

## A PROVA NA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Nayara Rogerio RODRIGUES<sup>1</sup>  
Wilton Boigues Corbalan TEBAR<sup>2</sup>

**RESUMO:** Propõe-se o presente trabalho a abordar uma breve incursão pelo tema das provas na organização criminosa. Para tanto, será necessário a definição de organização criminosa e os elementos desta modalidade de prova, para que seja melhor definido os resultados probatórios obtidos pelos agentes infiltrados e analisar a possibilidade de sua utilização como base para a condenação criminal daqueles que participam destas organizações.

**Palavras Chave:** Prova no Processo Penal. Infiltração Policial a Criminalidade Organizada. Teoria da árvore envenenada.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa expor os aspectos relevantes sobre a produção de provas por meio de infiltração policial nas organizações criminosas, a importância de tal meio usado para abolição dessas organizações criadas para prática de crimes, bem como na fase da persecução penal, no momento instrutório para a condenação de agentes dessas formações.

Começamos a elaborar os aspectos relevantes da prova no processo penal no nosso ordenamento jurídico, sua instrumentalidade como sendo de extrema importância, sua valoração e a veracidade no processo inquisitivo.

Ademais, trataremos também a infiltração policial como meio de prova na criminalidade organizada, sendo um meio expressamente legal no Código de

---

<sup>1</sup> Discente do 9º Termo B do Curso de Direito do CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO PRUDENTE.

<sup>2</sup> Advogado. Aluno Especial da Universidade do Largo do São Francisco da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo Professor de Civil e Processo Civil do CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Pós graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderpe/MS. Graduado em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Foi 1º (primeiro) colocado no concurso de estagiários da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente no ano de 2009. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: “**Brasil e os Tratados Internacionais: Alusão às regras de Direito Internacional e de Direito Interno**” no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2011. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: “**Análise Constitucional das Decisões Equívocas do Supremo Tribunal Federal acerca da Aplicação das Normas Introduzidas pelas Emendas Constitucionais 32/2001 e 42/2003**” no VIII Encontro de Iniciação Científica da Toledo de PP (2012).

Processo Penal Brasileiro, tendo a possibilidade mais ampla do que qualquer outro meio de investigação de provas existente em nosso sistema que, configuram meios de pesquisas ou de investigação, como prova muito mais ampla e eficaz, pondo a sociedade de que tal maneira é a mais apropriada para o desfazimento de tal organizações de atos criminosos.

E por fim, o princípio dos frutos da arvore envenenada nos expõe que através de uma prova ilícita é possível aderir como válida no processo penal, desde que, seja inevitável a descoberta de tal crime praticado, ou seja tendo a possibilidade de analisar a sua utilização como base para uma condenação.

A metodologia usada é a dialética onde terá várias discussões e contradições sobre a possibilidade do meio utilizado como garantia real sobre o meio empregado, para fazer produzir a verdade dos fatos.

## **2 ASPECTOS RELEVANTES DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A prova é instrumento essencial no processo penal, pois é através dela que o Ministério Público atestará a ocorrência do crime a que imputa a organização criminosa.

Todavia, esta prova deve estar em consonância com o ordenamento jurídico processual penal para ser utilizada como elemento de condenação.

Nos fornecendo conceito de prova temos as palavras de Antônio Carlos Lipinski

A palavra “prova” deriva do latim *proba*, aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa, dando a certeza de uma determinada prática ou ilícito. Constitui um dos princípios basilares do nosso Direito Processual Penal, a busca da verdade real e só é possível através da produção de provas, seguindo-se as normas prescritas em Lei. (2003, p. 30 a 32)

Pode-se, distinguir, diversos significados do termo “prova” no sentido processual com a mesma divisão empregada por Antônio Magalhães Gomes Filho:

Assim segundo o autor, a “demonstração” em sentido processual se ligaria a apresentação de dados de conhecimentos idôneos para admitir-se como verdadeiro um enunciado sobre um determinado fato. A “experimentação”, por sua vez, estaria relacionada, em sentido processual, a pesquisa que se faz, na fase processual de instrução probatória com o objetivo de recolher e analisar os elementos necessários para confirmar ou não as assertivas feitas sobre determinados fatos pelas partes ou pelo juiz. (1997, p. 41.)

