

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

REUBER DE SOUZA

**LIMITES DA PRODUÇÃO DE PROVAS: A INFILTRAÇÃO POLICIAL EM
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.**

CARANGOLA

2017

REUBER DE SOUZA

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**LIMITES DA PRODUÇÃO DE PROVAS: A INFILTRAÇÃO POLICIAL EM
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Carangola, como
requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Processual Penal**

Orientador: Prof. Daniele Alves Ribeiro

CARANGOLA

2017



FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de conclusão de Curso intitulado: LIMITES DA PRODUÇÃO DE PROVAS: A INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. elaborada pela aluno **REUBER DE SOUZA** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola-MG, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Carangola, MG, ____ de _____ de 2017

Prof. Orientador:

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

A infiltração criminal trata-se de uma prática permitida no território nacional, no entanto, pouco explorada por ser duvidoso o seu controle estatal. Existem dúvidas sobre a efetividade e validade da infiltração de agentes policiais para obtenção de provas sobre organizações criminosas. Questiona-se na doutrina se a infiltração como meio de prova é benefício para o Ordenamento Jurídico, por auxiliar no desfecho dos grupos criminosos, e na apreensão de seus membros. Neste sentido, busca-se com o presente se alcançar um consenso sobre o assunto a fim de se atingir um país mais justo e equilibrado para os seus cidadãos. Pois concluir os limites de atuação do infiltrado na busca de provas contra a organização criminosa, tendo em vista que o agente policial na condição de infiltrado poderá vir a cometer ilícitos, uma vez que, estes serão essenciais para se ganhar a confiança dos membros da organização criminal, pode vir a verificar maior validade a este meio de prova, e conseqüentemente estará se protegendo ainda o texto constitucional, e as leis processuais penais.

Palavras-Chave: Infiltração Policial. Prova. Agentes Policiais

ABSTRACT

The criminal infiltration is a practice allowed in the national territory, however, little explored because it is doubtful the state control. There are doubts about the effectiveness and validity of the infiltration of police officers to obtain evidence on criminal organizations. It is questioned in the doctrine if the infiltration as a means of proof is a benefit for the Legal Order, to assist in the outcome of the criminal groups, and in the apprehension of its members. In this sense, we seek with the present to reach a consensus on the subject in order to achieve a fairer and more balanced country for its citizens. For to conclude the limits of performance of the infiltrator in the search for evidence against the criminal organization, given that the police officer as an infiltrator may commit crimes, since these will be essential to gain the trust of the members of the organization criminal law, may prove more valid to this means of proof, and consequently the constitutional text and criminal procedural laws will be protected.

Keywords: Police Infiltration. Proof. Police Officers

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 - DA INFILTRAÇÃO POLICIAL	9
1.1 Conceito.....	9
1.2 Previsões Legais	10
1.2.1 Lei 12.850/13 – Aspéctos Gerais	12
1.3 Requisitos necessários para autorização da infiltração policial	15
2 – DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO DE PROVA	17
2.1 Conceito e finalidade da prova	17
2.2 Dos princípios inerentes as provas no Processo Penal	18
2.3 Objetivos do uso da infiltração policial como meio de prova contra as organizações criminosas.....	22
2.4 Infiltração policial e provas ilícitas	24
3 - DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	28
3.1 Direitos e deveres de agentes infiltrados em Organizações Criminosas....	28
3.2 Da prática de crimes pelo agente infiltrado e o princípio da proporcionalidade	29
3.3 Controle Interno da Infiltração	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37

INTRDUÇÃO

O presente projeto de pesquisa abordará o tema da Infiltração de Policiais em Organizações Criminosas, diante dos limites de produção de provas, tendo em vista que o agente policial na condição de infiltrado poderá vir a cometer ilícitos, uma vez que, estes serão essenciais para se ganhar a confiança dos membros da organização criminal.

No que concerne à problemática sobre o tema da infiltração de agentes em organizações criminosas, onde estes em sua maioria, agindo sobre estrito cumprimento do dever legal, podem vir a praticar infrações penais, com o intuito de ganhar a confiança dos membros destas, se discute sobre a necessidade de se responsabilizar o agente pelos excessos cometidos, enquanto este se encontra infiltrado, cumprindo seu trabalho investigativo. Os delitos cometidos estariam amparados de legalidade quando estes fossem realizados respeitando, por exemplos, os princípios da proporcionalidade de atuação, legalidade das provas e excepcionalidade da medida.

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, é a mais atual legislação que trata sobre o tema, esta definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; alterou ainda o Código Penal e revogou a Lei nº. 9.034/95. A referida Lei tratou de forma mais detalhada a possibilidade de infiltração nas organizações criminosas, por partes de agentes de polícia, como meio efetivo de coleta de provas. A lei confere alguns benefícios para se facilitar a infiltração do agente, que só poderá ocorrer no caso do cometimento de alguns crimes específicos estipulados na Lei 12.850/13, não podendo ser usada em qualquer crime. Trata-se, portanto, de meio de prova extraordinário, que só pode e deve ser usado quando presente os requisitos legais, para a realização da infiltração.

A Lei 12.850/13, ainda traz em seu bojo a metodologia adequada que deve ser observada para a realização da infiltração de agentes de polícia nas organizações criminosas, além é claro de fazer previsão dos requisitos legais para que a infiltração se constitua como um meio de prova fundamentado na legalidade. Portanto, a lei disciplina as ações e os procedimentos que os

agentes envolvidos, devem se ater para que o material adquirido durante a operação não possa ser questionado.

No entanto, o crime organizado no Brasil, vem evoluindo e com isso ganhando a atenção dos legisladores e dos estudiosos do Direito Penal e Processual Penal, estes passaram a analisar a fundo os novos instrumentos de investigação das organizações criminosas, e as formas de se aplicar as novas medidas, com o objetivo precípuo de promover o desfecho dessas organizações e responsabilizar os envolvidos.

Após toda a regulamentação sobre como se deve desenvolver o procedimento da investigação das organizações criminosas e a infiltração dos agentes de polícia no crime organizado, ainda, se tem diversas críticas sobre o instrumento da infiltração no crime organizado. Os doutrinadores possuem forte resistência sobre a aplicação dessa medida, tendo em vista que, o agente infiltrado, corre sérios riscos, uma vez que, é clara a expectativa de que o mesmo acabará por cometer atos ilícitos e que estes não podem ser ignorados pelo sistema, sobre pena de se influenciar atos ilegais.

