração propriamente dita, Seguimento, Pós-infiltração e Reinserção:

1ª fase: Recrutamento – nesta fase busca-se captar policiais que já tenham algumas características pessoais e profissionais adequadas à técnica de infiltração, como já exposto em tópico anterior, busca-se aquele modelo de agente de inteligência aguçada, aptidão específica para determinadas missões, equilíbrio emocional, além da concepção cultural e ética conciliável com a organização a ser infiltrada.

Neste contexto, Fernando Cesar Bourgoigne (2010, p .115):

Deve ele possuir as características pessoais e profissionais necessárias para a função, como resistência física, inteligência, velocidade de raciocínio, equilíbrio emocional e sintonia social e cultural com o meio em que será infiltrado.

Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 407) denotam a respeito:

Recomendamos que haja um estímulo do Poder Público para que o policial ingresse no programa de infiltração de agentes, concedendo, por exemplo, valores adicionais à remuneração dos agentes infiltrados. Isso pelo fato de ser esta atividade voluntária do policial, não podendo ser obrigado a aceitar este mister, portanto.

Além do mais, a doutrina aceita que o órgão policial realize exames teóricos e práticos para avaliar o conhecimento dos candidatos à seleção para infiltração de agentes. Para tanto, a seleção deverá ser sigilosa.

2ª fase: Formação - Depois de selecionados os candidatos, é necessário que haja um intenso treinamento com a finalidade de desenvolver habilidades diferenciais a um agente infiltrado.

Fernando Cesar Bourgoigne (2010, p .115) leciona:

Indispensável que seja ministrado um verdadeiro “curso” ao agente selecionado, que deve abordar toda a parte teórica, com noções de direito penal, direito processual penal e psicologia e uma parte prática, que abranja preparação física, técnicas de comunicações, adaptação ao meio ambiente e outros aspectos necessários à sua preparação para essa arriscada missão.

A preparação dos agentes é importantíssima, exigindo certo tempo para a disposição e adaptação do infiltrado, tendo em vista que, caso não houver um treinamento adequado, não será assegurado o sucesso da

medida, e também colocará em risco a descoberta da real identidade do policial.

O Mestre Marllon Sousa (2015, p. 95) leciona que justamente em razão da carência de tempo para a preparação de uma operação de infiltração policial, a melhor forma de êxito de tais operações é com a existência permanente de escolas de infiltração ou unidades especializadas, dentro da Polícia Civil e da Polícia Federal, mantendo-se treinamento frequente de pessoal, a fim de que, uma vez outorgada a medida, seja necessário somente a lapidação do agente a ser infiltrado, segundo as peculiaridades do grupo criminoso investigado.

3ª fase: Imersão - segundo Zanella (2016, p. 233) esta fase busca designar uma identidade falsa ao policial e implantá-la, do ponto de vista psicológico. O policial tem que compreender que passará um intervalo simulando ser outra pessoa, devendo incorporar outra personalidade.

Denilson Feitoza (2008, p. 718) leciona sobre o tema:

[...] é importante ressaltar que a dissimulação é quanto à finalidade investigativa e/ou operacional da infiltração e não necessariamente quanto à identidade do agente infiltrado. Dependendo do caso concreto, a adequação (vantagem) de se manter a identidade para o alcance dos objetivos da infiltração e as conseqüências (para o agente infiltrado, a finalidade da infiltração e a instituição investigadora) podem recomendar que o agente infiltrado mantenha pública sua "identidade" (por exemplo, de policial, mas não, obviamente, de agente infiltrado).

Assim, esta fase visa implantar uma identidade falsa em um infiltrado selecionado, já com uma missão de infiltração pré-estabelecida, com reais objetivos a serem atingidos.

4ª fase: Especialização da infiltração – esta fase tem o condão de aprimorar a dimensão operacional de inteligência em determinado caso concreto.

A respeito, Zanella (2016, p. 233):

[...] consiste nas atividades operativas de inteligência, num estudo ainda mais aprofundado sobre a organização e possíveis integrantes, o local da infiltração e outros aspectos já sabidos, para preparar o agente da melhor forma possível.

5ª fase: Infiltração propriamente dita – momento em que o agente iniciará as primeiras aproximações com os integrantes da organização criminosa.

Nos relatos de Flávio Cardoso Pereira (2009, p. 117):

Trata-se do instante operativo eleito para que o agente tome os primeiros contatos com os membros da organização criminosa, por meios táticos previamente analisados no contexto da atividade de inteligência criminal, seguindo-se da efetiva penetração nos quadros do clã de delinquentes.

6ª fase: Seguimento – após, ultrapassada a infiltração, inicia-se a fase da exação (coleta) de dados, informações, provas sobre a organização criminosa, esta é a fase de seguimento, onde o infiltrado repassará todo material recolhido, tendo a cobertura de uma equipe de outros policiais que o monitora por todo período de infiltração.

7ª fase: Pós-infiltração – segundo Everton Zanella (2016, p. 233) esta fase é o procedimento tático para remover o agente da esfera da organização criminosa. Devem ser buscadas as melhores alternativas visando à segurança do agente, incluindo as medidas da Lei 9.807/1999.

Assim, com o fim da infiltração, será fundamental retirar o agente infiltrado do núcleo da organização criminosa, para tanto, é necessário resguardar sua integridade física, fazendo com que ele não sofra nenhum tipo de perigo.

Observa-se a importância desta fase, de salvaguardar o agente, até porque o órgão policial terá a desígnio de reaproveitá-lo em outras ocasiões.

8ª fase: Reinserção – Fernando Cesar Bourgoigne (2010, p. 117) ensina que esta fase consiste na recuperação do infiltrado que participou de

uma longa investigação, vivendo de forma clandestina e na companhia de criminosos. Deve, o Estado, ajudar esse agente na recuperação de sua real identidade, livrando-se dos vícios adquiridos, buscando restabelecer seus conceitos de ética e moral, bem como auxiliá-lo a retomar sua convivência social e familiar. Ainda, o agente deve ser submetido a uma avaliação médica e psicológica.

6.9 Procedimento para Adoção do Instituto

Conforme previsto nos arts. 10, 11 e 12 da LCO, para que haja o emprego do instituto da infiltração de agentes nas tarefas investigativas da criminalidade organizada, alguns mecanismos devem ser empregues, e segundo os autores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 404-407) são 5 (cinco) fases procedimentais a serem observadas: Postulatória, Autorização, Execução, Apresentação de relatórios e Execução.

Observa-se que alguns procedimentos já foram percorridos em tópicos anteriores, contudo, cabe novamente trazê-los aqui, para melhor concatenação das fases a serem seguidas.

1ª) Fase Postulatória – segundo reza o art. 10, de forma sigilosa, deverá o promotor de justiça formalizar requerimento ou o delegado de polícia formalizará a representação, trazendo indícios suficientes da existência de crime de participação em organização criminosa, e também demonstrar que não há outra medida probatória disponível além da infiltração de agentes.

Além, o requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia, para a infiltração de agentes, deverão abarcar a demonstração da necessidade da medida, o alcance das atividades dos agentes, bem como, quando possível, os nomes ou apelidos dos sujeitos investigados e o local da infiltração, conforme observa o art. 11.

O art. 12 prevê, neste procedimento postulatório, que o pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não abranger informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar quem seja o

agente que será infiltrado. Se não bastasse, segundo o § 1º do art. 12, as informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, após manifestação do órgão ministerial na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar os planos cabíveis para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

Por fim, quando houver a representação do delegado de polícia, o magistrado competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

2ª) Fase de autorização, fixação do âmbito de infiltração e outras medidas: com o encaminhamento do pedido de um dos postulantes legitimados, deverá, o magistrado, decidir dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas (§ 1º art. 12). Mas, antes da decisão, o magistrado deverá averiguar se há indícios do crime de participação em Organização Criminosa, bem como, se não há outros meios disponíveis de investigação.

Feita a constatação acima, o juiz analisará o parecer técnico do delegado de polícia (este parecer deve ir junto com sua representação, ainda que ele mesmo tenha feito o pedido), constatando se há viabilidade da execução da medida, como policiais voluntários para a infiltração etc.

Gomes e Marcelo (2015, p. 405) descrevem que caso o magistrado decidir favorável ao parecer do delegado de polícia, e o membro do Parquet tendo requerido a medida ou legitimado com a representação da autoridade policial, o magistrado autorizará o instituto, adotando em sua decisão as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

Ainda, os autores (2015, p. 405):

A autorização judicial impedirá que a conduta do agente seja considerada criminosa, seja por falta de dolo ou por estar ao abrigo de causa de excludente de ilicitude, como estrito cumprimento de dever legal.

O art. 13 da LCO revela que “o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados”.

A decisão do magistrado deverá vir com prazo previamente fixado, que poderá ser de no máximo 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações (§ 3º, art. 10).

Sobre a renovação do prazo de infiltração Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 101) lecionam:

[...] é de rigor que se indique a necessidade de renovação do prazo de infiltração. O andamento das diligências, ainda não finalizadas, a necessidade de se descobrirem outras pessoas envolvidas na organização criminosa, suas eventuais ramificações com nações estrangeiras, enfim, a dificuldade que é inerente a esse tipo de investigação, justifica que prazo mais estendido seja concedido para o término da diligência.

Outro ponto, já discorrido anteriormente, aborda que o desempenho do agente infiltrado não deve ser similar ao do agente provocador. Devido a isso, tem-se a necessidade do juiz delimitar adequadamente a conduta do infiltrado na decisão que autoriza a infiltração, como meio de preservar os direitos de terceiros e também oferecer resguardo ao agente infiltrado, que saberá os seus limites dentro da atividade de infiltração.

