

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GABRIELA ANDRADE GIARDINI

**OS MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO NA LEI DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SUA RELAÇÃO COM O GARANTISMO NO
PROCESSO PENAL**

SÃO PAULO

2021

GABRIELA GIARDINI

OS MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO NA LEI DE ORGANIZAÇÃO
CRIMINOSA E SUA RELAÇÃO COM O GARANTISMO NO PROCESSO PENAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADORA: MARIÂNGELA LOPES TOMÉ

SÃO PAULO

2021

GABRIELA GIARDINI

OS MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO NA LEI DE ORGANIZAÇÃO
CRIMINOSA E SUA RELAÇÃO COM O GARANTISMO NO PROCESSO PENAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer minha família, por sempre me apoiarem. Agradeço, à Universidade Presbiteriana Mackenzie, uma ótima instituição que me ensinou muito.

Agradeço aos meus meninos da faculdade João, Natã, Vitor e Rafa, que me proporcionaram uma amizade verdadeira. Assim também, agradeço as meninas Gabi Tavares, Malu, Carol, Ana Lu, Gi e Ana Laura, que são amigas e pessoas incríveis.

À minha orientadora Mariângela Lopes, por me orientar da melhor maneira e insistir até o último momento para que eu pudesse fazer o meu melhor. Agradeço também minha psicóloga Jamille, por confiar em mim.

Agradeço à minha melhor amiga Andreza, por simplesmente ser a melhor e ao meu amigo Guilherme Orikassa, por ser meu companheiro e amigo e a Bianca Muniz, por sua amizade sincera.

Por último, agradeço ao Lucas, por me guiar de alguma forma e me mostrar o amor.

RESUMO

Este presente trabalho tem como objetivo a discussão da relação entre as garantias penais e os meios extraordinários de investigação. A discussão está entre a necessidade de aperfeiçoar os métodos de investigação para que não haja ferimento às garantias constitucionais. O Brasil é um país que permite a infiltração como meio de investigação que seja extraordinário. O trabalho entende a ideia de que não é compatível a investigação criminal se, para que ela ocorra, seja necessário os ferimentos aos princípios e garantias constitucionais, já que é necessário no ordenamento jurídico o respeito a esses princípios e garantias para a ocorrência dessas investigações.

Palavras-chave: Garantismo Penal, garantias constitucionais, meios extraordinários, investigação.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the relationship between criminal guarantees and extraordinary means of investigation. The discussion is between the need to improve the methods of investigation so that there is no damage to constitutional guarantees. Brazil is a country that allows infiltration as an extraordinary means of investigation. The work understands the idea that criminal investigation is not compatible if, for it to occur, injuries to the constitutional principles and guarantees are necessary, since it is necessary in the legal system to respect these principles and guarantees for the occurrence of these investigations.

Keywords: Penal or Criminal Guarantees, extraordinary methods of investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Capítulo I – Os Princípios Constitucionais e a Relação com o Garantismo No Processo Penal	9
1. O Garantismo segundo a visão de Luigi Ferrajoli	9
2. Os Princípios do Processo Penal à luz do Garantismo e as Garantias Mínimas do Processado	14
2.1. Princípio da Liberdade Probatória	16
2.2. Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas	16
2.2.1. Das Provas Ilícitas por Derivação	17
2.3. Princípio do Devido Processo Legal	18
2.4. Princípio da Ampla Defesa	18
Capítulo II - Infiltração de Agentes como Meios de Investigações Extraordinários	19
4. Lei de Combate ao Crime Organizado e os Meios de Investigação Extraordinários ali Previstos	19
5. Sobre as leis de combate a organização criminosa	20
6. Lei de Combate ao Crime Organizado e os Meios de Investigação Ali Previstos .	21
7. A Lei nº 12.850/12	25
8. A Lei nº 11.343/06 e os Meios De Investigação Extraordinários Ali Previstos	30
9. As Exigências da Lei Brasileira em Relação à Infiltração de Agentes como Meios Extraordinários de Investigação	32
Capítulo III - Problemática da Infiltração de Agentes nos Tribunais Brasileiros	35
10. HC 147.387 RJ	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta abordar os diversos meios extraordinários de investigação de prova, em crimes relacionados à organizações criminosas e a relação em que esses métodos de investigação possuem com os princípios constitucionais e as garantias penais.

Primeiramente, analisa-se de maneira interdisciplinar, em como a filosofia apresentada pela teoria do Garantismo Penal se insere no processo penal, que faz um estudo desde o surgimento da sociedade, através da teoria contratual, onde se usam diferentes expoentes ou teorias para justificá-la, buscando formas de convivência mais segura e pacífica. Para atingir a esfera de equilíbrio entre benefícios e restrições que o ser humano deve se submeter para a convivência em sociedade. A partir dessas vertentes que começam a surgir os questionamentos, também, sobre o sistema jurídico criminal, da cultura de encarceramento em massa, o surgimento de um movimento relacionado à direitos fundamentais e os questionamentos em relação às violações aos direitos humanos.