Neste sentido, é que se encontra a problemática a ser respondida no presente trabalho: Como valorar o limite de atuação do agente policial infiltrado, que presume-se, irá cometer ilicitudes para conseguir produzir as provas? E qual o modo desta prova apurada na investigação ter resguardo a validade legal, diante da prática de ato ilícito para sua coleta?

Assim o presente estudo tem por objetivo analisar o ingresso e utilização da infiltração policial em organizações criminosas no Brasil, no que diz respeito aos limites de atuação dos agentes policiais infiltrados, sem que estes possam ser responsabilizados pelos delitos que vieram a cometer para ganharem a confiança dos membros da organização, bem como, para manter sua sobrevivência.

Justifica-se pela necessidade e relevância do estudo do tema em tela, qual seja, a infiltração de Policiais em Organizações Criminosas, diante dos limites de produção de provas, tendo em vista que o agente policial na condição de infiltrado poderá vir a cometer ilícitos, uma vez que, estes serão essenciais para se ganhar a confiança dos membros da organização criminal.

A metodologia adota para esta monografia é a jurídico exploratória, que será realizada através de pesquisa a bibliográfica com a utilização de materiais doutrinários, a serem obtidos através de revistas jurídicas, artigos, legislação e jurisprudência.

Esta monografia será exposta em três capítulos uniformes, onde no primeiro se fará uma análise da infiltração policial e da Lei 12.850/13. No capítulo seguinte se fará um estudo da infiltração policial como meio de prova, e por fim e de extrema relevância será tratado o tema central do presente trabalho, A infiltração do agente nas organizações criminosas, e a sua responsabilização diante do cometimento de crimes.

1 DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

1.1 Conceito

Quando trata-se do conceito de infiltração policial, a doutrina é bem uniforme na definição. Em quase todos os termos encontrados se relata a inserção de um agente policial no meio do convívio de um grupo organizado para prática de crimes, tendo como objetivos colher provas relevantes e suficientes para acusação e condenação da organização.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, apresenta, entendimento da palavra infiltração:

A infiltração representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros. Tal como a infiltração de água, que segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida, o objetivo desse meio de captação de prova tem idêntico perfil. (NUCCI, 2015, p. 77)

Ainda sobre o tema o autor acrescenta:

O instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna. (NUCCI, 2015, p. 77)

Já segundo Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho a infiltração de agentes públicos em organizações criminosas consiste em uma técnica especial de investigação caracterizada pela introdução de um ou vários agentes de polícia ou da inteligência como se fossem membros da organização criminosa, desde que devidamente autorizados a tal fim, com o intuito de descobrir as ações delitivas passadas, prevenir as futuras e desmantelar toda a organização criminosa (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 277).

Assim diante dos conceitos expostos acima, chega-se a definição de agente infiltrado, como sendo “um membro do corpo policial que, para

desbaratar a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal.” (GRECO FILHO, 2014, p. 31)

Como visto, é certo que a doutrina não encontra divergências expressivas quanto ao conceito de infiltração policial. Resumindo, portanto, todas as definições em uma técnica de investigação especial, onde um agente policial se infiltra no seio de uma organização criminosa, por exemplo, com o claro objetivo de levantar provas suficientes para uma futura acusação e condenação dos criminosos. Podendo somente ser usada, quando autorizada judicialmente, e em determinados casos específicos em lei.

Superada a definição de infiltração policial, passa-se agora a uma breve análise das previsões legais existentes no Brasil, sobre a possibilidade do uso desta técnica como meio de prova.

1.2 Previsões Legais

A técnica investigativa de infiltração policial foi pela primeira vez regulada no Brasil em 1995, através da Lei 9.034, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. A referida foi mais tarde alterada pela Lei 10.210, de 11 de abril de 2001, a qual, em seu artigo 2º V, previa a possibilidade do uso da infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes mediante circunstanciada autorização judicial.

Vale ressaltar, que a Lei 10.210/01, veio após a promulgação da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo. A referida convenção ficou conhecida como o marco da regulamentação das chamadas novas técnicas investigativas, por fazer previsão de novos procedimentos de combate ao crime transnacional, devendo os países signatários e aderentes tomar as medidas internas necessárias a fim de colocar em prática suas disposições. (SOUSA, 2015, p. 34)

Tal como pode ser verificado pela leitura do artigo 20, “1”, da Convenção de Palermo, as operações de infiltração estão incluídas no rol de técnicas especiais de investigação:

Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as **operações de infiltração**, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. (grifo nosso) (BRASIL, 2004)

Assim, a infiltração policial, sendo um dos novos meios de combate ao crime organizado, passou a ser uma nova técnica de investigação, cabendo aos Estados-parte da Convenção de Palermo, regulamentar tal procedimento em âmbito interno.

“Tais técnicas especiais passaram a ser adotadas nas mais diversas formas de manifestação da criminalidade organizada, tais como: tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas etc”. (SOUSA, 2015, p. 35)

Posterior a Convenção de Palermo, o Brasil promulgou ainda mais duas leis, que fazem previsão do uso da técnica de infiltração policial, a primeira delas foi a Lei de nº. de 23 de agosto de 2006, atual Lei de Drogas, mais especificamente no art. 53, I:

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. (BRASIL, 2006)

E por fim, a mais recente autorização para o uso desta técnica de investigação é encontrada na Lei de nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; alterou ainda o Código Penal e revogou a Lei nº. 9.034/95.

Sendo esta última um dos objetos centrais do presente trabalho, para melhor compartimento do assunto, segue-se para tópico seguinte, onde se fará uma abordagem dos aspectos gerais da Lei de n. 12.850/13.

1.2.1 Lei 12.850/13 – Aspectos Gerais

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 inovou ao apresentar o conceito de organização criminosa, e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção das provas especiais, infrações penais correlatas e normas procedimentais, além de promover a revogação da Lei 9.034/95, que era extremamente criticada, por ser considerada um diploma desatualizado e incompleto.

Assim, antes de adentrarmos no estudo das inovações em sede procedimental trazidas pela referida lei, se faz relevante conceituar organização criminosa e crime organizado.

A própria Lei 12.850/13, logo em seu art. 1º, § 1º, apresenta definição para organização criminosa, Veja-se:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 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. (BRASIL, 2013)

A Lei ao apresentar tal definição excluiu as contravenções penais como um dos elementos necessários a configuração do crime organizado ao estipular a necessidade de infração penal com penas máximas superiores a quatro anos. O jogo do bicho por exemplo não se enquadraria nesta conceituação por se tratar de mera contravenção penal.