3ª) Fase de execução da infiltração: com a correspondente autorização de infiltração, é factível que a autoridade policial e seus agentes infiltrados executem a tarefa, sempre observando os limites impostos pelo magistrado.

Os atos do agente que versarem na prática de crime, no âmbito da infiltração, não serão passíveis de punição, visto o exposto no art. 13º da Lei nº 12.850/13. Assim, expõe, sobre, Gabriel Habib (2015, p. 63):

A natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado é a inexigibilidade de conduta diversa, causa excludente da culpabilidade do agente.

Entretanto, o agente infiltrado, quando estiver atuando, deverá usar de meios proporcionais, dentro da finalidade da investigação a qual se propôs a participar, podendo responder pelos atos excessivos.

Segundo o § 5º do art. 10 da LCO, “no curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração”.

Por fim, conforme exposto em outra oportunidade, caso houver indícios iminentes de que o agente possa sofrer riscos, a operação será sustada mediante requisição do órgão ministerial ou pelo delegado de polícia (§ 3º do art. 10).

4ª) Fase de apresentação de relatórios: nos dizeres de Vicente Greco Filho (2014, s/p), findo o prazo ou prazos marcados pelo juiz ou se, por qualquer motivo, tiver de ser interrompida a infiltração, como ocorrerá se se mostrar infrutífera ou se o agente for identificado ou, ainda, se correr risco que ultrapasse o inerente à infiltração, ou qualquer outro motivo, será elaborado relatório circunstanciado a ser apresentado ao juiz competente, do qual será cientificado o Ministério Público.

Nestes termos, conforme expõe o § 4º do art. 10, ao final do prazo da infiltração, a autoridade policial tem o dever de elaborar um relatório, detalhado, contendo todos os elementos que foram colhidos no decorrer da infiltração e apresentá-lo ao magistrado, que, de imediato, dará ciência ao Ministério Público.

5ª) Fase da denúncia: trata-se da última fase, após a apresentação do relatório, os autos, contendo as informações da operação de infiltração, acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão viabilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente (§ 2º, art. 12, LCO).

Assim, com o término da infiltração e oferecida a denúncia, não se fala mais em sigilo da operação, visto que os dados colhidos farão parte da

denúncia, no entanto, será, ainda, assegurada a preservação da identidade do agente infiltrado.

Neste ponto, Nucci (2015, p. 51) levanta um assunto interessante:

[...] vale dizer, o defensor do(s) acusado(s) terá acesso às diligências efetivas. Porém, surge um problema: “assegurando-se a preservação da identidade do agente”. Ora, como esse agente poderá depor como testemunha, no futuro, se ficar incógnito? Não se pode admitir uma “testemunha sem rosto”.

Assim, o agente infiltrado terá sua identidade resguardada, mas não poderá prestar testemunho sem que as partes o conheçam.

6.10 Infiltração de Agentes no Direito Estrangeiro

Quanto à importância do entendimento de um instituto jurídico de origem estrangeira, antes de trazê-lo para nosso ordenamento, Eugênio Pacelli (2013, p. 1):

A nova legislação, de fato, traz muitas novidades. As mais importantes não constam de nosso catálogo jurídico-cultural, vindo importadas de outros horizontes. O que, por si só, jamais seria um problema. Experiências legislativas e culturais podem e devem ser compartilhadas pelos povos. Contudo, essa transposição ou comunicação de diretrizes legais, sobretudo quando associadas às necessidades de políticas criminais, devem observar, pelo menos, duas grandes advertências, a saber: a) nem tudo que se faz no exterior pode ou deve ser feito por aqui; e, b) é possível aproveitar a experiência jurídica internacional, ainda quando não seja parte de nossa cultura ou tradição.

Isto posto, observa-se, nos próximos subtópicos como é tratado o instituto da infiltração de agentes em diferentes países.

6.10.1 Argentina

A respeito da infiltração de agentes no direito argentino, Maria Jamile (2010, p. 143):

A Lei nº 24.424, de janeiro de 1995, que alterou a Lei nº 23.737 (Ley de Estupefacientes argentina), regulamentada o agente infiltrado no ordenamento jurídico argentino. Nos termos de seu artigo 6º (que insere o artigo 31 bis à Lei nº 23.737), a infiltração de agentes apenas pode ocorrer durante o curso de uma investigação e com o fim de comprovar o cometimento de algum dos delitos previstos no texto desta própria lei ou, ainda, no artigo 866 do Código Aduaneiro. A operação pode, também, ter como objetivo impedir a consumação de algum dos delitos relacionados; identificar ou prender seus autores, partícipes ou quem ajude a acobertá-lo; ou ainda obter os meios de prova necessários à sua persecução penal.

Depreende-se do texto, que a lei Argentina apenas permite a aplicação do instituto quando se trata de uma investigação já em uso, ou seja, não se pode usar do instituto para dar início a um procedimento penal.

Nadia Bosnich (2016, p. 105-106) relata que o legislador argentino, assim como o brasileiro, restringiu a legitimidade para ser agente infiltrado aos policiais ou funcionários das forças armadas.

Roberta Rodrigues Camilo (2012, p. 291) expõe que no modelo argentino há uma delimitação à utilização do *agente encubierto*, pois somente será utilizado quando se tratar de delitos relacionados ao narcotráfico.

Assim, como no Brasil, na Argentina o infiltrado será integrante dos quadros da Polícia, sendo, também, voluntária a infiltração.

Outro ponto, semelhante à lei brasileira, é a autorização judicial para a aplicação do instituto, conforme expõe Ricardo Alves Bento (2009, p. 349):

A autorização judicial para atuar como agente infiltrado deverá estar consignada ao nome verdadeiro do agente e sua falsa identidade com a qual atuará no caso previsto, não podendo aleatoriamente ser utilizado para outros crimes diversos do previamente determinado.

A autorização judicial será documentada, e toda a operação será tramitada de forma secreta, devendo o infiltrado passar todas as informações, imediatamente, ao magistrado.

Everton Luiz Zanella (2016, p. 229) sintetiza os arts. 31 – *quinques* e 33 – *bis* da lei Argentina, dizendo que o agente encoberto será ouvido como testemunha somente se absolutamente imprescindível. Neste caso, sua identidade será revelada e serão aplicadas, ao agente, as medidas especiais de proteção, como mudança de residência ou local de trabalho. Se houver risco à sua segurança, o agente poderá optar por continuar na ativa ou se aposentar. Ainda, denota que o art. 31-*ter* da lei argentina, semelhante à legislação brasileira, concebe que não será penalizado o agente infiltrado que, como consequência necessária de sua atividade, cometer algum crime, desde que não implique na violação de alguns direitos.

Segundo Fernando Cesar Bourgogne (2010, p. 101), a legislação Argentina tipificou a conduta do funcionário público que, agindo com dolo ou culpa, revelar a identidade verdadeira do agente infiltrado, sua nova identidade ou local de seu domicílio.

Segundo Camila Brentel (2011, p. 118 apud Zanella 2016, p. 230), leciona ter ganhado destaque na Argentina a figura do “agente paraencubierto”, integrante da própria organização criminosa que, mediante remuneração estatal, transmite informações importantes à solução de crimes.

6.10.2 Alemanha

No ordenamento jurídico alemão, o instituto da infiltração de agentes tem como finalidade combater o narcotráfico e o crime organizado.

Fernando Bourgogne (2010, p. 98-99) descreve quais são os requisitos para a utilização do agente infiltrado no modelo germânico:

1) atuação somente quando existirem indícios da ocorrência de crimes de tráfico de drogas, ou armas, falsificação de moeda, documentos ou valores, segurança do Estado, ou seja, crime praticado por organização criminosa; 2) atuação somente se outras formas de investigação não prometem êxito (cláusula de subsidiariedade); 3) dependência de aprovação fiscal e/ou judicial; 4) severo controle do agente encoberto, por parte de um agente da polícia; 5) proibição de cometer atos delitivos.

A lei germânica permite a utilização da infiltração de agentes em outros casos fora os citados acima, no entanto, dependerá de análise por parte do magistrado diante do caso concreto.

Diferentemente do modelo brasileiro, na Alemanha, a autorização da atividade de infiltração é dada pelo magistrado ou poderá ser iniciada por decisão própria do órgão ministerial. Ainda, o membro do parquet, que seja responsável pelo processo, determinará um prazo, com a possibilidade de prorrogação.

Ricardo Alves Bento (2009, p. 351) expõe sobre a operacionalização dos agentes incógnitos; segundo o diploma alemão esta atividade será realizada por agentes policiais que poderão usar identidade que lhes fora oferecida e cuja utilização seja determinada por um tempo específico, condicionada essa atuação a parâmetros previamente determinados, para que não seja uma atividade que aconteça por determinação estatal e, no transcorrer do tempo, fuja ao seu respectivo controle.

No modelo alemão, o agente infiltrado pertencerá aos quadros da polícia e usará identidade falsa, além de utilizar equipamentos eletrônicos para monitorar comunicações telefônicas e captação ambiental.

A respeito da identidade falsa, Bento (2009, p. 352) leciona:

Esta identidade ocultada poderá ser omitida do Poder Judiciário quando este agente é chamado a depor em processo, especialmente se a sua revelação colocá-lo em perigo de vida, se for ameaçada sua integridade física ou liberdade. Também poderá preservar a identidade de terceiro que impossibilite que o agente possa continuar utilizando sua identidade encoberta por decisão judicial.