Desse modo, surge a Teoria Garantista, melhor formulada por Luigi Ferrajoli, que serviu de base no Brasil, para se opor às tradições autoritárias inseridos no sistema judiciário criminal brasileiro. Para Ferrajoli, o direito penal deve servir tanto o ofendido como o infrator, pois para ele, a adoção de um modelo garantista em seu máximo grau presume “uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados”, como solução para preservar os valores constitucionais.

O modelo garantista, congrega princípios que limitam a atuação do Estado quanto sua prerrogativa de punição, garantindo prevalência dos direitos humanos e o contendo o arbítrio estatal. Sendo assim, impossibilitando que qualquer cidadão seja condenado por fato que não esteja tipificado no ordenamento como antijurídico ou que seja condenado sem o devido processo legal.

Garantismo Penal é compreendido como uma corrente filosófica do Direito que pretende fazer juízo de substancialidade de modo a retirar da esfera aquelas condutas que sua incriminação viole os princípios penais e constitucionais, dessa forma, se faz necessário rever os princípios penais à luz concreta do garantismo, para que possa se evitar incriminações ilegítimas.

No Brasil, se busca uma racionalização do Direito Penal, por parte dos dispositivos constitucionais e penais, isto é, procura atitudes razoáveis que equilibram o bom senso entre o

dever e os desejos individuais do cidadão, porém o Estado lida com situações, problemas criminais paradoxais, onde o conflito entre a liberdade individual, em questão de matéria moral, muitas vezes, não se consegue ser resolvido de maneira lógica e rígida.

No presente trabalho, dentro os tópicos analisados, estão os meios extraordinários de investigação para obtenção de prova em crimes relacionados às organizações criminosas, que estão presentes na persecução penal, e que, necessariamente, precisam respeitar os princípios e garantias constitucionais para validar os métodos de como, através dos meios de investigação se chegou à obtenção de prova, ou seja, ao fato, à verdade por trás do delito e de quem é o autor do delito.

As Organizações Criminosas, de fato, se constituem da complexidade e em uma estruturação refinada, sendo assim, é preciso que o combate às organizações criminosas sejam habilidosas, de forma que, muitas vezes, será adequado, admitir maneiras especiais de alcançar o objetivo de encontrar o núcleo de todo um sistema dedicado à prática de crimes e, para que melhor seja analisado as circunstâncias probatórias a partir dos meios extraordinários de investigação.

Capítulo I – Os Princípios Constitucionais e a Relação com o Garantismo No Processo Penal

1. O Garantismo segundo a visão de Luigi Ferrajoli

Primeiramente, ao se falar de Garantismo Penal, é preciso colocar historicamente o surgimento da sociedade e em como, ao longo do tempo, o homem tentou encontrar diversas maneiras de conviver em sociedade, precisando se adaptar à diversas restrições de liberdades individuais, de forma em que pudesse usar os benefícios de uma coexistência tecnicamente buscada como pacífica. Ao analisarmos de uma maneira filosófica, podemos ver que sempre se é colocado como as teorias, através de seus expoentes, serviram para tornarem a convivência em sociedade mais pacífica e segura.

Nesse sentido, pode-se colocar em destaque como primeiro expoente, em relação ao Direito Penal, Cesare de Beccaria, que questiona a relação do indivíduo e sua abertura de suas liberdades, de modo que a partir desse momento, já se usavam penas privativas, em sua obra

Dos Delitos e das Penas:

desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.¹

Beccaria analisava, que a partir do surgimento da sociedade, foram criadas regras, em que faziam com que os indivíduos da sociedade alcançassem uma linha restrita entre um desejo e um impedimento, um “limite” de convivência, que diminuiria sua “liberdade”, para que pudessem conviver juntos e em segurança.

Foi “criado” uma necessidade de coexistência com princípios e normas, equilibrando interesses e desejos individuais, buscando um equilíbrio social. O direito penal nasce, a partir do momento em que as “regras” de convivência são quebradas, o que torna um instrumento repressivo por parte do estado. Essa restrição de liberdade serve de instrumento para que, em razão de um bem maior, o Estado possa punir quem foge à regra. Sendo assim: “(...) A reunião de todas essas pequenas porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”²

Ao longo do tempo, ocorreu a valorização de bens e interesses individuais, que são tutelados pelo estado, que se tornaram direitos de ser e ter, como por exemplo, direito à vida, à honra, à integridade física, nasce o *jus puniendi*, ou seja, o direito do Estado de punir o transgressor. Ainda assim, Beccaria resguarda a moderação, argumentando sobre a falta de proporcionalidade entre os crimes e as penas, estabelecendo a necessidade de a lei de declarar os motivos que justificam a prisão do acusado, a descriminalização de crimes específicos, examinando sanções rígidas, entre todas as colaborações, a mais importante feita por Beccaria foi a importância da previsão legal das penas, sendo representada pelo Princípio da Legalidade (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*” – não há pena sem prévia cominação legal). Para Edgar Magalhães Noronha, é na obra *Dos Delitos E Das Penas* que se compõem os fundamentos do Direito Penal Liberal, sendo “o mais potente brado que se ouviu em defesa do indivíduo”.³

¹ Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Ed. 2006, p.19.

² Idem.

³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 1963. V. 1. p. 32.