Verifica-se assim, portanto, a importância da conceituação de organização criminosa, tanto para fins acadêmicos como por se tratar de um

tipo penal que busca a punição das pessoas que praticam essa modalidade de associação.

Nucci (2015, p. 14-15), conceitua Organização Criminosa como sendo:

a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

Assim, verifica-se que a Lei e doutrina se coadunam em relação ao conceito de organização criminosa.

Assim, pode-se concluir que a organização criminosa é crime de natureza formal, bastando a associação de pessoas para sua consumação, não tendo necessidade de prática dos crimes que levaram a associação.

Tanto o é, que no caso de prática de infração penal para qual se associaram, os membros da organização devem responder pela prática constante do art. 2º da Lei 12.850/13, que é promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

Para que haja a configuração do crime de organização criminosa tem que se ter a divisão de tarefas entre seus membros, no entanto, a divisão não influenciará na classificação da autoria, sendo todos coautores da conduta criminosa, independente de posição hierárquica na estrutura da organização.

Percebe-se, assim, que a Lei teve por finalidade a definição de organização criminosa, e com isso determinar os tipos penais e ela correlatos além de prever a forma que deve ocorrer a investigação e colheita de provas.

No tocante aos aspectos processuais a Lei 12.850/13 permite a possibilidade de afastamento de servidor que público que se tenha indícios de participação em organização criminosas. Tal medida se faz eficiente no sentido de impedir qualquer prejuízo a investigação criminal.

Segundo Nucci, (2015, P. 32) o afastamento se trata de medida processual cautelar que visa o seu afastamento por conveniência da investigação ou da instrução processual:

Note-se que, havendo grave comprometimento à instrução (ameaça a testemunha, destruição de provas etc.), é caso de decretação da

prisão preventiva (art. 312, CPP). No mais, quase sempre, por questão de pura lógica, deve-se afastar o servidor do seu posto, quando detectado o seu envolvimento em organização criminosa, pois não teria sentido apurar a infração penal mantendo-o em plena atividade.

O mesmo foi previsto para a participação de policial, no artigo 2º, §7º, da Lei 12.850/13, que preceitua-se “se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

Já quanto aos meios de prova, a Lei da Organização Criminosa, apresenta no art. 3º, os seguintes:

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

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e 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. (BRASIL, 2013)

De todos os meios de provas acima elencados, a infiltração policial, prevista no inciso VII, se destaca para os objetivos apresentados no presente trabalho. Assim, uma vez ultrapassado o estudo da organização criminosa, que é a delimitação do espaço onde se dará a infiltração, relevante se faz, a análise dos requisitos necessários para a autorização dessa técnica de investigação.

1.3 Requisitos necessários para a autorização da infiltração policial

Os requisitos para que se possa autorizar a infiltração policial, podem ser detectados através da leitura do artigo 10, da Lei 12.850/13, que assim dispõe:

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 (BRASIL, 2013)

Portanto, para que haja a autorização para a infiltração, o agente deve ser policial, o mesmo deve estar em tarefa de investigação, deve-se haver uma autorização judicial motivada por indícios de materialidade, não se pode ser a *prima ratio*, deve respeitar o prazo de seis meses e deve ser confeccionado relatório circunstanciado ao final de cada período aprovado.

Primeiramente deve ser um agente policial, anteriormente, também era permitido pela Lei 9.034/95, a atuação de agentes de inteligência, com a Lei 12850/13 tal autorização foi revogada, sendo somente permitido a atuação de agentes policiais, sejam federais ou estaduais, nas infiltrações em organizações policiais

Deve haver a necessidade de estar no meio de uma tarefa investigativa, sobre o assunto, explica Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 78):

Necessidade de não se elaborar investigação informal, especialmente infiltrada. É fundamental a instauração de inquérito, em caráter sigiloso, para que se faça a infiltração. Para o início das atividades,

não há qualquer atuação do juiz; cabe ao delegado representar pela infiltração, já oferecendo a sua avaliação técnica acerca da diligência, isto é, o alcance, a viabilidade concreta, o nível do pessoal apto a empreendê-la, dentre outros fatores relevantes. Feita a representação da autoridade policial, ouve-se o Ministério Público (art. 10, § 1.º, da Lei 12.850/2013). É viável que o Parquet faça o requerimento, após a manifestação técnica do delegado – como exposta linhas acima –, ou elabore o seu requerimento, para, na sequência, colher a manifestação técnica referida. O importante é que o pleito de infiltração chegue às mãos do juiz devidamente instruído.

Desta forma, deve existir investigação prévia a infiltração policial, não podendo esta ser o ponto de partida de uma investigação, conforme já mencionado, não se pode a infiltração ser a *prima ratio* da persecução criminal. Trata-se portanto de ultima ratio, ou seja, quando não mais existirem meios idôneos para se colher provas contra a organização.

Outros dois motivos que demonstram a clara necessidade de já estar havendo uma investigação, é a imprescindibilidade de se ter indícios de materialidade, ou seja, deve ser comprovado através de provas mínimas a existência do crime de organização criminosa, ou ser demonstrado ainda os indícios de crimes praticados pela organização. A motivação da autorização judicial, que depende também da pré-existência de provas mínimas para sua autorização. “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.” (NUCCI, 2015, p. 78).

A lei só autorizou a infiltração por um período máximo de seis meses, podendo, a critério do juiz, ser estipulado prazo menor. No entanto, tal prazo pode ser prorrogado, não tendo a lei feito qualquer limitação sobre o número de prorrogações permitidas.

E por fim, se tem a necessidade de se elaborar um minucioso relatório no final de cada período autorizado, onde deve conter as minúcias da operação. Pois é esse relatório que servirá de embasamento para o juiz conceder a prorrogação da infiltração, além de dar conhecimento da atividade, que constrange claros direitos individuais, como o da intimidade.

Ultrapassado o estudo da infiltração policial se passa agora a uma análise da técnica como meio de prova.

2 DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO DE PROVA

2.1 Conceito e Finalidade

Sempre que se ocorre um fato delituoso, é dever do Estado apurar a ocorrência do fato e punir o agente que infringiu a norma penal prevista, no ordenamento jurídico, de acordo com o princípio da legalidade.

Para que se possa apurar a ocorrência delituosa, se tem que conhecer os fatos que levaram a prática do delito, ou seja, uma reconstrução histórica dos fatos ocorridos até a prática do delito será necessária, para se descobrir a verdade no ocorrido e aplicar as consequências que couber em face do que ficar demonstrado.