O Código de Processo Penal germânico reza que as provas obtidas no decurso da operação de infiltração podem ser empregue como prova emprestada em outros processos, desde que tratem dos crimes de tráfico de drogas e armas, ou falsificação de moeda.

Por fim, Zanella (2016, p. 221) leciona que os particulares, no modelo alemão, que colaborarem com a Polícia não são autorizados a praticar crimes, em nenhuma hipótese. A Lei não determina a eles uma contraprestação fixa pela cooperação, mas, a depender da eficiência e da credibilidade das informações transmitidas, poderão receber diminuição de pena.

6.10.3 Espanha

O instituto do agente infiltrado também está previsto no ordenamento jurídico espanhol, conforme lições de Nádía Bosnich (2016, p. 107-108):

A Espanha conforme lição de Carlos Enrique Edwards regulamenta a infiltração através da Ley Organica, que introduziu o artigo 288 bis na Ley de Enjuiciamiento Criminal, a qual também inseriu de maneira “instrumental” a definição de organização criminosa.

Ainda, a autora (2016, p. 108) expõe que a legislação espanhola também prevê a necessidade de autorização judicial, podendo, assim como na legislação alemã, ser suprida por autorização ministerial ou, em casos de urgência, admitir-se-á o início da investigação sem autorização, desde que esta seja suprida logo após seu início.

Segundo Roberta Rodrigues (2012, p. 294), no direito penal espanhol há também a figura do agente encoberto em vez do agente infiltrado, por entenderem que esta última denominação tem maior amplitude do que a primeira, podendo incluir o indivíduo que não tem autorização legal para atuar.

O modelo espanhol é diferente do modelo aplicado no Brasil, no que tange à legitimidade para ser agente encoberto, pois na Espanha a infiltração poderá ser realizada por qualquer sujeito, seja ele agente de polícia ou pessoas distante dos quadros da polícia, desde que exerçam as atividades sob o comando do Estado.

Sobre assunto, Everton Zanella (2016, p. 222) ensina:

Durante a operação, todas as informações colhidas pelo agente serão repassadas, com a maior brevidade possível, a quem autorizou a investigação – juiz ou membro do Ministério Público – e depois deverão aportar no processo. Embora não conste expressamente da lei, a doutrina entende que a autoridade autorizadora da operação, se entender necessário ao controle da medida, poderá solicitar informações periódicas à Polícia Judiciária.

No mais, caso a investigação possa afetar direitos fundamentais, o agente encoberto deverá requisitar a autorização específica ao Poder Judiciário para o ato.

O professor Zanella (2016, p. 222) expõe que no modelo espanhol o agente infiltrado atuará com identidade falsa. Se, depois do término da operação, o agente for convocado a testemunhar sobre os fatos em juízo, a identidade falsa poderá ser mantida, mediante motivada autorização judicial, para preservar sua segurança. Ainda, explica que o agente também poderá ser destinatário das medidas de proteção da Lei Orgânica 19/1994 (Lei de proteção a testemunhas e peritos), caso algum risco mais concreto seja constatado.

A legislação espanhola prevê que o agente infiltrado seja isento de responsabilidade criminal, desde que seus atos se mostrem proporcionais à finalidade da operação.

Por fim, a respeito da responsabilidade do infiltrado no modelo espanhol, Maria Jamile (2010, p. 148-149) expõe:

Com relação à responsabilidade penal do agente infiltrado, a Espanha optou, assim como a maior parte dos países que adotam a infiltração como técnica de investigação, por criar para a hipótese uma causa de escusa absolutória – a qual, no caso espanhol, está

ligada fortemente ao princípio da proporcionalidade. Assim, o agente infiltrado apenas está isento de responsabilidade penal se ficar demonstrado que suas ações foram consequências necessárias da investigação na qual estava envolvido e que eram proporcionais aos fins que buscavam. Ainda, deve restar claro que não foi o próprio agente que provocou o delito, conforme estabelece o artigo 282, bis, 5, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Assim, caso o agente que estiver infiltrado provocar algum delito, responderá pelos atos criminosos praticados, segundo expõe o art. 282-bis-5 da lei espanhola.

6.10.4 Colômbia

O combate ao crime organizado, especificamente as organizações de tráfico internacional de drogas, é uma dos principais escopos do governo colombiano, tendo em vista que o crime organizado do país é o que mais produz a cocaína no mundo. Assim, o Código Penal colombiano preocupou-se em reprimir os atos ilícitos praticados pela criminalidade organizada.

Observa-se que, igual à legislação da Argentina, o agente infiltrado é denominado na legislação colombiana como agente encoberto.

Roberto Rodrigues Camilo (2012, p. 292) leciona que, inicialmente, será verificado se o imputado pertence realmente a alguma organização criminosa, competindo à Polícia Judiciária analisar a estrutura daquele grupo criminoso, levantar os pontos frágeis, seus integrantes para, enfim, infiltrar o agente.

Cabe esclarecer que a legislação colombiana enumera algumas atividades que são facultadas ao agente encoberto, a exemplo, poderá o agente intervir no tráfico comercial, ingressar e participar de reuniões no local de trabalho ou domicílio do imputado e até realizar negociações ilegais com ele.

Camilo (2012, p. 293) ensina que no caso de o agente encoberto obter informações relevantes durante a operação, ele deverá comunicar ao

Fiscal, que, com o auxílio da Polícia Judiciária, recolherá as provas necessárias. Diferentemente do modelo brasileiro, a infiltração por agente colombiano durará no máximo 1 (um) ano, podendo ser prorrogável por mais um ano desde que fundamentado.

Por fim, a legislação colombiana permite que as provas obtidas, através do agente encoberto, só serão utilizadas como fonte de atividade investigativa.

6.10.5 Estados Unidos da América

O instituto do agente infiltrado, nos Estados Unidos da América, é conhecido como “undercover agent”, semelhante ao modelo brasileiro, é um procedimento utilizado na apuração de provas para acusação de infrações penais praticadas por organizações criminosas.

Segundo a doutrina, os Estados Unidos é o país mais bem preparado para utilização das técnicas de infiltração de agentes, tendo vasta experiência e aparato tecnológico para permitir que a infiltração seja bem sucedida.

Em estudo, Everton Luiz Zanella (2016, p. 213) ensina:

A doutrina relata que esta técnica especial de investigação começou a ser utilizada no país com as infiltrações dos detetives da Pinkerton Agency nas quadrilhas do oeste do país a partir de 1850. Intensificou-se após a guerra civil americana e evoluiu a partir de 1930, quando o Federal Bureau of Investigations (FBI) passou a adotá-la. No final da década de 70, a infiltração passou a ser utilizada numa escala maior, em razão do significativo aumento do financiamento público das operações do referido departamento, sobretudo para apurar crimes de corrupção e “colarinho branco”.

Ricardo Alves Bento (2009, p. 348) leciona:

Segundo a doutrina norte-americana, o agente infiltrado pode ser conceituado como aquele agente policial que omitindo sua própria identidade ou assumindo outra, o faz com o objetivo de obter confiança de um suspeito ou de uma organização, apurando assim informações secretas. Ou ainda para ganhar confiança dos indivíduos identificados pela investigação.

Como aspecto histórico no modelo norte-americano, Bento (2009, p. 348) cita o caso sobre Joseph Dominick Pistone, cuja identidade foi preservada para atuação infiltrada, passando a chamar Donnie Brasco. Enquanto fora agente do FBI, agiu de forma oculta por seis anos, infiltrado na família “Bonano” de Nova York, cujas atividades se revestiam de indícios da prática de crime organizado.

Cumpra observar que o uso da infiltração no modelo norte-americano é adotado não só para o combate às organizações criminosas, como também em casos nos quais, mesmo não identificando a criminalidade organizada, é lançada mão do instituto.

Segundo Marllon Sousa (2015, p. 61), a função do agente infiltrado, no modelo norte-americano, é a busca de informações sobre atividades criminosas pela associação com os criminosos ou trabalhando dentro de uma organização criminosa, cujos objetivos, dentre outros, seriam obter provas para a persecução penal.

Maria Jamile (2010, p. 151-152), sobre o modelo norte-americano:

De se notar que, no país, admite-se que a infiltração seja realizada não apenas por agentes públicos, mas também por particulares – mais precisamente, por informantes -, sob a justificativa de que a infiltração destes seria mais bem aceita pelos grupos criminosos investigados do que a de policiais tentando se passar por criminosos. De toda sorte, a maioria das leis estaduais exige ordem judicial para a realização da infiltração.

Como já exposto, em tópico anterior, a doutrina norte-americana aponta a existência de duas grandes espécies de infiltração, a light cover e a deep cover. A primeira é mais branda e de curta duração, a segunda espécie é

de imersão profunda, tem maior tempo de duração, é mais perigosa e complexa, necessitando de um planejamento detalhado.

Marllon Sousa (2015, p. 67) chama a atenção quanto à seleção do agente a ser infiltrado na organização criminosa, expondo que o modelo norte-americano tem predileção por novos policiais, sendo tal medida justificada em razão da necessidade de sigilo da operação, bem como pelo não conhecimento, por parte da criminalidade, dos policiais que agem em determinada região ou se são ligados a alguma agência de investigação.

Zanella (2016, p. 217), em análise do modelo norte americano, sintetiza que o pedido de infiltração é feito por um agente especial ou pelo comando-geral do departamento (a depender da importância), que deverá relatar os riscos da operação, os custos financeiros, as quebras de garantias constitucionais afetadas (intimidade, sigilo de comunicações, inviolabilidade do domicílio etc.) e os possíveis crimes que poderão ser praticados pelo infiltrado. Ainda leciona que há um órgão consultivo (Undercover Review Committee), pertencente ao próprio FBI, que analisa o pleito e dá um parecer em casos de operações sensíveis.