O sistema acusatório adotado pelo Brasil possui muitas facetas, porém, quanto à prova, ele é bastante claro quando afirma que “o ônus da prova é de quem acusa”.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Nesta mesma linha de pensamento, vejamos as palavras de Antônio Carlos Lipinski

A inteligência do artigo 157 do Código de Processo Penal é ímpar, pois o juiz não é obrigado a decidir de acordo com os exames periciais, a não ser quando há neles a certeza demonstrada.

Art. 157- São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (2003, p. ..)

E para finalizar, a lei penal partiu de um princípio simples e que quase nada soluciona “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer” conforme seu artigo

156 do Código de Processo Penal, portanto para Helio Tornaghi o sentido do art. 156 deve ser esse:

Ressalvadas as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas aos fatos constitutivos da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. (1997, p. 30).

Pode-se dizer que a prova exerce desse modo, no processo judicial, a função de ser instrumento para a fundamentação racional da escolha, por parte do magistrado, de uma versão dos fatos que se possa definir como verdadeira. (2010, p. 61).

No âmbito processual a materialidade dos fatos é um conjunto de elementos objetivos que materializam ou caracterizam um crime, os quais, fixados, serão descritos em um laudo pericial.

O código de processo penal nos traduz no seu artigo 158, 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”.

Portanto, através da materialidade teremos a certeza de que os vestígios de uma determinada prática criminal serão captados por um técnico, o perito criminal, o qual relacionará todos os vestígios e indícios.

Se possível, fará a coleta de impressões digitais ou outras substâncias orgânicas, das quais se possa efetuar exame de DNA.

Para o início de uma ação penal, por parte do Ministério Público, há necessidade de elementos de convicção da autoria e de sua materialidade, chamada “Prova mínima”.

Para a autoria não se faz necessária prova plena, pois apenas indícios são o suficiente para o legislador, mas para a existência do crime, mister se faz a prova da materialidade. Enquanto, relativamente à existência do crime, o código exige prova, querendo significar prova cabal, no que se refere à autoria, ele se contenta com indícios, isto é, com meros sinais.

A matéria, sem sombra de dúvidas, só poderá ser demonstrada através de laudos periciais, não querendo isto dizer que, na falta, poderá ser provada por testemunhas (provas indiretas ou exames indiretos).

O objeto de prova pode ser entendido como os fatos que interessam à solução de um caso submetido à apreciação judicial. Nota-se que, conforme destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, a prova, no processo penal, não versa apenas sobre a realidade fática como tal: ela tem por objetivo reconstruir os fatos na medida em que eles constituam pressupostos para aplicação do direito. (2004, p. 316-317).

Assim, o objeto da prova, no processo penal, são os fatos interpretados de acordo com os tipos penais.

O autor ressalta ainda, que o que se apura no processo é a verdade ou falsidade de uma afirmação de um fato, e não do fato em si, uma vez que é impossível provar um acontecimento já passado e findo.

Portanto tem-se que no processo penal, a atividade probatória versa, fundamentalmente, sobre a imputação de um fato criminoso, ou seja, sobre a afirmação que faz a acusação a respeito da ocorrência de um fato tipificado pelo direito penal.

No entanto, as provas tem um ponto de origem tal qual os demais institutos do Direito Processual Penal. Origem, no Direito, é representada pela expressão fonte da prova.

A expressão fonte de prova refere-se às pessoas ou coisas das quais se obtém a prova (ou melhor, o elemento de prova). As fontes de prova podem ser pessoas (vitima, o acusado, testemunha ou peritos) caso em que podem ser chamadas de fontes pessoais; ou coisas (documentos, lato sensu), caso em que recebem o nome de fontes reais.

O termo meio de prova, por sua vez, refere-se aos instrumentos ou atividades por meio dos quais os elementos de prova são introduzidos e fixados no processo – são os canais de informação de que se serve o juiz para formar seu conhecimento.

Note-se que a distinção entre fonte e meio de prova é de fundamental importância, especialmente no âmbito do processo penal garantista, no qual é assegurado ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Antônio Magalhaes Gomes Filho:

“O acusado será, eventualmente, fonte de prova, na medida em que trazer voluntariamente elementos probatórios uteis à decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado meio de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa”. (2004, p. 308)

Por fim, os meios de pesquisa ou de investigação de prova dizem respeito a certos procedimentos regulados pela lei, com o objetivo de obter provas materiais. Não são eles, em si, fontes de conhecimento, mas servem para adquirir os elementos de prova.