O meio que o magistrado possui para buscar a verdade dos fatos é a prova. O termo origina-se do latim, *probatio*, que significa ensaio, verificação, confirmação. Nucci (2016, p. 234) apresenta três sentidos para o termo prova, sendo eles: a) ato de provas: é o processo pelo qual se verifica a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, que demonstrem a verdade de um fato.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p. 376):

O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase de instrução processual, onde se utilizam os elementos disponíveis para descortinar a "verdade" de que se alega, na busca de um provimento judicial favorável. A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a **prova** é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua **finalidade**, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo. (grifo nosso)

Verifica-se, portanto, que a prova no contexto penal, são os meios pelos quais se fará a reconstrução do fato criminoso.

A função ou sentido da prova, portanto, é a busca da verdade dos fatos, e o convencimento do julgador. Possui, portanto, função persuasiva.

Segundo Oliveira, (2008, p. 281), o objetivo da prova é "a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo."

Cordero citado por Lopes Jr aponta uma palavra-chave: fé, pois o objetivo tanto da acusação como da defesa, é se fazerem acreditados de que tudo o que dizem tem valor. (CORDERO, *apud* LOPES JR. 2016, p. 265)

Segundo Taruffo, citada também por Lopes Jr, "além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para "fazer crer" que o processo penal determina a "verdade" dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda" (TARUFFO *apud* LOPES JR, 2016, p. 266).

Ainda sobre o assunto explica Nucci (2016, p. 234) que é:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, por meio do raciocínio, de que a *sua* noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um "juízo não verdadeiro".

Mesmo sabendo que reconstruir a verdadeira realidade histórica do fato delituoso é extremamente difícil, ou até mesmo improvável, não se pode renunciar a este compromisso do Estado. Mesmo que imperfeito, o processo penal deve construir uma verdade judicial.

Diante da função da prova de busca da verdade real, é que passa-se agora ao próximo tópico que abordará como tema a verdade real e a verdade processual.

2.2 Dos princípios inerentes as provas no Processo Penal

A prova produzida no processo penal, como já se viu, tem por finalidade reconstruir a realidade histórica fatos ocorridos na ocorrência do delito que ensejaram a ação penal, sendo ainda responsável pelo livre convencimento do juiz, no ato de condenar ou absolver o acusado.

Diante da finalidade da prova é que se faz necessário verificar alguns critérios ou princípios que servem para nortear a produção das provas, com o intuito de evitar qualquer tipo de violação de direitos das partes em litígio e muito menos o cometimento de injustiças.

Inicialmente convém estabelecer a definição de princípio. Canotilho (1993, p. 534) os define como sendo:

[...] normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de «tudo ou nada»; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fática ou jurídica.

Para este trabalho relevante é o estudo dos princípios relacionados com as provas.

Tourinho Filho (2009, p. 512-513) apresenta a oralidade, e a comunhão da prova com princípios que norteiam a produção de provas.

Capez (2006, p. 312), vai um pouco além elencando outros como o princípio da *autoresponsabilidade das partes*, da *audiência contraditória*, da *concentração*, o da *publicidade* e o princípio do *livre convencimento motivado*. Entendimento semelhante possui Nestor Távora e Rosmar Alencar, (2012, p. 400-401)

À vista do exposto, oportuno se faz o estudo dos mencionados princípios com o objetivo de compreender o propósito de suas aplicações na produção da prova.

No princípio da autoresponsabilidade das partes, deve se ter em mente que "as partes assumem as consequências de sua inação. A frustração ou o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução." (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 400)

Quanto a este princípio, Lima (2009, p. 352) acrescenta que este possui semelhança com o princípio do ônus da prova, tendo em vista que cabe a parte o encargo de demonstrar em juízo a prova ou ato que lhe interesse produzir, portanto, sendo o responsável também pelas consequências em relação a sua inércia, erro e negligência.

No princípio da audiência contraditória "toda prova produzida ser submetida ao crivo do contraditório com oportunidade de manifestação da parte contrária." (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 400)

Assim, considerando o presente princípio, é pacífico o entendimento de nulidade do processo quando uma das partes não tenha tido ciência e possibilidade de se manifestar sobre uma prova existente nos autos. (ARANHA, 1999, p. 32).

Ainda em contribuição ao princípio da audiência contraditória, Mossin (1996, p. 202) esclarece que “[...] Esta exigência decorre não só da isonomia que deve haver entre as partes na relação jurídico-processual, mas principalmente em defluência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que amparam todos os sujeitos do processo e são próprios do sistema acusatório [...]”.

No princípio da aquisição ou comunhão, a prova é de propriedade do processo, não podendo ser considerada uma das partes seu titular, mas sim um mero proponente, sendo, a prova, portanto, destinada a auxiliar no deslinde da causa, servindo desta forma a ambas as partes, bem como, ao interesse da justiça.

Ainda em contribuição ao princípio da comunhão, Távora e Alencar (2012, p. 401) esclarece que:

A prova não pertence à parte que a produziu e sim ao processo. 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.

Quanto ao princípio da oralidade, se tem a prevalência da palavra falada, que se resumem nos depoimentos, debates e alegações, além é claro do processo no Tribunal do júri que é predominantemente oral

Dessa forma, os depoimentos devem ser orais, não devendo serem substituídos por qualquer outro meio. Desse mesmo princípio decorrem os princípios da concentração, onde deve se buscar a centralização das provas em uma única audiência; e, o princípio da identidade física do juiz, onde determina que o juiz que preside a instrução deve ser o mesmo a julgar o processo

Pelo princípio da publicidade Capez (2006, p. 312) afirma que, uma vez que são públicos os atos judiciais, naturalmente, pública também é a produção de provas.

Desse modo a regra é a publicidade dos atos, no entanto, existem exceções onde o sigilo deve prevalecer, destaca-se o art. 792, §1º do CPP, onde declara que se da publicidade da audiência, da sessão ou ato processual, houver a possibilidade de resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá de ofício ou a requerimento da parte ou Ministério Público, determinar que o atos seja realizado a portas fechadas, ou seja, de modo sigiloso, outro exemplo é o que ocorre na interceptação telefônica, onde por previsão do art. 1º da Lei, de nº 9.296/1996, atenderá o segredo de justiça.