Ainda Zanella (2016, p. 218):

O guia do Federal Bureau of Investigation (FBI) prevê que, durante o treinamento, o agente receberá orientações necessárias para evitar sua participação em crimes, os quais ele poderá cometer somente se for autorizado a tanto, em hipóteses extremas.

Neste sentido, Nádia Bosnich (2016, p. 111) discorre:

O cometimento de crimes por parte dos agentes infiltrados é aceito, desde que este contasse com a autorização de seu superior para fazê-lo. Contudo, alguns limites são impostos ao agente, tais como: a vedação de obtenção de benefícios pessoais; a vulneração de direitos constitucionais, salvo mediante prévia autorização; oferecimento ou recebimento de favores sexuais no exercício das funções; a intimidação ou ameaça a investigados e a provocação de crimes pelos investigados.

Por fim, segundo ensina Marllon Sousa (2015, p. 70), uma vez iniciada a operação de infiltração, o agente encarregado, ou qualquer outro designado pela supervisão de agentes especiais, deve manter contato estrito com um promotor federal a respeito da propriedade da infiltração, bem como acerca da legalidade, suficiência e qualidade das provas colhidas.

6.11 Direitos do Agente Infiltrado

Gabriel Habib (2015, p. 63) faz o seguinte comentário a respeito do assunto:

A fim de resguardar a integridade do agente infiltrado, o legislador conferiu-lhe alguns direitos, como a possibilidade de recusar ou fazer cessar a infiltração, medidas de proteção à testemunha, previstas na lei 9.807/99 e preservação do seu nome, identidade, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais.

Conforme o art. 14 da Lei 12.850/13, são direitos do agente infiltrado:

- I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;
- II – ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção à testemunha;
- III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;
- IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização.

Feita a devida exposição, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 303-304) lecionam que a Lei 12.850/2013 designou em prol do policial infiltrado o que se intitula de estatuto de proteção da intimidade, ao aduzir em seu art. 14 os “direitos do agente”, de maneira congênere ao que fez benefício

do colaborador (art. 5º). E que, por meio dessa carta de direitos, busca-se tutelar tanto a intimidade como a integridade física do agente.

Observando o art. 14 da LCO, tem-se que quatro foram os direitos do agente infiltrado, catalogados na lei, cabe, a partir deste ponto, fazer a análise de cada direito.

O inciso I (recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada) deixa explícita a natureza voluntária da infiltração de agentes. Tendo em vista que a atuação do agente é de alto risco, dada a circunstância a qual estará atrelado (organização a qual será infiltrado), por este e outros motivos é que se permite que o agente possa recusar ou, quando já infiltrado, cesse a atuação.

Neste sentido, Rógério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 116) denotam que é preciso que, dentro da normalidade do serviço público e da natureza das funções que lhe são peculiares, esse papel do servidor poderia caracterizar falta administrativa.

E, ainda, continuam (2013, p. 116):

A situação aqui é um tanto diversa. A natureza da investigação e o grau de periculosidade daqueles nela envolvidos, exige do servidor, primeiro, que queira enfrentar o desafio. E, segundo, já se encontrando infiltrado, que se sinta à vontade para assim permanecer.

Em resumo, não se pode atribuir a tarefa de infiltração de forma compulsória a um agente de polícia. É preciso que ele, ciente dos riscos que poderão ocorrer, aceite, de maneira espontânea, a missão.

Segundo Marllon Sousa (2015, p. 124) a respeito da recusa do agente policial, como se trata de um direito previsto em lei, não há a possibilidade de aplicação de qualquer sanção disciplinar ao policial que se recusa a participar da operação de infiltração. Em se tratando do direito de cessar a atividade de infiltração, o autor leciona que se tratando de situação em que há o iminente perigo para sua vida ou de seus familiares, resta plenamente justificada a cessação da medida, devendo ser feito relatório minucioso para a autoridade policial e para o Ministério Público acerca dos dados obtidos até o

momento com a investigação, bem como das razões que levaram à suspensão/cessão da operação.

Assim, ainda que tenha recusado ou cessado a infiltração, o policial deverá permanecer na unidade especializada para ser utilizado em atividades de infiltração futuras, salvo se os motivos que fizeram cessar a infiltração forem considerados infundados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, ou também, caso a identidade do agente for descoberta.

O inciso II (ter sua identidade alterada e usufruir das medidas de proteção da Lei 9.807/1999) é de extrema importância, pois tem a visão de preservar a segurança do infiltrado, assim, como garantir o sucesso da operação. E, conforme exposto, o procedimento de segurança observará no que for cabível a Lei 9.807/99.

Em estudo, Everton Zanella (2016, p. 211-212) leciona sobre o agente usufruir das medidas de proteção:

[...] não haverá necessidade de remessa do pleito pelo conselho deliberativo do programa de proteção, pois o agente infiltrado não é vítima ou testemunha protegida. Bastará, portanto, o encaminhamento direto de um ofício do juiz criminal da causa para o juiz da vara dos registros públicos, contendo a decisão que autorizou a infiltração de agente com identidade falsa.

Sobre o referido inciso, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 305):

Assim, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso, poderão alcançar o infiltrado, no que couber, as medidas protetivas previstas no art. 7º da Lei 9.807/99, a exemplo da segurança em sua residência; da acomodação provisória em local compatível com a proteção; do apoio e assistência social, médica e psicológica etc.

Os autores, Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 119), lecionam:

Parece óbvio, contudo, que apenas as medidas compatíveis com o exercício da infiltração podem ser adotadas. Daí a ressalva “no que couber” contida no texto em exame. Não há que se cogitar, assim, de segurança e escolta, previstas no inc. II, capazes de revelar a função pública exercida pelo agente infiltrado. Tampouco, cremos, de ajuda financeira mensal (inc. V), por se tratar de servidor público, devidamente remunerado.

O § 5º do art. 9º da Lei 9.807/99 expõe que, cessada a infiltração, o agente de infiltração poderá voltar a usar seu nome verdadeiro.

Ainda, Sanches e Batista (2013, p. 118) creem que a alteração da identidade poderá se estender também “ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes”, como prevê o art. 2º § 1º do mencionado diploma, e aos filhos menores (art. 9, § 1º da Lei nº 9.807/99). Pois, em face da eventual gravidade dos crimes apurados e a periculosidade dos envolvidos, não se revelará suficiente a mera alteração da identidade do agente infiltrado, senão também das pessoas que lhe são mais próximas.

Será cabível, também, a mudança, apenas, do prenome, como prevê o parágrafo único do art. 58 da Lei de Registros Públicos.

O inciso III (ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário) trata da obrigação que a LCO impõe àquelas pessoas que tiverem acesso aos dados, sem restrição, desde o delegado de polícia, passando pelos membros do MP, magistrados e serventuários da justiça, visando proteger a privacidade do policial.

O professor Everton Luiz Zanella (2016, p. 212) mostra o seu posicionamento:

Entendemos que somente será possível a revelação da identidade, por autorização judicial, se o próprio agente infiltrado e seu superior hierárquico concordarem; se existirem indicativos de abuso ou ilegalidade do agente no curso da infiltração; ou em alguma outra situação excepcionalíssima a critério do magistrado.

Os autores Cleber Masson e Vinicius Marçal (2016, p. 305-308) levantam uma questão polêmica, sobre a possibilidade ou não do agente infiltrado como testemunha anônima, e apresentam 3 (três) correntes:

1.ª corrente: É possível a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, mas o defensor do réu tem o direito de participar da audiência. Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima [...];

2.ª corrente: É possível a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, vedando-se inclusive ao defensor a participação na audiência. Com esse entendimento, Marcelo Mendroni pondera que, “para absoluta e inalienável necessidade de proteção da integridade física do agente infiltrado, seus dados serão mantidos sob sigilo, sem acesso, inclusive ao advogado.

3.ª corrente: Não é possível a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, sendo direito tanto do réu como de seu defensor a participação na audiência. Nesse passo, Guilherme de Souza Nucci assevera que “não se pode admitir uma ‘testemunha sem rosto’. Ela não pode ser contraditada, nem perguntada sobre feitos por esse agente camuflado – e nunca revelado – não podem ser contestados [...]”.

Segundo os autores (2016, p. 307-308), no acórdão proferido por ocasião (julgamento do HC 90.321), o Supremo Tribunal Federal parece ter preferido adotar a 1ª corrente. E, ainda, para eles, a Lei 12.850/13, parece se distanciar da terceira corrente, visto que a referida lei resguarda o direito do agente em ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação, bem como durante o processo criminal.

Por fim, segundo Marllon Sousa (2015, p. 126), não se mostra útil a quebra do sigilo da identidade do infiltrado, posto que a decisão judicial, nesse sentido, causará grandes dificuldades para a reutilização do agente em outras operações de infiltração policial.

O último inciso (IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito) decorre da necessidade de se preservar os dados pessoais do agente infiltrado, conforme a previsão do inciso anterior.

Marllon Sousa (2015, p. 126) entende que a previsão de inviolabilidade, prevista no inciso IV, já decorre das previsões contidas nos

incisos anteriores, cujo acréscimo da necessidade de autorização por escrito não tem o condão de alterar os comentários feitos nos incisos anteriores.

Tecendo alguns comentários sobre o tema, Zanella (2016, p. 212):

Além da manutenção do sigilo da identidade pelos órgãos públicos responsáveis pela medida, é fundamental, tanto para o êxito das investigações como para o resguardo da segurança do agente, que os meios de comunicação também cooperem.