Voltando à ideia original do *jus puniendi*, se ensina Rogério Lauria Tucci, em relação ao *jus puniendi*: “poder-dever de punir do Estado como decorrência de ato humano penalmente relevante, isto é, típico, antijurídico e culpável”. Nesse sentido, para Humberto Fabretti, atualmente o que se tem por ideia de *jus puniendi* possui duas características que lhe são essenciais: a exclusividade da titularidade e a limitação de sua aplicação. Não é admitido, no atual estado democrático de direito, que outra personalidade que não o Estado exerça o *jus puniendi*. E igualmente, não é possível que o Estado utilize indiscriminadamente essa atribuição.⁴

Uma outra característica do *jus puniendi*, que se dá pela limitação do poder-dever – é imposta e aplicada pelo próprio Estado, como anuncia Júlio Fabbrini Mirabete, “o Estado também tutela o *jus libertatis* do imputado autor do crime”. Há um entendimento, por uma classe de doutrinadores, que o Estado, sob forma de princípios – principalmente o da reserva legal e do devido processo legal – por estarem expressos no texto constitucional, que faz o controle de seu poder punitivo.⁵

A partir desse momento, começa-se a ser estritamente estudado a aplicação dos processos de garantias, através dos princípios que norteiam essa corrente. Esses princípios são mecanismos que limitam a atuação do Estado, principalmente em seus dois princípios mais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo eles o Princípio Da Reserva Legal e o Princípio Do Processo Legal. Conseqüentemente, a ligação em que se faz com o estado democrático de direito, é que o limite imposto ao *jus puniendi* é a lei.

Portanto, a ideia do nascimento do Garantismo, está enraizado em correntes filosóficas, políticas e jurídicas para destruir antigos vícios práticos e teóricos, para construir um modelo que tenha sua base a partir da racionalidade, ou seja, para sustentar uma lógica, um equilíbrio entre as partes do processo penal. Porém, mesmo com essa vertente que serve como estrutura do direito, o dever de punir do Estado não pode ser um direito subjetivo ou ciência apenas, ele deve ser percebido como um “dever-poder”, isto é, agir ou coagir mediante uma ação que influencie a sociedade.

Nesse cenário, nasce com o Estado o dever de punir, que se confronta diretamente com as liberdades individuais do ser humano, ou ainda, seus direitos fundamentais, efetuando o *jus libertatis* do agente. Sendo assim, o segundo princípio citado, assim como um dos mais usados,

⁴ FABRETTI, HUMBERTO. Processo Penal Brasileiro. 4ª ed. Atlas. 2019. p. 2.

⁵ FABRETTI, HUMBERTO. Processo Penal Brasileiro. 4ª ed. Atlas. 2019. p. 3.

demonstra diretamente esse entrelaçamento de direitos e deveres, através do caminho seguido do momento em que o crime se consuma até a sentença condenatória, chamado de Devido Processo Legal.

Aos olhos do advogado e doutrinador, Humberto Fabretti, “a fórmula do devido processo legal democrático, deve ser garantista. Como bem afirma Ferrajoli, a adoção de um modelo garantista no grau máximo pressupõe “uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados”. Se pretendemos preservar os valores consagrados em nossa constituição, a solução político-criminal passa pela adoção de um sistema processual garantista.⁶

Para Luigi Ferrajoli: “elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal”.⁷ Para ele, o modelo democrático deve atender os conceitos garantistas de maneira indispensável, sendo uma garantia jurídica para afirmação da responsabilidade penal e uma para a aplicação da pena.

A obra de Ferrajoli mostra como a teoria do Garantismo Penal muitas vezes se encontra em condições de antítese, pois é acompanhada de doutrinas opostas, hora com teses positivistas, hora com teses negativistas. Não se tratam de condições suficientes na presença dos quais seja permitido ou obrigatório punir, “mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir”.⁷ Como esclarece Ferrajoli, “a função específica das garantias no direito penal [...] na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Precisamente porque ‘delito’, ‘lei’, ‘necessidade’, ‘ofensa’, ‘ação’, e ‘culpabilidade’ designam requisitos ou condições penais, enquanto “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” designam requisitos ou condições processuais; os princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão *garantias penais*, e os exigidos para os segundos, *garantias processuais*”.⁸

Ainda nesse sentido, o garantismo penal é o modelo no qual mais temos que nos aproximar, mesmo que nunca possamos alcançá-lo inteiramente, mas sim, para que possa ser ao máximo elevado ao que se tem verdadeiramente por Estado De Direito. A ideia à luz da visão

⁶ FABRETTI, HUMBERTO. Processo Penal Brasileiro. 4ª ed. Atlas. 2019. p. 3.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 1ª ed. p. 8

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 1ª ed. p. 10.

garantista é que seja instrumento da busca para a paz social e justiça, como instrumento de defesa que socorra tanto a vítima como o acusado e não, necessariamente, seja um instrumento de punição a toda e qualquer circunstância.

O Garantismo é visto como uma corrente filosófica que pretende fazer um juízo de substancialidade, de modo que retire da esfera penal, condutas que sua incriminação viole completamente os direitos penais e constitucionais, visto como se analisou primeiramente com Beccaria, as penas cruéis em que eram aplicadas no passado. Assim sendo, urgente que se faça uma releitura dos princípios penais à luz do garantismo, de forma a quebrar a maneira rígida e inflexível como se é enxergado determinados direitos dos personagens transgressores dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a evitar incriminações conservadoras e espúrias.