Por fim, se tem o princípio do livre convencimento do juiz, que "permite ao magistrado liberdade para decidir, desde que o faça de forma motivada" (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 401)

Previsto no art. 157 do CPP, o livre convencimento motivado veio sustentar a garantia de fundamentação das decisões judiciais, assim, não se tem limites ou regras para a valoração do magistrado, no entanto, a convicção do magistrado não pode ser formada sem sua fundamentação.

Na sequência, o segundo capítulo, denominado "*A reconstituição do crime no processo penal brasileiro*", se tratará exclusivamente da reconstituição do crime. Serão apresentados o conceito, previsão legal, e as características deste meio de prova.

2.3 Objetivos do uso da infiltração policial como meio de prova contra as organizações criminosas.

O Código de Processo Penal passou a vigorar no ano de 1940, podendo ser considerado relativamente velho e era, em sua redação original bem limitado no que dizia respeito aos meios de prova. Com o passar dos anos e o fenômeno da globalização que assolou a sociedade, modificando assim as relações sociais e incrementando a prática de crimes e surgindo ainda novos modelos de grupos criminosos como é o caso da já estudada Organização Criminosa.

Assim, o Direito Processual Penal passou a ter a necessidade de responder de forma mais efetiva à criminalidade emergente na sociedade, cada vez mais moderna. No entanto, a resposta deveria ser dentro dos preceitos mandamentais constitucionais vigentes no Estado brasileiro.

Assim a criminalidade não mais podia ser combatida através dos meios tradicionais, vendo o Estado a necessidade de se instrumentalizar como mecanismos mais eficientes no auxílio da investigação criminal, em especial contra o crime organizado, que tem proliferado tanto nacionalmente como mundialmente.

Renato Brasileiro de Lima sobre o enfrentamento do crime organizado aduz que:

Com o avanço da criminalidade organizada e a demonstração da insuficiência dos meios ordinários de obtenção de prova, era premente a adoção de técnicas especiais de investigação capazes de fazer frente à gravidade dos ilícitos perpetrados pelas organizações criminosas, até mesmo para se atingir a eficiência desejada de um Estado atuante. (LIMA, 2014, p. 496)

Nesse sentido, é que novos métodos de investigação e obtenção de provas foram sendo criados, buscando combater o crime organizado, muitas vezes, muito mais estruturado do que as organizações policiais.

Fernandes sobre o assunto aduz:

É essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõe, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo

a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúne para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas. Por isso, os Estados viram-se na contingência de criar formar especiais de descobrir as fontes de prova, de conservá-las e de permitir a produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas e colaboradores. (FERNANDES, 2009, p. 241)

Neste contexto, surge a nova Lei de Organizações Criminosas, apresentando inovações ao detalhar, conceituar e especificar o procedimento de instrumentos investigatórios especiais. Sendo a infiltração policial um deles.

Carmona Salgado, dispõe que a infiltração policial trata-se de:

um instrumento de investigação de que se valem os corpos de polícia de diferentes países, para os fins de lograr um maior grau de eficácia na luta contra a criminalidade e, consiste em que um agente policial, com identidade falsa, se integre na estrutura de uma organização delitiva, **para obter desde seu interior, provas suficientes que permitam fundamentar a condenação penal de seus membros, desarticulando, finalmente, se possível, a citada organização.** (SALGADO, 2003, p. 181-182) (Grifo nosso)

Sampaio (2011, P. 248-275), por sua vez, alega que tal técnica de investigação tem por “fim único permitir a busca de provas (tarefas de investigação) que possibilitem o Estado interromper e punir a atividade criminosa através de um processo penal de natureza condenatória.”

Assim, observando-se os conceitos já apresentados para a infiltração policial, percebe-se que os objetivos deste meio de prova se resumem na identificação, neutralização e o desmantelamento da organização criminal.

Flávio Pereira afirma, que o escopo primordial da infiltração seria obter provas suficientes da prática de crimes para com isso conseguir proceder à prisão de seus membros. (PEREIRA, 2008).

Segundo Rafael Pacheco, a infiltração pode alcançar tais objetivos uma vez que:

Infiltrado e frequentando o mesmo ambiente da organização criminosa, os agentes são capazes de presenciar, em primeiro plano, discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso. Essas discussões frequentes relatam crimes consumados ou resultam no planejamento e cometimento de novos crimes. É aqui que se espera estar o agente infiltrado, posto a observar o

desenvolvimento dos fatos de forma sempre adequada aos fins da persecução penal provendo abundante informação sobre o esquema e funcionamento da organização. (PACHECO,2007 p. 109)

Assim, grande vantagem pode ser observada no uso da técnica da infiltração policial, por colocar o agente em contato direto com os membros da organização, possibilitando com isso melhor instrução da estrutura do grupo criminoso.

Mendroni, sobre as vantagens da infiltração pontua:

As vantagens que podem advir desse mecanismos processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem advir desse mecanismos processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, modus operandi, nomes – principalmente das ‘cabeças’ da organização, nomes de ‘testa-de-ferro’, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro. (MENDRONI, 2008, p.54)

Portanto, considerando todo o exposto entende-se que a infiltração policial consiste em eficiente meio de prova, uma vez que, acrescenta e, muito, em matéria probatória na investigação permitindo em muitos casos o fim da organização e a prisão de seus membros.

2.4 Infiltração policial e provas ilícitas

Inicialmente, quando o assunto é provas ilícitas, imprescindível citar o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

O referido dispositivo constitucional citado deve ser sempre analisado em consonância com o art. 157, do CPP, que trata dos regramentos sobre a licitude da prova.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei no 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei no 11.690, de 2008)

§ 2º 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. (Incluído pela Lei no 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei no 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941)

Dessa forma, a Constituição e o Código de Processo Penal proíbem no processo criminal, provas colhidas por meios ilícitos. São exemplos de provas ilícitas, o uso de tortura para se obter a confissão, ou, ainda, a violação de domicílio para realizar a apreensão de documento ou uso de interceptação telefônica para se captar uma conversa.

A garantia constitucional da proibição das provas ilícitas, assim consideradas as que foram colhidas também por meios ilícitos, foi primeiramente consagrada na doutrina norte-americana, ficando conhecida como a teoria do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada). Segundo tal teoria, a prova ilícita, e todas as demais que dela se originam não devem ser usadas como base pelo julgador, na hora de formar sua convicção, ou seja, de uma árvore podre só pode se esperar frutos podres. Dessa forma, mesmo que a prova seja lícita, sendo esta produzida a partir de um fato ilícito, deve também ser considerada como uma prova ilícita por derivação.

Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p.257), sobre o assunto dissertou que:

na falta de regulamentação específica, vigora em nosso ordenamento jurídico a regra do direito americano revelada pela expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que implica nulidade das provas subsequentes obtidas com fundamento na original ilícita.

Dessa forma, as provas com origem em outras provas ilícitas também não podem ser usadas para a formação do convencimento do magistrado.

Dessa forma, as provas com origem em outras provas ilícitas também não podem ser usadas para a formação do convencimento do magistrado.

Apesar de ser regra no ordenamento jurídico a proibição das provas ilícitas, verifica-se casos excepcionais nos quais as provas poderão ser aceitas no processo penal, através do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que tem por objetivo alcançar o equilíbrio entre o processo e a

necessidade da prova, mesmo que ilícita ou ilegítima, e nesses casos ela pode não ser afastada do processo.

O grande questionamento é se em alguns casos, a prova obtida de forma ilícita pode ser admitida, aceitando-se assim o sacrifício de direitos individuais para a realização da justiça penal. O que acontece no caso das provas colhidas por meio da infiltração policial.

Marlon Sousa (2015, p.105) sobre o tema expõe:

Inicialmente, como regra, entende-se que se o agente cumprir estritamente todas as disposições quanto à execução da medida de infiltração policial, dificilmente haverá qualquer prova cuja nulidade será reconhecida posteriormente pelo juízo

Entende o autor ainda, que se o agente policial for coordenado por superiores em cada passo da colheita das provas, o agente estará desempenhando legalmente seu trabalho, no entanto, será ilícita a infiltração policial que se der sem autorização judicial, e os atos cometidos pelo agente devem ser considerados como crime, devendo nestes casos responsabilizados pela infiltração ilegal. (SOUSA,2015, p. 105)

No entanto, entende-se que mesmo se a infiltração policial tiver sido autorizada, porém sua execução se dê de forma indevida, deve ser declarada sua nulidade, sendo aplicado ao caso a teoria da árvore dos frutos proibidos. “Aqui, a ilicitude da execução da medida contaminará todos os atos que dela sejam derivados, não podendo fazer parte do processo, muito menos servir de fundamento para eventual prolação de sentença penal condenatória.” (SOUSA, 2015, p.105)

Desta forma, as provas colhida por agente infiltrado para serem consideradas válidas basta seguirem todos os mandamentos legais, tendo em vista, se tratar de um procedimento de investigação previsto na legislação para ser realizado por agente policial especializado.

Marlon afirma ainda que:

Portanto, caso o agente infiltrado colete alguma prova em desacordo com a medida, seja desvirtuando o cumprimento das ordens recebidas, seja extrapolando os limites da autorização judicial, ou mesmo com excesso ou abuso de poder, esta evidência deverá ser

declarada nula e sua admissão vedada no processo, salvo se puder ser purificada pela aplicação das teorias citadas acima (SOUSA, 2015, p. 106)

Assim conclui-se que, mesmo invadindo a esfera íntima de outrem, ofendendo assim o direito à intimidade do acusado, a infiltração deve ser considerada válida desde que não ultrapasse os limites autorizados por juiz competente.

3. DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

3.1 Direitos e deveres de agentes infiltrados em Organizações Criminosas

A Lei 12.850/13, estabelece em seu artigo 14, quais são os direitos do agente infiltrado, veja-se:

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. (BRASIL, 2013)

No primeiro inciso, a lei prevê a possibilidade de o agente se recusar a aceitar a incumbência de se infiltrar em benefício de investigação criminal, ou ainda, de fazer cessar a mesma. Trata-se de tema polêmico, por se tratar de desobediência de uma ordem superior. No entanto, a previsão deste direito visa garantir o bem estar e a vida do agente, uma vez que a técnica de investigação pode colocar o agente em sérios riscos pessoais. Assim a lei permite ao próprio agente realizar seu próprio juízo de valoração a respeito do risco que está disposto a correr pelo bem social, na solução do crime.

Sobre o assunto esclarece Sousa (2015, p. 124):

Contudo, no momento em que há a recusa a fazer parte do programa de infiltração certamente surgirá mal-estar interno quanto ao agente que não aceitou participar da operação. 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.

Quanto à possibilidade de o policial cessar a infiltração, por sua conta, se tem questão pacífica.

Existindo o risco iminente de descoberta da identidade do agente infiltrado, ou ainda, o risco de o agente vir a ter que praticar delitos, e este

entender que desses fatos sua vida corre perigo, ou até mesmo, de parentes ou entes queridos, a cessação se faz plenamente justificada, bastando somente o relato da situação em termo circunstanciado, informando as razões que deram azo à suspensão/cessão da operação.

Já no inciso II, se tem a previsão da faculdade do agente alterar sua real identidade, passando esta ser de conhecimento exclusivo das autoridades policiais. No entanto, somente deve ser autorizada a alteração caso fique comprovado que a segurança pessoal do agente se encontra comprometida.

No inciso III, se faz previsão ao direito de ser resguardado o sigilo quanto à infiltração do agente durante toda a persecução criminal, cabendo somente a juiz competente quebrar o mesmo.

Sobre o assunto Sousa (2015, p. 126) relata:

Neste ponto, não se apresenta útil a quebra do sigilo da identidade do infiltrado, posto que a decisão judicial nesse sentido causara grandes dificuldades para a reutilização do agente em outras operações de infiltração policial. Portanto, o melhor seria, caso seja necessário o comparecimento pessoal do infiltrado para prestar depoimentos, que as declarações sejam colhidas por meio audiovisual, sem a identificação do policial, bem como que a assinatura seja colhida a rogo, por certidão do escrivão do juízo, cujos atos possuam fé pública.

Por fim o inciso IV, faz previsão ao direito a inviolabilidade da imagem do agente, e a mesma se justifica nos mesmos critérios dos demais incisos, qual seja, manter a segurança pessoal do agente.

3.2 Da prática de crimes pelo agente infiltrado e sua responsabilização penal sobre a análise do princípio da proporcionalidade.

É praticamente impossível se ter um agente infiltrado em uma organização criminosa e este não vir a cometer algum tipo penal com o intuito de manter sua identidade e segurança resguardados. No entanto, existem posicionamentos contrários a essa afirmação, como é o caso de Rafael Pacheco, que aduz:

Levando-se em conta que a maioria das organizações criminais está em situação pré-mafiosa, empresarial, torna-se factível integra-se em sua estrutura sem o cometimento obrigatório de crimes. O cometimento de crime como prova de fidelidade, em regra são praticados por organizações criminosas do tipo tradicional, mafiosas ou por aqueles grupos de extrema violência. Portanto, sem sempre será necessário praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma das suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir (PACHECO, 2007, p. 126)

No entanto, a existem aqueles que entendem ser imprescindível a prática de crimes para que o infiltrado possa integrar plenamente a organização criminosa e com isso ganhar cada vez mais a confiança dos seus membros.