Assim, aos órgãos públicos será vedado revelar a identidade do infiltrado, bem como filmá-lo ou fotografá-lo. Cabe destacar, que caso houver revelação da identidade do infiltrado, fotografar ou mesmo filmar o agente de polícia, incorrerá o sujeito nos crimes previstos nos arts. 18 e 20 da LCO.

6.12 Validade da Prova Colhida na Infiltração Policial

Alguns autores, antes do advento da Lei nº 12.850/13, lecionavam no sentido de que as provas que decorressem da infiltração de agentes, seriam provas ilícitas, pois violariam o direito constitucional à intimidade.

Neste seguimento, Maria Jamile (2010, p. 126) faz o seguinte comentário e, ainda, questiona:

[...] as provas obtidas por meio da infiltração policial são sempre fruto do engodo. O infiltrado angaria provas ao manter o investigado em um estado ilusório, fazendo-o acreditar que é alguém que, na realidade, não é. Assim sendo, podem ser tais provas valoradas por um juiz e, ainda, servir de alicerce a uma sentença condenatória?

Alguns questionamentos como este eram comuns, tendo em vista a falta de amparo legal, para tratar, de forma clara e objetiva, sobre o instituto.

Contudo, com o aumento da criminalidade organizada e a necessidade de se combater, de forma efetiva, as organizações, é que passaram a ver, com bons olhos, os novos meios de obtenção de prova e, entre eles, a infiltração de agentes.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.850/13, o instituto da infiltração policial passou a ser tratado como meio de prova, cabível em investigações ou processos criminais que estejam relacionados com o crime descrito no art. 2º da LCO e os delitos conexos praticados pela organização criminosa, bem como os crimes dos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

Neste aspecto, seguindo os trâmites legais, trazidos pela Lei 12.850/13, cumprindo o agente todas as disposições impostas para a execução da tarefa, não haverá qualquer ilegalidade nos atos, que possam, futuramente, ser anulados.

Nesse ponto de vista, Alex Couto de Brito (2012, p. 261) em *Agente Infiltrado: Dogmática Penal e Repercussão Processual*, leciona:

É certo que a infiltração não poderá constituir uma “carta branca” de violações, realizáveis pela discricionariedade (ou arbitrariedade) do próprio agente infiltrado, pois, caso contrário, nem seria necessária a autorização judicial prevista em Lei para sua infiltração.

Além do resguardo aos limites impostos, o agente infiltrado não deve agir como agente provocador, como já dito, se o fizer, a prova obtida, a partir da sua provocação, será totalmente nula.

Neste seguimento, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 285):

O rompimento desses limites poderá macular os elementos probatórios eventualmente colhidos. Aliás, ilicitude haverá se a atuação do agente policial for intrinsecamente antiética ou ilegal, o que vem sendo chamado na doutrina de “**conduta ultrajante do Estado**”.

É inegável, que a postura do infiltrado nas ações que vier a praticar, não poderá ser abusiva, ferindo os direitos e garantias da Carta Magna. Ou seja, os atos do infiltrado devem estar em conformidade com a licitude, a moralidade, a ética, dentre outros princípios do Estado Brasileiro.

Neste prisma, Ricardo Alves Bento (2009, p. 353) expõe:

Pensamos que a devida harmonização dos fundamentos acusatórios e humanistas do processo penal pode ser adaptada à necessidade estatal de instrumentalização de procedimentos investigativos contra o crime organizado e outros crimes de relevo significativo como previsto na Carta Política de 1988.

Não diferente, Marllon Sousa (2015, p. 105-106) leciona que o exame da valoração da prova colhida pelo agente infiltrado, é visto como perfeitamente válido e aplicável às operações de infiltração policial em organizações criminosas, observando as teorias gerais previstas no Código de Processo Penal acerca da convalidação da prova (descoberta inevitável e fonte independente).

Quanto às referidas teorias, o professor Auri Lopes Júnior (2014, p. 431-432) leciona:

Ambas as teorias (fonte independente e descoberta inevitável) atacam o nexa causal para mitigar a teoria da contaminação, restringindo ao máximo sua eficácia, de modo que, como sintetiza MARIA THEREZA, se a prova ilícita não for absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se esta derivar de fonte própria, não fica contaminada e pode ser produzida em juízo.

Noutro giro, as provas obtidas na operação de infiltração, em regra na fase de investigação, poderia dar ensejo, por si só, à condenação judicial? Segundo a doutrina, de forma majoritária, entende que não, devendo ela ser combinada com outros elementos de prova produzidos em juízo.

Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 409) lecionam a respeito:

Por ser a infiltração de agentes mero instrumento probatório, por ser apócrifo, é extremamente recomendável a combinação da infiltração de agentes com a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (técnica especial prevista no artigo 3º, II da Lei 12.850/2013), com o uso de equipamentos de filmagem ou captação de conversas.

Maria Jamile (2010, p. 128):

[...] tem-se que apenas a prova obtida pelo agente infiltrado, de maneira isolada, não serve para embasar uma sentença condenatória. Para que possa subsidiar uma condenação, deve estar ela acompanhada de outros elementos de prova que a corroborem.

Everto Zanella (2016, p. 257) leciona:

[...] se a infiltração consistir tão apenas no relatório circunstanciado deverá ela ser corroborada com outras provas. Porém, o escopo da infiltração vai muito além do relatório. Os autos serão formados por documentos apreendidos, pelo auto circunstanciado das gravações ambientais, por perícias contábeis; por exames realizados a partir de amostras coletadas no local da infiltração (exemplo: exame de DNA), dentre outros elementos.

Noutro viés, a Lei 12.850/13, orienta e limita a atuação dos agentes infiltrados em organizações criminosas, para que seja possível usar, de maneira lícita, as provas derivadas da infiltração, de forma a conseguir uma persecução penal mais eficiente.

Por fim, uma vez obedecidos os limites impostos pelo magistrado, bem como observados os requisitos e procedimentos estabelecidos pela Lei nº 12.850/13, não há que se falar na ilicitude das provas obtidas pela infiltração de agente.

6.13 A atuação do Agente Infiltrado e sua Responsabilidade Penal

Segundo o art. 13 da Lei 12.850/2013, o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

O mestre Marllon Sousa (2015, p. 120) expõe que o exame acerca da proporcionalidade dos atos levados a cabo pelo agente infiltrado deveria ficar a cargo do magistrado, mediante o cotejo da situação cujo excesso se alega e às três máximas de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). E, ainda, leciona que a disposição legal seria mais bem construída se previsse apenas que o agente policial respondesse pelos excessos cometidos durante a infiltração, sem qualquer menção ao princípio da proporcionalidade.

Neste diapasão, alguns doutrinadores rezam no sentido de que o modelo de infiltração brasileiro não foi minucioso quanto aos atos a serem praticados pelo agente infiltrado.

Em contrapartida, lecionam Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 409), que durante os debates para a aprovação da Lei 12.850/2013 foi sugerido ao instituto da infiltração de agentes um rol, e elaborou-se uma lista contendo os crimes que não poderiam ser cometidos pelo agente infiltrado. Esta lista continha crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura. Contudo, os autores expõem que posteriormente deliberou-se que a existência de uma lista de crimes permitiria à organização criminosa criar 'rituais' específicos para a identificação desses agentes infiltrados, o que comprometeria, conseqüentemente, a integridade física destes agentes, bem como o êxito das investigações.

Assim, por este motivo exposto, deixaram os legisladores de listar, no projeto da Lei 12.850/13, os crimes que não poderiam ser cometidos pelos agentes infiltrados, e passaram à adotar o critério da proporcionalidade da atuação do infiltrado, bem como a inexigibilidade de conduta diversa, conforme descreve o parágrafo único do art. 13.

De forma didática, Masson e Vinicius Marçal (2016, p. 297) lecionam:

Como meio extraordinário de obtenção de prova, a infiltração de agentes deverá ser pautada pela observância dos princípios da legalidade, especialidade, subsidiariedade, controle (judicial, ministerial e interno) e proporcionalidade.

Os autores (2016, p. 297), ainda, expõem que, obedecendo a esses postulados de extração constitucional, a atuação do agente infiltrado será compatível com as bases de um processo penal garantista, tornando-se lícitas as condutas realizadas pelo agente, desde que em consonância com o objeto da investigação e com os limites propostos por decisão do magistrado.

Lecionando sobre o tema, Roberta Camilo (2012, p. 297) expõe:

Entendemos que a melhor medida seria que o agente, antes de ser infiltrado seja devidamente orientado pelo magistrado para que adote um comportamento adequado e em conformidade com a situação fática, mas não se esquecendo da cautela para que não seja descoberto, uma vez que o bem jurídico tutelado de mais-valia é sempre a vida.

Consoante Marcelo Mendroni (2009, p. 80-81 apud Zanella 2016, p. 199), expõe que o mandado judicial de infiltração conterà seu alcance, podendo incluir, expressamente, a menção da possibilidade de o agente recolher todas as provas e evidências, pois seria impossível exigir, que, para cada situação de recolha potencial de material probatório, o agente devesse reportar-se ao delegado de polícia ou membro do MP, com a finalidade de que estes solicitassem específica autorização ao magistrado.

Assim, entende-se que se vincular todos os atos a serem tomados na infiltração à autorização judicial, será negativo para toda a operação, aumentando, e muito, o risco à segurança do agente. Por isso, a importância do magistrado, quando for conceder a autorização de infiltração, determinar quanto à execução a ser feita e os procedimentos a serem tomados.