Hélio Tornaghi explica: “ a lei de processo penal é resultante da composição entre a segurança e justiça. A lei penal procura abrigar e garantir a paz, ameaçando com penas atos que ela reputa ilícitos. A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”. E comenta Rogério Lauria Tucci: “esse, sem dúvida, é o motivo de destaque dado ao processo penal como instrumento da preservação da liberdade jurídica do acusado: consubstancia-se, com efeito, num ‘precipuo direito não do autor, mas do réu, interessado, que é defender sua ‘liberdade jurídica’, mediante a jurisdição, que testa a legalidade’ da ação do acusador”.

O Processo Penal deve ser encarado como um instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais sustentados na Constituição Federal, como o estado de inocência, o contraditório, a ampla defesa, entre outros. Assim, para impedir a arbitrariedade do Estado em punir o infrator, como único meio de imposição de pena para a solução do conflito social, ou de maneira que acalme a sociedade e garanta a ordem pública, mas também é dever defender o infrator do próprio Estado que determina sua punição sem mostrar qualquer garantia por trás.

O Garantismo Penal baseado acerca de Ferrajoli, resumidamente defende a humanização, além de expor o idealismo de que o poder de punir deve estar por trás do saber judicial. A ideia da análise racional das decisões judiciais, afastando-se apenas de um compulsório respeito ao paradigma clássico.

Por exemplo, em um Estado totalitário não há direitos, que garantam essa vertente ao infrator, na dependência da vontade do detentor do poder. É contraditório, e notoriamente

impossível um Estado Democrático de Direito que não respeite aos Humanos como meio inexorável à própria existência do homem. Portanto, as garantias devem ser adequadas, como instrumentos de proteção, criados pelo Estado, como forma reflexa de manutenção dos direitos individuais, para com o próprio Estado.

2. Os Princípios do Processo Penal à luz do Garantismo e as Garantias Mínimas do Processado

Ao ser discutido princípios norteadores do Processo Penal, deve-se levar em consideração os princípios constitucionais que tem como poder, as limitações do Direito Penal segunda a Constituição Federal, que são maneiras sutis que determinam, através de direitos e garantias, regular o *jus puniendi* estatal.

Todavia, atribuindo à análise de Paulo Queiroz, os valores constituicionais não tem como finalidade apenas o exercício limitador estatal, mas também possui uma dupla função, sendo de um lado o encargo da garantia, constituindo um limite à intervenção estatal e, de outro, a função de um instrumento de justificação dessa intervenção (função legitimadora), motivo pelo qual servem a legitimação e a deslegitimação do sistema.⁹

Dessa forma, tratando-se de princípios de garantias penais, pode-se falar de um princípio de suma importância para o Direito Penal, sendo ele: o Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal (garantias Individuais decorrentes do Princípio da Legalidade).

O princípio da reserva legal: consubstancia-se no brocardo: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, que em nosso ordenamento jurídico encontra-se no artigo 5º, XXXIX, e no artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, não permitindo que nenhum cidadão seja preso por fato que não esteja previsto em lei, como crime.

Já o princípio do processo legal, se põe com a intenção de que nenhum indivíduo receberá uma pena sem antes ter um processo que justifique e prove a necessidade de tal pena.

Sendo assim, estes são princípios que limitam o exercício do estado quanto à punição, que impede qualquer cidadão de ser condenado por fato que não esteja tipificado, ou que não passe por todos os processos, limitando o estado democrático de direito ao *jus puniendi*, sendo

⁹ Nota de rodapé

a lei. Apesar disso, o poder de punir do Estado dever ser entendido como um “dever-poder” e não como uma faculdade ou direito subjetivo. Com o surgimento do direito-dever do Estado de punir nasce, ao mesmo tempo e com ele se confronta, o *jus libertatis* do agente.

Esses princípios tem estrutura nas primeiras demonstrações de segurança jurídica aos cidadão, vez que durante a Idade Média, foi aplicada a Magna Carta inglesa, de 1215, sob a ameaça do reino de João sem Terra, assinada por nobres ingleses que pararam em uma de suas cláusulas: "Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou demaneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra." Ao longo do tempo, sob influências iluministas e com a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão em que a discussão sobre os direitos individuais começou a se alastrar de maneira absoluta e geral.

Luigi Ferrajoli, faz uma distinção entre o princípio da mera legalidade e o princípio da legalidade de acordo com o Garantismo Penal, para ele:

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exhaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de "princípio de mera legalidade", que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão "princípio de estrita legalidade" para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.¹⁰

A lei penal é infraconstitucional, ou seja, ela obrigatoriamente deve seguir os princípios constitucionais. O Garantismo serve como escudo protetor do cidadão em defesa contra o Estado.

Os princípios processuais são muitos, mas será importante destacar os princípios em

¹⁰ Nota de rodapé

que, no processo penal, mais se destacam por garantir maior liberdade às partes dentro do processo penal, no momento de sua necessidade de investigar ou obter provas.