Havendo a prática do crime por parte do agente infiltrado se questiona como valorar o limite de atuação do agente policial infiltrado, que presume-se, irá cometer ilicitudes para conseguir produzir as provas.

A Lei 12.850/2013 estabelece em seu art. 13, que o agente infiltrado deve ser responsabilizado criminalmente pelos seus excessos, ou seja, quando não agir com a adequada proporcionalidade e com o único objetivo de investigar.

Ocorre que as organizações criminais tem se expandido fortemente, e com isso aumentando circunstancialmente o índice de criminalidade organizada do país, o que exige do Estado respostas mais agressivas contra os crimes organizados.

Nesse sentido se expressa ainda Cunha e Pinto:

[...] De se lembrar, ainda, que a ferocidade com que são praticados os crimes através de organização, o grau de suas ramificações e a periculosidade dos agentes nele envolvidos, reclamam do Estado uma resposta mais enérgica, a ser concretizada com certa restrição a direitos constitucionalmente assegurados, mas sempre mediante uma ordem judicial. (CUNHA; PINTO, 2014)

Dessa forma para se atingir o âmago da organização criminosa e com isso obter provas suficientes que auxiliem no desfecho da mesma o agente infiltrado, vai com certeza, praticar delitos para manter seu disfarce e até mesmo assegurar sua segurança física, diante das crueldades que permeiam o mundo do crime organizado, tendo sempre o objetivo de se colher o maior

número de provas possíveis para se responsabilizar os praticantes de tais crimes.

É nesse sentido que diversos autores defendem a possibilidade do agente policial infiltrado, poder praticar os respectivos crimes referentes às atividades que a organização criminosa exerce, sob o risco de se comprometer a investigação policial, e novamente a sua sobrevivência. Dessa forma, é que diversos autores, sustentam que, nos casos do agente infiltrado cometer ações graves para o convencimento dos membros da organização criminosa, se pode incidir sobre suas ações, duas possibilidades, quais sejam, a incidência de uma causa de exclusão da culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa, ou ainda, a exclusão da ilicitude, diante do estrito cumprimento do dever legal.

Nesse sentido se expressa Flávio Cardoso Pereira:

Se o agente vier a praticar durante a operação encoberta algum delito relacionado com sua missão, desde que analisada a conduta à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é de se reconhecer a incidência da causa de exclusão de antijuridicidade consistente no exercício de estrito cumprimento legal. (PEREIRA, 2008)

Ocorre que, em alguns casos, o risco de morte do agente é real, caso venha ser descoberto, então questiona-se, se até nestes casos, o agente deve agir com proporcionalidade, quando se sabe que os atos ilegais praticados por essas organizações criminosas não tem nada de proporcionais.

Assim, sobre a análise da proporcionalidade da conduta delituosa por parte do agente, ensina Greco Filho (2014, p.33), que deve ser levado “em conta as circunstâncias em que se encontra o agente.”

O autor observa ainda que:

Não pode ser milimétrica ou destituída de uma visão do contexto de tomada de decisão do agente, pode colocar em risco sua vida se não agir na conformidade com os padrões da organização. A situação deve ser interpretada sempre de um ponto de vista favorável ao agente que se arrisca além do usual em seu dever funcional, sob pena de se inviabilizar a aceitação de quem quer que seja para o exercício dessa função. Aliás, o termo “proporcionalidade” está mal empregado. Deve ser entendido como “desnecessidade”. Serão punidos os excessos, considerando-se como tais os atos desnecessários à finalidade da investigação. A proporcionalidade

exige uma comparação, que é impossível no caso, porque a finalidade da investigação não é parâmetro para o tipo de atos a serem praticados. O que se pode examinar é se o ato era necessário, ou não, para o sucesso da investigação e se era exigível conduta diversa como refere o parágrafo. Se era necessário e inexigível conduta diversa, não há excesso a considerar. (GRECO FILHO, 2014, p. 33)

Assim os atos criminosos praticados pelo agente durante a infiltração, não devem ser punível se não exigível conduta diversa. Não vem ao caso aqui discutir se se trata de falta de tipicidade, de exclusão ou ainda de antijuridicidade ou de reprovabilidade. Existem no entanto quem adote uma teoria mais abrangente dos elementos do crime, e neste caso falta a tipicidade substancial para a configuração do crime, ainda que se tenha adotado como critério a inexigibilidade de conduta diversa como critério de exclusão.

A questão, porém, se faz um pouco mais complexa, uma vez que, existem quatro espécies de fatos definidos como crime que podem estar envolvidos com a infiltração:

a) O próprio crime de organização criminosa, uma vez que, o agente infiltrado passa a fazer parte da organização. E dentro desta espécie alerta Cunha e Pinto:

[...] se trata de procedimento cuja legitimidade ética e jurídica é cada vez mais contestada em sociedade mais avançadas, como a alemã e a norte-americana, pois é incompatível com a reputação e dignidade da Justiça Penal que seus agentes se prestem a envolver-se com as mesmas práticas delituosas que se propõem a combater; e mesmo as eventuais provas resultantes dessas operações terão sido conseguidas através de instigação, simulação ou outros meios enganosos, e portanto de duvidosa validade. De outro lado, não constitui heresia supor que, entre nós, sobretudo pela notória má remuneração atribuída aos agentes policiais, tais expedientes encerrariam um sério risco de atraírem para criminalidade pessoas que, por sua ligação com as estruturas oficiais, teriam excepcionais condições para se integrarem às mesmas associações criminosas, incrementando suas atividades ilegais. (CUNHA; PINTO, 2014, p. 111)

b) Os crimes da natureza dos delitos da finalidade da organização de que o agente participa.

c) Os crimes que o agente pratica ou deles participa enquanto crimes-meio para a manutenção da organização, como o constrangimento ilegal, a lesão corporal, a corrupção, o porte ilegal de armas etc.

d) E os crimes que terceiros praticam para apoio à infiltração, como, por exemplo, a falsificação de documentos de identidade, o fornecimento de armas e tantos outros que somente a realidade de caso poderá revelar.