Assim, também, entende Marllon Sousa (2016, p. 122):

Destarte, os parâmetros de atuação do agente infiltrado estarão sempre descritos na autorização judicial para o uso da medida de infiltração, devendo o agente, a todo momento, ter em mente que o possível cometimento de delitos somente se dará nos casos imprescindíveis à preservação de sua identidade, sua integridade física, bem como para garantir o sucesso da medida, sempre se balizando nas seguintes máximas, já exploradas na Seção 4.3.2: (a) ação deve ser fundamental para manutenção da falsa identidade do policial infiltrado; (b) para evitar a morte ou grave lesão; ou (c) o “crime” cometido pelo agente não pode envolver lesão ou grave ameaça à pessoa, salvo no caso da letra “a”.

Diante do exposto, verifica-se que as hipóteses expostas acima são os únicos casos autorizadores do uso da proporcionalidade pelo infiltrado no decorrer da sua infiltração, quando o caso em concreto exigir a ponderação de direitos fundamentais em aparente conflito.

A doutrina já firmou o entendimento de não concordar com o fato de que o infiltrado, quando iniciar a operação de infiltração, estaria praticando, no mínimo, o crime de integrar organização criminosa, previsto na Lei 12.850/13, no art. 2º. Não foi recepcionado este entendimento tendo em vista que há ausência de dolo, sendo o fato atípico, bem como está o ato acobertado pela excludente do estrito cumprimento do dever legal.

Já foi dito que o agente infiltrado poderá estar envolvido em algumas situações, que exigirão algumas condutas tipificadas como crime. Assim, em tais ocasiões, com ressalva das ações em que o excesso é reprovável, não serão puníveis as condutas praticadas quando inexigível conduta diversa.

Seguindo o raciocínio, o parágrafo único do art. 13, da LCO, expõe que “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”.

Sobre a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do infiltrado, a doutrina divergia a respeito da natureza jurídica, segundo Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2013, p. 114-115) quatro correntes se estabeleceram a respeito; a primeira corrente denotava que a exclusão da

responsabilidade seria a inexigibilidade de conduta diversa, pois caso o infiltrado tivesse escolhido não praticar dos atos criminosos, poderia ter colocado em risco toda operação; a segunda corrente dizia tratar-se de uma causa de escusa absolutória; a terceira corrente entendia ser causa de excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal; e por fim, a quarta corrente rezava ser atipicidade penal da conduta do agente infiltrado.

No entanto, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, p. 209) expõem uma quinta corrente, defendida por Raul Eugenio Zaffaroni, que entende ser natureza jurídica de atipicidade conglobante, para esta corrente, as condutas aparentemente criminosas perpetradas pelo agente infiltrado, dentro de uma proporcionalidade e, portanto, permitidas e até mesmo incentivadas pela legislação respectiva, configuram aquilo que denominam de atipicidade conglobante, afastando, a tipicidade da conduta. Assim, entende-se que não é possível que uma norma proíba aquilo que outra norma imponha ou fomenta.

Ainda, Everton Zanella (2016, p. 210) leciona que a Lei 12.850/13 criou uma sexta corrente, adotando um misto de duas correntes, tendo a exclusão da responsabilidade penal do agente natureza jurídica de inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade) e também de estrito cumprimento do dever legal (causa excludente de ilicitude).

Neste raciocínio, Cesar Roberto Bittencourt e Paulo César Busato (2014, p. 179 apud Cleber Masson e Vinícius Marçal 2016, p. 302) denotam que se o crime praticado encontra-se na esfera do previsto no projeto de infiltração (autorizado judicialmente), haverá uma situação de justificação (estrito cumprimento do dever legal) e o agente estará coberto pelo dever de atuação, por outro lado, se o crime praticado pelo infiltrado não estiver relacionado à investigação em curso, não se fala mais em causa de excludente da ilicitude, mas sim de culpabilidade, caso se verifique que o agente foi compelido a cometê-lo, nos chamados testes de lealdade (parágrafo único, art. 13).

Nos casos em que o agente infiltrado compelido a praticar um crime, que não se encontre relacionado à investigação em curso, podem,

assim, surgir algumas situações, conforme expõe Everton Zanella (2016, p. 211):

I) o agente infiltrado é mero cúmplice do crime, ou seja, é partícipe por contribuição material assessória (não é autor). Neste caso, haverá, em princípio, exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

II) o agente infiltrado é coautor na execução do crime, tendo existido uma divisão de tarefas. Aqui, não é possível estabelecer-se uma regra geral. A análise se dará caso a caso, num critério de proporcionalidade.

III) o agente infiltrado é o autor direto e único do crime (é o seu executor). Se isso ocorrer, o agente responderá pelo crime, não havendo causa de exclusão de ilicitude nem de culpabilidade, pois *“as normas que regulam a infiltração de agente jamais podem ser interpretadas como fomento à prática de delitos”*.

IV) o agente infiltrado atua como agente provocador do crime praticado pela organização criminosa; ele utiliza o grupo criminoso para cometer delito cuja intenção deliberada ele já possuía antes da infiltração. Nesta hipótese, há, igualmente, responsabilidade criminal do agente.

Por fim, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 410) expõem que caso seja exigível conduta diversa do agente infiltrado, possibilitando eventual reação sua, deve o agente atentar-se ao cumprimento da Lei 13.060/14, priorizando a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a sua integridade física ou psíquica, e atenda aos princípios da legalidade, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade.

No mais, não será considerado legítimo o uso de arma de fogo, caso o ato seja contra pessoa em fuga que não esteja portando armas ou que não represente riscos aos agentes de segurança pública ou a terceiros, bem como não será admitido ato contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, salvo nos casos em que o veículo represente riscos aos agentes públicos ou terceiros.

6.14 O Modelo Eficiente e Garantista no Combate à Organização Criminosa

Com o grande crescimento e desenvolvimento do crime organizado no mundo, os órgãos de segurança pública dos Estados, incumbidos das atividades de investigações, notaram que os meios tradicionais usados na busca de informações, provas e dados, eram antigos e ultrapassados, analisando sob o olhar de uma moderna inteligência criminal.

O professor Everton Zanella (2016, p. 257) leciona que com o avanço da criminalidade organizada em todo o mundo exige que o Estado esteja apto para seu enfrentamento, tanto num plano preventivo como num plano repressivo. Ainda, explica que, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é evidenciado pelo devido processo legal e o conjunto de direitos e garantias que o cercam. Estas garantias não podem ser desconsideradas, tampouco relativizadas. Contudo, isso não impede que o Estado possua mecanismos hábeis para alcançar seu objetivo, que é chegar o mais próximo possível da verdade real, isto é, que ele, sem deixar de ser garantista, seja também funcional.

Segundo Leonardo Figueiras Gomes (2014, p. 3), o garantismo consiste em um sistema jurídico criado originalmente para tutelar os direitos fundamentais no processo penal. Tais direitos representam os valores, os bens e os interesses que fundam e justificam a existência do Estado Democrático de Direito.

Neste panorama, Flávio Cardoso Pereira (2009, p. 112) ensina que os métodos convencionais de investigação são insuficientes para combater certas formas graves de delinquência, torna-se absolutamente necessária a busca e a estruturação de novas técnicas investigatórias.

Assim, para que se tenha um combate eficiente contra as organizações criminosas, o processo penal necessita que aqueles meios de provas acessíveis sejam capazes de reconstruir os fatos como eles realmente ocorreram, sem, é claro, menosprezar as garantias constitucionais que todo acusado tem.

Como já discorrido no presente trabalho, algumas vezes, os meios probatórios para apurar os crimes relativos a organizações criminosas, previstos no CPP, não são efetivos para combater, de forma eficaz, a criminalidade organizada, devido às grandes transformações que sofreram com o passar das décadas, bem como a diversidade de organizações hoje existentes.

Neste sentido, Zanella (2016, p. 259) leciona:

[...] o direito penal e o direito processual penal, durante décadas, preocuparam-se somente com a criminalidade comum, o que fez o fenômeno da criminalidade organizada ascender. Somente nos últimos vinte anos o legislador começou a abraçar alterações legislativas que elevaram a gama de instrumentos probatórios em relação a feitos envolvendo a criminalidade mais poderosa.

Assim, entende-se que as novas técnicas especiais de investigação (TEI) constituem métodos eficazes à disposição do Estado, para combater as atividades criminosas cometidas pelo crime organizado. Cumpre observar que as técnicas especiais de investigação estão em constante evolução, pois da mesma maneira em que as organizações do crime evoluem, as TEI, juntamente com a tecnologia, também se desenvolvem, facilitando o combate à criminalidade organizada.

Noutro giro, Marllon Sousa (2015, p. 127) expõe:

Contudo, deve-se sempre ter em mente que, por mais graves que sejam os crimes praticados, jamais deve o Estado, durante a persecução penal, se valer de meios abusivos na tentativa de elucidação de fatos e apuração de responsabilidades.

Maria Jamile José (2010, p. 129) descreve que quanto mais se criam medidas de combate ao crime organizado, com vistas à eficiência da persecução penal, mais os direitos individuais restam agredidos, e vice-versa.

A autora (2010, p. 129-130), ainda, leciona:

[...] as ditas medidas de combate ao crime organizado – via de regra, meios excepcionais de investigação de prova, tais como a infiltração de agente – são, em si, gravosas aos direitos fundamentais, e – pior – são incorporadas ao nosso ordenamento jurídico sem que haja uma preocupação por parte do legislador em regulamentá-las de modo a torná-las compatíveis com os direitos fundamentais.