Os princípios a serem tratados são: liberdade probatória, inadmissibilidade de provas ilícitas, devido processo e o princípio da ampla defesa.

2.1. Princípio da Liberdade Probatória

O princípio da liberdade probatória estabelece que há uma liberdade das partes de provarem fatos relevantes ao processo através de diferentes meios de prova, porém, esses meios de busca encontram um limite, que está previsto no Código de Processo Penal e também na Constituição Federal. Quando há um desrespeito aos princípios constitucionais para se buscar a prova, que seja através da investigação ou qualquer outra forma de se buscar a prova, esta se torna ilícita. Voltando ao ponto principal o princípio da liberdade probatório relata que a proibição de prova está prevista em lei, o que não estiver expresso, poderá ser utilizado como meio para busca da prova. Dessa forma, tem-se uma liberdade probatória, porém ela não é completamente, ampla, possuindo algumas restrições, pois há sempre um limite na lei.

Um exemplo que demonstra a liberdade de se obter provas, de uma forma de deduzir a verdade, é o artigo 198 do CPP, onde o juiz poderá usar de instrumento de convencimento o silêncio do acusado, mesmo que o silêncio do acusado não importe como confissão.

2.2. Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas

O princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas é um princípio que complementa a ideia do princípio da liberdade contraditória sobre o respeito à legislação penal e aos princípios constitucionais que garantem direitos ao processado. Este princípio, surge com a Constituição Federal de 1988, pois antes disso, as provas obtidas através de meios ilícitos, eram aceitas. As provas deverão ser produzidas para ser parte do convencimento do juiz, respondendo ao artigo 155 do Código do Processo Penal.

A partir do momento em que não há respeito aos princípios contitucionais, a prova deverá ser considerada ilícita. Expressamente, pode-se colocar o artigo 157, do Código de Processo penal:

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. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 4º [\(VETADO\)](#) [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#).

O texto do artigo 157, fala portanto, que provas ilícitas, ou seja, provas que pelo ordenamento jurídico ferem a dignidade humana ou as garantias do processado, deverão estar excluídas do rol de provas.

Seguindo a Constituição no seu artigo 5º, LVI “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O objetivo deste princípio é evitar que os órgãos responsáveis por investigar o acusado acabem por não violar as garantias fundamentais do cidadão e que lesam as normas procedimentais.

Contudo, ao analisarmos a redação do artigo 157, parágrafo 5º, pode-se observar que o juiz não deverá ter conhecimento da prova ilícita, pois se houver, o simples desentranhamento da prova ilícita do processo não poderá garantir que este não estará influenciado pela prova. Sendo assim, uma prova ilícita acaba por influenciar o processo.

2.2.1. Das Provas Ilícitas por Derivação

A ideia da prova ilícita por derivação é de que a prova produzida a partir de uma prova ilícita deve ser considerada igualmente ilícita, além de provas que são produzidas por meios ilícitos. Portanto, voltando ao artigo 157, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, que prevê que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas. Para Guilherme de Souza Nucci: “a

prova derivada da ilícita deve ser expurgada do processo, pois é inadmissível para a formação da convicção judicial.”¹¹

2.3. Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal, encontra-se no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem seu devido processo legal. Dessa forma, o princípio do devido processo legal garante a todos os cidadãos possuírem um processo justo. Quando há o cerceamento ao direito de defesa, há que se dizer que há uma violação a tal princípio, devendo ser analisada as normas infraconstitucionais.

De certa forma, esse princípio engloba diversos outros princípios constitucionais que são parte dos princípios processuais penais. Portanto, deve-se garantir que o processo ocorra depois dos fatos ocorridos, de maneira em que o acusado não será condenado por fato não ocorrido. Exemplo disso é o princípio da presunção de inocência, defende que todo cidadão será considerado inocente até que se prove culpa. Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a presunção de inocência (Constituição Federal, Art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos do Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (Art. 5º, LXI)” (RT 686/388). De igual teor julgamentos do Supremo Tribunal Federal (RT 697/386).

2.4. Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa pressupõe que as partes devem argumentar, dessa forma, o processo não poderá ocorrer sem manifestação destas. É o direito de defesa, que está ligado diretamente ao princípio do contraditório. O princípio da ampla defesa está disposto no artigo 5º, inciso LV, dispõe que: “aos litigantes e aos acusados são garantidos os princípios do contraditório e da ampla defesa”.

¹¹ Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. Pág.361.

Tal princípio é relativo ao processo legal e ao contraditório, uma vez que se viola o princípio do processo legal, há uma violação do princípio da ampla defesa, pois o julgamento do acusado deve depender de uma prévia análise às normas e também ao direito em que as partes tem à provarem seus argumentos. Portanto, é uma garantia ao direito de prova, pois é na decorrência do processo em que se apresentará a prova, que não poderá ser feita na presença do juiz. Dentro da ampla defesa há a autodefesa, que garante ao acusado direito ao silêncio (de não produzir prova contra si mesmo), da apelação e também existe a garantia ao acusado de que ele deverá estar ciente de que está sendo processado, e a ele é necessária a garantia de um defensor, na falta de um advogado, previsto nos artigos 261 e 263 do Código de Processo Penal.