Tais procedimentos são, em geral, extraprocessuais, geralmente desprovidos de contraditório, e podem ser realizados por outros funcionários ligados a administração da justiça – como por exemplo, policiais.

### **3 – A CRIMINALIDADE ORGANIZADA E A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO ELEMENTO DE PROVA**

As leis criadas no Brasil com intuito de tipificar e combater o crime organizado trouxeram ao nosso ordenamento uma vasta gama de inovações investigativas, com o objetivo de obter, com isso, elementos de prova contra a criminalidade organizada sendo esse elemento o agente infiltrado.

No Brasil, esse agente é sempre um policial, enquanto que em outros países, como se verá, pode ser também um funcionário público com funções administrativas, ou até mesmo um particular.

O agente infiltrado, então, se introduz em uma organização criminosa, ou seja, penetra suas estruturas organizacionais, assumindo a qualidade de seu integrante.

A sua integração a organização pode se dar em qualquer de seus níveis, sendo certo que quanto mais alto o nível que o agente alcançar, mais significativa serão as informações que pode obter.

A infiltração de agentes consiste em um método de investigação de prova por meio do qual um agente, mediante prévia autorização judicial, infiltra-se em uma organização criminosa simulando a condição de um integrante, com o objetivo de obter informações sobre seu funcionamento. (2010, p.71).

Nesse sentido, na visão de Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves, por sua vez define o infiltrado como o agente que:

Atue no sub o controle da polícia judiciária, que com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem para obter informações relativas as atividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo o(s) determinar a pratica de novos crimes. (2001, p. 37).

Os objetivos do agente, uma vez infiltrado na organização criminosa, concentram-se na identificação, neutralização, e destruição desta última bem como na obtenção de elementos de prova que pode vir a ser uteis em eventual persecução penal contra seus integrantes. (2010, p 74).

Dessa forma, a grande vantagem da infiltração policial consiste na possibilidade mais ampla do que qualquer outro meio de investigação de provas existente em nosso ordenamento jurídico jamais criou.

De contato direto e rotineiro entre os policiais e investigados, propiciando, dentre outros elementos, o aprendizado sobre a função desempenhada na estrutura do grupo e a identificação das fontes dos recursos aproveitados pela organização.

Ainda a razão pela qual a infiltração de agentes pode alcançar resultados mais aceitável do que os demais métodos de investigação de provas é

que o sucesso das organizações criminosas depende em enorme medida do segredo a importância do desenrolar de suas atividades e da identidade de seus membros.

O que enseja, inclusive, como vistos, grandes esforços por parte das referidas organizações no sentido de manter-se em sigilo, o que torna o acesso e a elementos informativos extremamente difícil, o agente infiltrado seria, assim, uma das formas mais eficazes de obter tais informações.

#### **4 – TEORIA E O PRINCIPIO DOS FRUTOS DA ARVORE ENVENENDA**

A doutrina dos frutos da árvore envenenada é uma metáfora legal que faz comunicar o vício da ilicitude da prova obtida com violação a regra de direito material a todas as demais provas produzidas a partir daquela.

Aqui tais provas são tidas como ilícitas por derivação, é o caso, por exemplo, da obtenção do local onde se encontra o produto do crime através da confissão do suspeito submetido à tortura ou realização de escutas telefônicas sem mandado judicial.

A lógica da terminologia é a de que se a fonte da evidência (ou a própria evidência), ou seja, a "árvore" estiver contaminada, então tudo que for coletado (os "frutos") estará contaminado também.

A teoria tem origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, com o objetivo de coibir as provas ilícitas por derivação, a corte passou a proibir as provas lícitas contaminadas por ilegalidade.

A prova ilícita por derivação consiste naquela prova que, à primeira vista parece ser lícita, porém, tem seu surgimento através de uma prova ilícita anterior, ou seja, prova contaminada (derivada) por um meio de ato ilícito ou ilegal de obtenção.

Concluindo a Suprema Corte que se admitido tal fato, admitir-se-ia então a utilização de atos ilegais para produção de provas, estimulando os órgãos policiais a descumprirem a 4ª Emenda Constitucional, decidindo então pela inadmissibilidade das provas ilícitas.