Em contrapartida, seguindo o entendimento de Everton Zanella (2016, p. 259), ao contrário de considerável parcela da doutrina, entende-se que a infiltração pode ser uma medida muito importante para a produção da prova, sem desrespeitar nenhum direito ou garantia do investigado ou acusado.

Neste sentido, Marllon Sousa (2015, p. 128) expõe:

[...] para a admissibilidade de operações de infiltração policial e, por via de consequência, para a utilização válida das evidências colhidas, é preciso ter em mente um modelo que atenda não só aos interesses da persecução penal do Estado, como respeite o homem enquanto ser dotado de uma dignidade inafastável.

Naquilo, já dito, sobre a infiltração de agentes, resumidamente, entende-se que a infiltração será requisitada ao magistrado com um plano operacional, contendo todas as tarefas a serem realizadas pelo agente. O Juiz irá fixar os limites dos atos do infiltrado, os quais deverão ser estritamente apreciados pela autoridade policial, pelo infiltrado, e toda equipe de suporte, podendo ser responsabilizados pelos excessos praticados. O agente passará por uma rigorosa seleção e por um excelente treinamento, esquivando-se do cometimento de delitos, e somente poderá atingir direitos fundamentais dos investigados no limite da autorização do magistrado. Haverá uma equipe dando todo suporte externo ao infiltrado, sistematizado pela autoridade policial, e sob controle do Ministério Público, e, ainda, o magistrado poderá acompanhar a operação por meio dos relatórios que lhe serão entregues.

Cumprindo observar que, não só na infiltração de agentes como em outras técnicas especiais de investigação, o contraditório é postergado, no entanto, será exercido de forma plena, a partir da resposta à acusação,

salvaguardando as garantias e direitos processuais do acusado, tudo conforme o devido processo legal.

Noutro giro, Everton Zanella (2016, p. 260), em brilhante exposição, deixa claro sua repulsa quanto à adoção, num Estado Democrático de Direito, de limitações em abstrato de garantias em razão da qualidade do acusado. Expõe que este não é o caminho correto, pois para ele, o correto seria compatibilizar os interesses da sociedade – revelados num processo penal firme e eficiente na produção da prova e na busca da verdade – e as garantias e direitos constitucionais e legais, que tão somente podem renunciar quando em defrontação com outros direitos (bens jurídicos penais) que a eles se sobrepõem, casuisticamente, a partir da análise de proporcionalidade.

O autor profere críticas a algumas doutrinas que extrapolam na interpretação dos direitos e garantias do acusado, tendo em vista a colocação num patamar muito superior dos direitos e garantias da vítima.

Como já exposto, em outro momento, a infiltração de agentes pode ser realizada juntamente com outras técnicas especiais de investigação, sendo a medida mais adequada para reconstruir os fatos da maneira que realmente ocorreram. Pode-se dizer que a infiltração é o meio especial de produção de prova que leva ao juízo maior aproximação à verdade dos fatos.

Outra vez, Everton Zanella (2016, p. 261):

[...] a infiltração de agente é um mecanismo que pode ser apto a superar uma das maiores dificuldades em matéria probatória envolvendo crimes praticados em concurso necessário de pessoas (como o crime do art. 2º da Lei 12.850/2013), que é individualizar a participação dos seus autores.

Diante desse panorama, não há pessoa melhor, senão o policial infiltrado, em apontar e esclarecer qual a função de cada envolvido e quais atos foram praticados ou não, dentro da organização criminosa.

Por fim, esclarece que o instituto da infiltração de agentes, implementado no teor legal da Lei 12.850/13, é sim um meio eficaz, no combate ao crime organizado, não podendo dizer que este instituto interfere ou viola nos direitos e garantias processuais dos acusados.

6.15 Críticas ao Instituto do Agente Infiltrado

O nobre professor Everton Luiz Janella (2016, p. 250-253) expõe em sua brilhante obra, quatro críticas feitas por alguns doutrinadores.

A primeira, por Eugenio Pacelli, defende que o instituto da infiltração de agentes fere ao princípio da moralidade administrativa. Pacelli (2013, s/n), em sua obra intitulada *Atualizações ao curso de processo penal*, faz crítica aos mecanismos probatórios da Lei 12.850/2013, em um todo, por compreender como desmedidos os instrumentos probatórios. No que pese à infiltração de agentes, faz crítica ainda mais severa sobre a autorização judicial permitir que o agente policial possa praticar crimes, pois entende que o mecanismo fere o art. 37 da Constituição Federal.

Seguindo o mesmo entendimento Juarez Cirino dos Santos (2003, p. 224 apud Zanella 2016, p. 251) denota que por julgar inevitável a participação de agente do poder público em ações criminosas, o que contraria o princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para moderar a impunidade.

Contudo, o entendimento acima não deve prosperar, segundo lecionam Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues (2015, p. 394) expondo que a infiltração de agentes é medida a ser adotada em ultima ratio, e a periculosidade inerente a toda Organização Criminosa fundamenta o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos.

Conforme já exposto no presente trabalho, a própria Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada através do Decreto nº 5.015/2004, faz menção à infiltração de agentes em seu texto, bem como a própria Lei 12.850/2013. Assim, não há o que se falar em inconstitucionalidade, tendo em vista que a legislação nacional e a legislação estrangeira admitem o tema, desde que sejam respeitados os procedimentos necessários para aplicação dos mecanismos.

A segunda crítica é trazida por Antonio Magalhães Gomes Filho (1994, p. 1 apud Zanella 2016, p. 251), e diz respeito sobre o agente de polícia ser corrompido pela própria organização criminosa. Para Gomes Filho,

segundo expõe Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 559), devido à má remuneração atribuída aos agentes policiais, tais expedientes encerrariam um sério risco de atraírem para a criminalidade pessoas que, por sua ligação com as estruturas oficiais, teriam excepcionais condições para se integrarem às mesmas associações criminosas, incrementando suas atividades ilegais.

Esta crítica pode ser considerada relevante, tendo em vista que muitos órgãos policiais remuneram mal seus agentes. No entanto, conforme já debatido no decorrer do trabalho, para a infiltração policial não serão selecionados qualquer policial, mas sim aquele com as qualificações necessárias, e, ainda, após a seleção, os agentes passaram por rigoroso treinamento, além de tudo, o agente infiltrado será melhor remunerado devido à atividade desempenhada.

Uma terceira crítica é feita por Leonardo Sica (2013, p. 1-2), que considera o magistrado perderá sua imparcialidade no momento de julgar a causa, pois foi ele mesmo quem permitiu a infiltração contra o investigado e agora acusado.

O entendimento acima é descabido, o fato de o magistrado assentir, de forma cautelar, a infiltração do agente de polícia, como diligência investigativa na fase extrajudicial, não demonstra que ele é tendencioso ao processo. Segundo Everton Zanella (2016, p. 252), a regra geral do processo penal brasileiro é a de que o juiz que concede as diligências na fase investigativa é o mesmo que preside e julga a ação, dada sua prevenção (art. 83 do Código de Processo Penal), já que inexistente o “juiz das garantias”.

Ainda, cabe lembrar, que, segundo a Lei 12.850/13, o magistrado não poderá, de ofício, determinar a infiltração policial, necessitando do requerimento do Órgão Ministerial ou representação da autoridade policial depois de ouvido o MP.

Quanto à quarta crítica, segundo Everton Zanella (2016, p. 252):

[...] é a de que a ação de infiltração é embasada na dissimulação do agente infiltrado e no seu ato de enganar os membros da organização criminosa, de forma que os investigados atuam em erro quanto à qualidade de policial do agente, produzindo, involuntariamente, a prova para sua própria condenação, o que, por reflexo, violaria o *nemo tenetur se detegere*. Neste sentido, o posicionamento dos

doutrinadores portugueses Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves.

Em relação ao exposto, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 559) defende:

Como essas técnicas caracterizam-se pelo emprego do sigilo e da dissimulação, certamente serão tidas como mais agressivas contra os criminosos, porquanto trazem consigo maior restrição não apenas à liberdade de locomoção, mas também a outros direitos fundamentais. Isso, no entanto, não autoriza qualquer conclusão no sentido da sua inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque se trata de procedimento investigatório que demanda prévia autorização judicial. Segundo, porque sua utilização é medida de ultima ratio (Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º). Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal.

Assim, encontra-se respaldo legal, o ingresso simulado do policial dentro da organização criminosa, visto que a medida demanda autorização judicial. Ainda, sobre violar o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), não parece que o direito resguarde o criminoso que, de forma voluntária, dê informações ao infiltrado, mesmo não conhecendo sua real identidade. Conforme já exposto, em outra oportunidade, o policial infiltrado age no estrito cumprimento de seu dever legal, buscando provas e elementos que possam desvendar os crimes já cometidos e os que ainda decorrerão, desarticulando todo o grupo criminoso.

7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, o trabalho teve como objetivo demonstrar que a infiltração policial constitui importante e indispensável instrumento no combate aos atos delituosos praticados pelas organizações criminosas. O instituto se consolidou em uma reação por parte do Estado aos imensuráveis delitos praticados pela nova onda da criminalidade organizada, neste século XXI.

A criminalidade organizada é um fenômeno antigo e de múltiplas nacionalidades. Com a globalização, as organizações progrediram, ganhando novas estruturas, e passaram a gerar muitos problemas de grande complexidade para o Estado.

O crime organizado apresenta distintas características e variações, podendo a organização ser privada, empresarial, institucional (por agentes públicos) ou, ainda, organização mafiosa. As novas organizações possuem estruturas hierarquizadas, com ramificação de tarefas, com normas intrínsecas, algumas usam da violência em seus atos, todas voltadas ao enriquecimento ilícito, buscando sempre não deixar provas das atividades realizadas, ferindo toda uma sociedade.