Geralmente, no processo penal, apresenta-se ao juízo uma presunção para que depois, a parte contrária possa debater a proposta. Assim, quando o juiz aceitar a causa para a partir, a parte que propôs a presunção, apresente as provas, sendo permitido também à parte contrária, mantendo o contraditório.

De acordo Adalberto Camargo Aranha:

As partes provam em seu próprio benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção. É uma atividade da parte em proveito próprio, uma condição para a vitória, um meio para obter a pretensão posta em juízo, jamais um dever jurídico. Quem deseja ganhar a demanda deve provar, como quem deseja melhorar deve trabalhar. Daí por que ônus, jamais obrigação.¹²

Capítulo II - Infiltração de Agentes como Meios de Investigações Extraordinários

4. Lei de Combate ao Crime Organizado e os Meios de Investigação Extraordinários ali Previstos

O processo penal é um objeto de reconstrução de um determinado fato ocorrido, na pretensão de recuperar um acontecimento, que no caso do processo penal, se determina por crime, de maneira em que se torne próximo ao real. Sendo assim, o processo penal tem a famosa ideia de “busca à verdade”. A partir do momento de uma infração penal, surge a necessidade de uma investigação do fato. Todo sistema que relaciona o ato de investigar e processar o indivíduo colocado como possível autor do crime, seja por parte do Estado ou pelas partes, é

¹² Nota de rodapé

chamado de perseguição penal. O que mais aproxima a reconstrução deste fato à verdade é a prova. É com a apresentação da prova que as partes poderão demonstrar para o juiz que o fato criminoso aconteceu e quem é autor do crime é o réu. Pertinente citar Antonio Scarance Fernandes:

É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperada, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do valor dado ao intervencionismo estatal na sociedade e na vida dos indivíduos. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É mediante o processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa.¹³

Voltando ao sentido da ampla defesa, conclui-se que às partes é permitida a utilização de todos os meios de prova, exceto pelas provas ilícitas.

5. Sobre as leis de combate a organização criminosa

Há tempos que a legislação brasileira se preocupa em desenvolver métodos ao combate ao crime organizado, visto que é assunto principal em qualquer discussão jurídica processual penal, falar sobre meios de investigação de prova para os crimes que tem origem da organização criminosa.

O interesse ao combate ao crime organizado teve como base a Convenção de Palermo, que foi uma proposta da Organização das Nações Unidas com finalidade do combate ao crime organizado transnacional, visto o sofrimento do território italiano com a máfia da época. Entre os dispositivos, a intenção da Convenção era estabelecer meios especiais de investigação.

O combate ao crime organizado no Brasil ganhou notoriedade com a lei 9.034/95, que apresentava formas e meios operacionais para a prevenção contra crimes praticados por organizações criminosas, porém o ordenamento jurídico não trouxe uma específica definição

¹³ Fernandes, Antonio Scarance – Processo Penal Constitucional, 2007 – 5. ed. São Paulo, pg. 35

sobre a organização criminosa. A lei regulava apenas os meios de prova e os procedimentos investigatórios. Dessa forma, essa falta de definição causava disputas doutrinárias, e até indefinição jurisprudencial sobre crime organizado.

Não há no ordenamento jurídico, nenhum conceito ou nenhum dispositivo legal, que defina por si só, o conceito de investigação criminal ou que aponte métodos específicos de investigação criminal. O que se interpreta basicamente por investigação criminal é o conjunto de características das infrações penais, que se interligam através de da apuração do crime.

É a corrida atrás de um fato criminoso e, portanto, o órgão responsável pela investigação criminal, que no caso é a Polícia Judiciária, se faz necessária a utilizar todos os meios de investigação para se apurar um crime, desde que as ações decorridas da investigação não violem as garantias processuais penais e os princípios constitucionais.

Na investigação criminal há uma identificação para se alcançar a verdade real.

6. Lei de Combate ao Crime Organizado e os Meios de Investigação Ali Previstos

Analisando brevemente o histórico das Leis que tinham como objeto ordenar os crimes cometidos por organizações criminosas a fim de combatê-las. A primeira Lei analisada é a Lei 9.034/95, que fala sobre meios operacionais para prevenção e repressão contra as ações praticadas por organizações criminosas. Esta Lei define quais as ações praticadas pelas organizações criminosas, ou seja, as atividades exercidas pelas organizações criminosas, mas ela não define em si o que são as organizações criminosas. Ela também regulava os meios e procedimentos investigatórios para a repressão do crime organizado.

Com a Lei nº10.217/01, complementando o artigo 1º e 2º da Lei 9.034/95, salientou-se uma ideia mais concreta das diferenças entre o combate à organização criminosa e associação criminosa que, apesar de ganharem espaços distintos, continuaram sendo tratadas de forma semelhante no tratamento das formas de investigação e outros meios de almejo ao combate aos crimes cometidos por associações criminosas e organizações criminosas.