Porém este caso apenas dá início à "doutrina dos frutos da árvore envenenada", e é somente no ano de 1939, no caso *Nardone v. United States*, que pela primeira vez há referência expressa ao termo "*fruits of the poisonous tree*".

Portanto esta não é uma teoria absoluta, cabendo duas hipóteses de exceção para a admissibilidade das provas obtidas a partir de atos ilícitos, a primeira é "fonte independente".

Ocorre se a relação entre a ação ilegal e a prova obtida for muito tênue; e a segunda é "descoberta inevitável", ocorre quando a prova decorrente da ilícita pudesse ser inevitavelmente descoberta.

Por outro meio legal, já que um fato pode ser objeto de várias provas, sendo estas ainda independentes entre si.

Tendo em vista o estudo supra da terminologia da prova, é certo afirmar que as novas técnicas de investigação criadas pelas leis de combate ao crime organizado e, de maneira específica, a infiltração de agentes, objeto deste trabalho, configuram meios de pesquisa ou de investigação de prova.

De fato, a infiltração de agentes é um procedimento regulamentado por nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de obter elementos de prova; não sendo, no entanto, em si, fonte de conhecimento. Ainda, é um procedimento extraprocessual e desprovido de contraditório no momento em que se desenrola, sendo efetuada por policiais.

Corresponde, assim, plenamente, à definição estabelecida de meio de investigação de provas.

## **5 CONCLUSÃO**

Nota-se que a infiltração de agentes configura um meio de investigação ou de pesquisa de provas, visto que é um método regulamentado por nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de obter elementos de prova; não sendo, no entanto, em si, fonte de conhecimento.

Posto isso, deve-se atentar para o caráter de excepcionalidade da infiltração de agentes, a qual somente poderá ser empregada para a investigação de provas em situações que abarquem a delinquência organizada, não podendo, jamais, assumir a forma de um comportamento normal da investigação criminal.

É inadmissível a generalização do emprego do agente infiltrado como mero processo de facilitar as ações de investigação ou de prevenção criminais.

Assim sendo, cremos em suma importância que, ao mesmo tempo em que se busca o aperfeiçoamento do modelo repressivo penal, buscando compatibilizar as técnicas de investigação existentes, tais como a infiltração de agentes.

Com as garantias oferecidas por nossa Constituição da República, se procure criar um conjunto de medidas preventivas eficazes contra a criminalidade organizada.

Entendemos que esta pode ser a chave para que, enfim, se possa controlar esse tipo de delinquência tão resistente às formas de combates tradicionais, evitando-se um adoçamento precipitado dos direitos e garantias do acusado ou investigado.

Buscando-se, enfim, um equilíbrio entre garantismo e eficiência na repressão a esse tipo de delito.

Assim, considerando os diversos tipos de comportamento que o agente infiltrado pode ter em uma organização criminosa, é possível concluir que a prova somente poderá ser considerada ilícita nos casos nos quais o agente induz o sujeito provocado a cometer a infração penal, ou seja, quando o seduz enganosamente para o cometimento do delito.

A violação de direitos fundamentais nesse caso não constitui restrição legítima como antes assegurado, mas implica, sim, total esvaziamento do seu

conteúdo essencial, mostrando-se absolutamente desproporcional e igualmente intolerável qualquer aceitação.

Nos demais casos, a prova provocada é perfeitamente válida, já que não se verifica nenhum comportamento decisivo ou determinante do agente em relação à vontade do integrante ou dos integrantes do grupo criminoso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MAGALHAES FILHO, Antônio. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997

LIPINSKI, Antonio Carlos. **Crime organizado e a Prova Penal**. Editora Jaruá, 2003.

PEREIRA, Luiz Alberto Ferracine. **Da Prova Penal**. Editora Livraria de Direito, 1995.

JESUS, Damásio de; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente Infiltrado**: reflexos penais e processuais. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2005. Disponível em: [www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm).

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração Policial como meio de Investigação de Prova nos delitos relacionados a Organização Criminosa**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Doutrina dos frutos da árvore envenenada**. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Doutrina\\_dos\\_frutos\\_da\\_%C3%A1rvore\\_envenenada](http://pt.wikipedia.org/wiki/Doutrina_dos_frutos_da_%C3%A1rvore_envenenada). Acesso em 30.04.2015

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel Joao. GONÇALVES, Fernando. **O novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado**. Coimbra: Almedina, 2001.