A todos eles se aplicam a regra da impunibilidade se necessários ao sucesso da operação. Na descrição da operação e na análise técnica a ser submetida ao juiz para autorização já pode haver menção de alguns deles, de modo que está gerada a presunção de sua legalidade. A prática da operação, porém, pode gerar situações imprevisíveis cuja análise será feita a posteriori, mantendo-se a advertência acima feita de que a interpretação deve levar em consideração a necessidade, a inexigibilidade de conduta diversa e a pressão das circunstâncias de risco em que se encontra o agente.

3.3 Controle interno da infiltração

Após o estudo da responsabilização do agente infiltrado em organizações criminosas, se volta a atenção deste estudo para um aspecto, brevemente tratado pela Lei no 12.850/2013, qual seja, o controle interno da infiltração.

O art. 10, § 5º, da referida norma, faz breve previsão sobre o controle das autoridades em relação a infiltração durante sua ocorrência, ao dispor que, no curso do inquérito policial, o delegado poderá requisitar, quando entender necessário, a produção de relatório da atividade de infiltração por parte do agente, sendo também facultado o mesmo ao Ministério Público o requerimento de relatório detalhando sobre o andamento das investigações.

Sobre o assunto Sousa (2015, P. 96) assevera:

Está-se aqui, na realidade, diante de um arremedo de controle interno da operação de infiltração policial. Isso porque a infiltração policial em organizações criminosas deveria ser monitorada em tempo integral pela equipe responsável por dar o suporte necessário ao agente infiltrado, sendo obrigação do policial fornecer relatório, o mais brevemente possível, sobre as atividades investigadas.

Além do mais o delegado em conjunto com o Ministério Público precisam se manterem informados sobre o andamento da infiltração, para que possam decidir se é viável prosseguir com a operação de infiltração ou ainda

requisitar novas medidas judiciais que se fizerem necessárias ao sucesso da investigação.

Sousa sugere que, embora não esteja previsto na lei, o controle interno da atividade de infiltração deve ser realizado se possível diariamente ou em intervalos curtos de tempo, sendo de responsabilidade do infiltrado, fornecer relatório de suas investigações, em períodos não superiores a 15 (quinze) dias, para que com isso receba as orientações necessárias ao prosseguimento das operações. (SOUSA, 2015, p. 97)

Acredita-se que um controle mais efetivo possa vir a evitar ou ao menos reduzir as chances de agente infiltrado praticar atos criminosos no curso da infiltração. Sendo assim de extrema importância que esse controle interno seja efetivamente executado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os apontamentos e considerações constantes do presente trabalho bem demonstram que a infiltração policial surgiu como um meio de instrumentalizar o processo penal, a fim de que a investigação seja apta à coleta das provas necessárias à responsabilização dos autores dos crimes cometidos pelas organizações criminosas.

A infiltração policial em investigações criminais trata-se de uma medida extraordinária, como bem prevê a lei 12.850/13. Uma técnica especial de investigação, na qual está autorizada a introdução, de um ou vários agentes de polícia ou de inteligência no meio da organização, agindo como se membros da organização criminosa fossem, com escopo de se desvendar a materialidade e autorias dos crimes, além, é claro, de prevenir futuros delitos e dismantelar organização criminosa.

O problema da infiltração de agentes em organizações criminosas, é que estes geralmente estariam agindo sobre estrito cumprimento do dever legal, podendo a vir a praticar infrações penais, com o intuito de ganhar a confiança dos membros da organização criminosa, daí as discussões sobre a necessidade de se responsabilizar o agente pelos excessos cometidos, enquanto este se encontra infiltrado, cumprindo seu trabalho investigativo.

Ocorre que o agente policial infiltrado agindo no exercício legal do dever, não há de ser punido no todo, diante do cometimento de delitos devido à infiltração como meio de investigação. Devendo, dessa forma, ser excluída a culpabilidade do agente por inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que, apesar de o agente policial praticar um fato típico e ilícito, não se pode considerar punível, quando as circunstâncias do caso não lhe deram outra alternativa de agir, principalmente quando se considera o risco de morte que o agente corre ao se infiltrar no crime organizado.

No entanto, o agente policial infiltrado deverá agir sob a observância do princípio da proporcionalidade. O ato ilícito praticado quando da infiltração, não pode ser em excesso, e, sempre que possível, deve o agente optar, por meios legais para se alcançar a confiança e credibilidade dos membros da organização criminosa. No caso do agente, que pratica ato ilícito, quando tinha

como opção meio legal de proceder, deve responder pelo ato ilegal praticado, bem como, pelos excessos.

Ressalta-se ainda a possibilidade de o agente, agindo de má-fé aproveitar de sua condição de infiltrado na organização e cometer atos criminosos com o único objetivo de se obter lucros ou qualquer outra vantagem. Este também deverá arcar com os atos praticados, respondendo judicialmente pelos mesmos, bem como perante a corregedoria de polícia.

Por fim, observa-se que falta um controle mais efetivo para se tentar evitar ou ao menos reduzir as chances de agente infiltrado praticar atos criminosos no curso da infiltração. Sendo de extrema importância, portanto, que esse controle interno seja efetivamente executado tanto por delegado quanto pelo Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, - Diário Oficial da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm Acesso em: 14 nov. 2017

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 2 out. 2017

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 25 out. 2017

BRASIL. **Lei nº 10.210, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos das Leis nos 9.082, de 25 de julho de 1995, 9.293, de 15 de julho de 1996, 9.473, de 22 de julho de 1997, 9.692, de 27 de julho de 1998, 9.811, de 28 de julho de 1999, e 9.995, de 25 de julho de 2000, que dispõem sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária para os exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001, respectivamente. Diário Oficial da União. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10210.htm Acesso em: 8 set. 2017

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689

Compilado.htm> Acesso em 10 nov. 2017

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina: Coimbra. 1993

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013**. 2. ed. Salvador: Jus Podivim. 2014

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

GERCO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. São Paulo, Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único. Salvador: Jus Podvim, 2014.

LOPES JR., Lopes. **Direito Processual Penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação policial**. 2. ed. revista e aumentada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1996

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, **Organização Criminosa**. 2 ed. Ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

PACHECO, Denílson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Meios extraordinários de investigação criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1777, 13 maio 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11258>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

SAMPAIO, Alexandre Buck Medrado. **Investigação de organizações criminosas sob a ótica do juiz de garantias**. In: PACHELLI, Eugênio (Coord.). Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2011

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; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. Salvador, BA: JusPodivm. 2012

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva: 2009.