Através desta Lei era possível em qualquer fase da persecução penal, vários procedimentos de investigação e formação de provas, além dos já previstos, como, o acesso à dados, documentos ou informações fiscais, bancários, financeiros e eleitorais, assim como, a ação de retardar a interdição policial, de que se supõe em ação praticada por organizações criminosas ou à elas vinculadas, desde que mantidas para observação e acompanhamento de

medidas legais que concretizem a eficácia da formação de provas.¹⁴

A possibilidade de violação de sigilo, mas desde que com respeito à Constituição, no quesito de preservar o sigilo judicial, sempre esteve presente desde a primeira Lei de Combate ao Crime Organizado, porém a Lei, de certa forma, faz parecer que se propõe a intenção de reprimir as organizações criminosas, ao invés de aplicar mecanismos que dificultam a formação e/ou atuação das organizações criminosas e, sendo assim, não estava previsto um combate efetivo contra os crimes cometidos por organizações criminosas.

Diante disso, havia uma confusão entre os conceitos de organização criminosa, associação criminosa, quadrilha, onde a Lei não conseguia transparecer a diferença, por causa da falta de conceituação por parte legislativa. É nesse sentido que Ricardo Antônio Andreucci explica: [...] diante da omissão conceitual da legislação, passaram os estudiosos a considerar que, ao invés de conceituar o crime organizado, suportando o risco de ver o conceito desatualizado com o passar dos anos e com o incremento da tecnologia criminosa, melhor seria identificar os elementos constitutivos básicos do crime organizado, de maneira a identificá-los e assim rotulá-los à vista da análise da situação concreta apresentada”.¹⁵

Com o tempo, verificou-se que essa Lei acabou sendo interpretada de diversas maneiras, causando muitas contradições, pelo fato de como a Lei se relacionava com a ideia de bando, quadrilha, mencionando associações criminosas, como formações a serem comatidas, porém fugindo do objetivo principal da Lei que é o combate às Organizações Criminosas. Desta forma, o jurista Francisco Tolentino Neto explica:

Resta clara a intenção do legislador em criar um novo tipo penal, a "organização criminosa". No entanto, sua omissão conceitual deixa a cargo do

¹⁴ Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [\(Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)
I - (Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. [\(Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. [\(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001\)](#)

¹⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. Saraiva, 2009.p. 59.

intérprete do direito a fixação dos limites de entendimento sobre essa modalidade delituosa. Com efeito, abre-se espaço para a ocorrência de deliberações, uma vez que não há definido elementos fundamentais para a identificação do tipo, nem mesmo a condutas passíveis de punição por constituírem essa modalidade¹⁶

Isto se deu pelo motivo de que, conforme a ausência de definição de organização criminosa pela Lei 9.034/95, com as divergências jurídicas, formaram-se correntes doutrinárias que defendiam diversos entendimentos do que poderia ser a organização criminosa e, se ela teria diferença da quadrilha, bando ou associação criminosa.

Uma das correntes doutrinárias defendia que quadrilha e bando seriam “tipos” de organizações criminosas, ou seja, seriam sinônimos chamarem quadrilhas de organizações criminosas, sendo assim, teoricamente, as organizações criminosas estariam incluídas no conceito do artigo 288, do Código Penal, que antes tratava sobre quadrilha ou bando e, hoje define associação criminosa.

Já outras correntes defendiam que o direito penal não funciona com conceitos aproximados, assim como, não trata um crime como o outro, isto é, o que serve para um, não pode servir para outro em que a este se parece. Sendo assim, a organização criminosa, não é simplesmente um grupo de pessoas que se juntam com a finalidade de cometer crimes. A organização criminosa é um conjunto de pessoas, que organizam diferentes tarefas, de maneira complexa e sofisticada. Portanto, é incompreensível comparar uma facção criminosa, que envolve diferentes pessoas, com poderes diferentes hierarquicamente, cometendo diversos crimes e comandando diferentes sistemas com um grupo de pessoas que, por finalidade cometem crimes.

Conforme explica Fernando Capez:

A Lei n. 9.034/95, em seu texto original, regulava apenas os meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre quadrilha ou bando, sem mencionar organizações criminosas. Existia, portanto, um descompasso entre o enunciado, que colocava como objeto da regulamentação legal as organizações criminosas, e a redação restritiva do art. 1º, que falava apenas em crime praticado por quadrilha ou bando. Ficava a dúvida: afinal de contas, a lei se refere à quadrilha ou ao bando, conforme em seu art. 1º, ou às organizações criminosas, mencionadas no enunciado? Surgiram, então, duas posições:

¹⁶ NETO, Franciso Tolentino. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). Crime Organizado. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

- a) organização criminosas é sinônimo de quadrilha ou bando, delito enfocado pela legislação em tela;
- b) organização criminosa é mais do que quadrilha ou bando, ou seja, constitui-se de quadrilha ou bando mais alguma coisa (que a lei não disse o que é¹⁷

De fato, a análise que se compreende que quadrilhas são sinônimos de organizações possui um sentido importante por trás, pois organizações criminosas são pessoas que se juntam para o fim de cometer crimes, com divisões de tarefas. Também são as quadrilhas e bandos, pessoas que se juntam com o objetivo de praticarem crimes.