Havia uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, as leis 9.034/95 e 12.694/12 não tinham um conceito legal e tipificação de organização criminosa. Somente com a vinda da Lei nº 12.850/13, que o legislador supriu as lacunas existentes, trazendo adequada definição de organização criminosa; dispôs, ainda, sobre investigação e ferramentas criminais, meios de obtenção de prova, e, sobretudo, tipificou a conduta criminosa.

Em análise aos instrumentos probatórios contidos no Código de Processo Penal brasileiro, restou demonstrado que não são produtivas na perquirição pela verdade real, em investigações e processos que envolver organizações criminosas. Viu-se, assim, a necessidade de adotar novos meios de investigação aptos à coleta de provas para a responsabilização dos autores de delitos cometidos pelas organizações criminosas.

Assim, com a promulgação da Lei nº 12.850/13, cuja pretensão é o combate ao crime organizado, passou a dispor, minuciosamente, sobre as técnicas especiais de investigação, dentre elas a infiltração de agentes.

A infiltração já havia sido tratada anteriormente pela Lei 9.034/95, mas não expunha nenhum procedimento a ser seguido, assim, diferentemente, a Lei nº 12.850/13 procurou tratar de maneira criteriosa sobre o instrumento de infiltração policial. A lei não tratou de todas as problemáticas que cercam o tema, no entanto, trouxe subsídios suficientes para que a infiltração policial possa ser adotada pelo Estado.

Cumprir observar, que o instituto da infiltração de agentes é muito pouco utilizado nos órgãos de polícia judiciária do Brasil, devido à falta de investimentos em preparos e treinamentos dos policiais. Não apenas a infiltração de agentes, mas também as outras técnicas especiais de investigação deveriam ser mais bem aproveitadas, devido à grande eficácia dos instrumentos em captar provas, em face dos membros pertencentes às organizações criminosas. É, assim, de extrema importância a aplicação dos instrumentos especiais de prova, principalmente a infiltração de agentes de polícia, visto os resultados positivos que o instrumento apresenta em outros países, como Estados Unidos da América, Alemanha etc.

A infiltração de agentes policiais compõe técnica especial de investigação, tem como característica a introdução, devidamente autorizada pelo magistrado responsável, de agentes de polícia, como se fizessem parte do grupo criminoso, tendo como escopo descobrir os integrantes do grupo e suas funções, além de levantar as atividades delitivas passadas, planos atuais, procurando sempre prevenir novos delitos, para ao fim dismantelar toda a organização criminosa.

A infiltração policial tem o condão de captar provas seguras para o desfecho do processo, tendo em vista que a infiltração policial poderá ser aplicada juntamente a outras técnicas de investigação, como a captação de sons e imagens, que levarão ao processo inúmeras provas, suscitando um conjunto probatório eficaz e completo.

Mesmo sendo instrumento invasivo, pois pode ferir certos direitos fundamentais do acusado, e, também, mesmo pelas incompletudes da Lei

12.850/13, não há o que falar em inconstitucionalidade do instrumento de infiltração. A proteção dos direitos do investigado deve, sim, ser resguardada, no entanto, isso não pode gerar obstáculo à investigação de grupos operacionais que agem estritamente dentro da lei.

Para a adequada aplicação da infiltração de agentes, basta serem aplicados e respeitados os procedimentos descritos na Lei do Crime Organizado, além do agente infiltrado atuar de acordo com as delimitações legais e judiciais, ciente da proporcionalidade, não podendo ultrapassar as barreiras impostas.

O órgão de polícia judiciária deverá selecionar o agente que tenha as características necessárias para a operação que irá realizar, devendo, ainda, o agente selecionado passar por treinamento intenso, pois a atividade de infiltração é um instrumento de difícil execução e necessita de agentes muito bem preparados. Alguns autores falam na necessidade de se criar centros de formação para agentes infiltrados, para um completo treinamento de capacitação.

O infiltrado bem preparado e instruído será peça fundamental para toda a operação, pois qualquer deslize poderá colocar em risco a própria vida, bem como invalidar todas as provas colhidas durante a infiltração. Ademais, é necessário que se tenha a cobertura de uma equipe, comandada pela autoridade policial e manejo pelos membros do Ministério Público, dispondo de todo suporte necessário para o infiltrado, aferindo maior qualidade e validade na captação de provas durante a operação.

A infiltração de agentes, como já exposto no presente trabalho, será aplicada em *ultima ratio*. Ou seja, caso nenhum outro meio probatório seja eficiente para combater a criminalidade organizada, após autorização judicial, aplica-se a infiltração policial, juntamente a outras técnicas de investigação.

Portanto, diante do alto índice de criminalidade cometida por organizações criminosas no Estado brasileiro, há a necessidade de neutralização a esses grupos criminosos, e as técnicas especiais de investigação, principalmente a infiltração de agentes, tornam-se um instrumento de prova necessário, visto ser um meio eficiente no combate à

criminalidade organizada, além de estarem legalmente em consonância com o devido processo legal e as garantias a ele iminentes.

BIBLIOGRAFIAS

ALMEIDA, Fernando Cezar Bourgoigne. **A infiltração de agentes e a ação controlada como formas de repressão ao crime organizado**. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

Disponível em: <

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp140352.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. In: CARLI, Carla Veríssimo de (ORG). Lavagem de dinheiro – prevenção e controle penal. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2011.

_____. **Técnicas especiais de investigação**. In: CARLI, Carla Veríssimo de (ORG). Lavagem de dinheiro – prevenção e controle penal. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BENTO, Ricardo Alves. **Agente infiltrado – busca pela legitimação constitucional**. In: (Coords.). GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro; CUNHA, Rogério Sanches. Limites constitucionais da investigação. São Paulo: RT, 2009.

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

BORGES, Paulo César Corrêa. **O crime organizado**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BOSNICH, Nádia Martins. **A responsabilidade penal do agente policial infiltrado em organização criminosa**. Frutal/MG: Editora Prospectiva, 2016. Disponível em: <<http://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/22.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 81.305-GO**, 1ªT. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 22/02/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.867-PA**, 2ªT. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/04/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 77.771-SP**, 5ªT, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 30/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no REsp 1198.354 -ES**, 5ªT. Rel. Min. Jorge Mussi; j. em 16/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC160.662-RJ**, 6ªT, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 04/09/2014.

BRETEL, Camila. **A disciplina da prova no processo penal argentino**. In: (Coords.) FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Provas no Processo penal – estudos comparados*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO, Alexis Couto de. **Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual**. (In: (Coords.). MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado – comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12.850/2013**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de processo penal** / Pedro Henrique Demercian, Jorge Assaf Maluly. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. / Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira, Gustavo dos Reis Gazzola. Curitiba: Juruá, 2014.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação premiada**. In: (Coords.). GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro; CUNHA, Rogério Sanches. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Leonardo Figueiras. **O garantismo no processo penal**, 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/50892/o-garantismo-no-processo-penal>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013** / Luiz Flávio Gomes, Marcelo Rodrigues da Silva. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/25160695/comentarios-a-lei-de-organizacao-criminosa---vicente-greco-filho---2014>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. **Manual de processo penal**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Tomo II. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/publico/Infiltracao_policial_Maria_Jamile_Jose.pdf> Acesso em: 23 set. 2016.

LEVORIN, Marco Polo. **Fenomenologia das associações ilícitas**. (In: (Coords.). MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime organizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Manual de processo penal:** volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual – Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Manuais de atuação criminal especializada: manual geral & Promotorias Especializadas / Ministério Público do Estado de São Paulo, Centro de Apoio Operacional Criminal. - São Paulo: Ministério Público do Estado, 2014.

Disponível em:

<http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=20092:manual-de-atuacao-criminal-especializada-vol-2&id=1601:manuais-de-atuacao&Itemid=132> Acesso em: 15 out. 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2º vol. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MASSON, Cleber. **Crime Organizado/** Cleber Masson, Vinícius Marçal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.** São Paulo: Atlas, 2009.

_____, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.** São Paulo: Atlas, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal.** 2º vol. – São Paulo: Atlas, 1998.

NETO, Francisco Tolentino. **Histórico do crime organizado.** (In: (Coords.). MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime organizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Organização criminosa** – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria crítica e práxis.** – 5ª ed., ver. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal.** 16. ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. – São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Curso de processo penal.** 17. ed. Comentários ao CPP – 5. ed. – Lei 12.850/13. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em: 10 jul. 2016.

ROCHA, Ana Brasil. **Medidas cautelares como meios de investigação e fontes de obtenção de provas.** (In: (Coords.). MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime organizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Flávio Pereira. **A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência.** In: (Coords.). GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro; CUNHA, Rogério Sanches. Limites constitucionais da investigação. São Paulo: RT, 2009.

SICA, Leonardo. **Infiltração de agentes: posição contrária.** Carta Forense, set. 2013. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-posicao-contraria/11949>. Acesso em: 04 dez.2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório.** São Paulo: Atlas, 2009.

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

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Código de Processo Penal comentado /** Marco Antonio Marques da Silva, Jayme Walmer de Freitas. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

TÁVORA, Nestor. **Curso de processo penal** / Rosmar Rodrigues Alencar. Salvador: JusPODIVM, 2012

TRENTIN, Jiska Sandri. **Crime organizado: ferramentas legais de combate – interceptação telefônica e ambiental – e suas deficiências.** (In: (Coords.). MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime organizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

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