Sobre o tema afirma Guilherme de Souza Nucci: “O objeto da conduta é a finalidade de cometimento de crimes. A associação distingue-se do mero concurso de pessoas pelo seu caráter de durabilidade e permanência, elementos indispensáveis para caracterização do crime de quadrilha ou bando”.¹⁸

Explica Capez, em relação a infiltração de agentes:

Prevê a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, sem permitir, contudo, a participação em crimes cometidos pelo grupo, exceção feita ao próprio crime de participação em quadrilha ou bando, cuja ilicitude ficaria excluída. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República. Caso viesse a ser aprovado, teria duvidosa eficácia, uma vez que, não podendo o infiltrado cometer crimes, acabaria tendo sua identidade revelada, pois a prática de delitos constitui uma das primeiras exigências para alguém tomar parte na organização, como demonstração de coragem e lealdade.¹⁹

Portanto, voltando às possibilidades de investigação, no dia 02 de agosto de 2013, foi promulgada a Lei 12.850, que define organização criminosa e propõe meios investigatórios para obtenção de prova, com objetivo de combater o crime organizado e as organizações criminosas, afastando-se do caráter repressivo da última Lei.

¹⁷ 2012, pp. 264-265

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11.ed. rev. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012. p. 1081.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273.

7. A Lei nº 12.850/12

O primeiro artigo da Lei nº 12.850/12, relata a definição da Lei sobre organizações criminosas e dispõe sobre investigação criminosa, os meios de obtenção de prova. Além disso, ele define o que é a organização criminosa, do modo em que ela se diferencia de associação, quadrilha ou bando, por não se tratar apenas de indivíduos agindo em concurso, para o fim de cometer crimes. Já na nova Lei, o conceito de organização criminosa a associação de 04 (quatro) ou mais pessoas, estruturada em divisão de tarefas, mesmo de maneira informal, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, das infrações penais, cujas penas sejam acima de 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.²⁰

No Capítulo II da Lei, podemos observar que o artigo 3º tem uma redação parecida com o artigo 2º, da Lei nº 9.034, em relação aos meios de obtenção de prova e a possibilidade de infiltração de agentes como objeto de investigação, de forma que, no inciso VII, há a possibilidade da infiltração de agentes policiais, que possuem a incumbência da investigação.

Além disso, há outros meios de investigação como a colaboração premiada, que consiste em negócio jurídico processual, que é permitido graças ao valor do interesse e utilidade pública. A colaboração premiada muitas vezes ganha em casos de corrupção que são crimes de caráter transnacional, e poderá ser feito por algum coautor do crime.

Desta forma, o delator poderá ter sua pena reduzida em até 2/3, ter perdão judicial, ter a pena privativa de liberdade ou substituída por restritiva de direitos pelo juiz, desde que tenha colaborado voluntariamente e da colaboração tenha um resultado auxiliador necessário para a investigação, nos termos do artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/12 que são:

²⁰ 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.

§ 2º 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, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. ([Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016](#))

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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.

No processo penal, a colaboração premiada em relação as organizações criminosas, é um meio investigatório que se assemelha ao depoimento de testemunhas e ao interrogatório do réu, quando confesso, de forma que facilita o foco da investigação na apuração do crime, nesse sentido, o doutrinador Lima (2017, p. 794):

[...] para que o agente faça jus aos benefícios penais e processuais penais estipulados em cada um dos dispositivos legais, é indispensável aferir a relevância e a eficácia objetiva das declarações prestadas pelo colaborador. Não basta a mera confissão acerca da prática delituosa. Em um crime de associação criminosa, por exemplo, a confissão do acusado deve vir acompanhada do fornecimento de informações que sejam objetivamente eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas ou da trama delituosa.²¹

Outro meio extraordinário usado para investigação é a ação controlada, que consiste em limitar a intervenção policial em relação as ações praticadas pelas organizações criminosas, mantidas às observações das medidas legais, com ordem restrita ao juiz, delegado e ao Ministério Público, de forma a garantir ênfase nas investigações ao longo do processo.

Segundo Rômulo de Andrade Moreira: "A ação controlada, típico ato de investigação, nada mais é que do que a não imediata atuação policial, quando se inicia a prática do delito. Trata-se, aqui, de mais uma hipótese de 47 flagrante diferido ou protelado, cuja previsão legal

²¹ Disponível em: <<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2019/11/a-colaboracao-premiada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.pdf>>

já existia na Lei nº. 9.034/95 (art. 2º., II) e ainda hoje consta da Lei nº. 11.343/06 (art. 53, II). Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade que o diferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo."²²

A ação controlada é, de certa forma, a não ação direta da polícia em relação às organizações criminosas, para que a futura investigação sobre as ações relacionadas ao investigado na sua relação com uma possível organização criminosa seja eficaz na contenção de informações como meios de obtenção de prova.

Em destaque, há a infiltração de agentes policiais e de inteligência como um dos meios principais teoricamente colocando, de investigação e obtenção de prova. A infiltração de agentes, consiste na entrada oculta do agente policial como membro da organização criminosa.

A infiltração de agentes foi incluída pela Lei 10.217/01, que alterou os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034/95, que no artigo 1º que acrescentou o que é organização criminosa, já no artigo 2º, coloca a infiltração de agentes como meio de investigação.

A infiltração de agentes acaba sendo um método investigativo muito perigoso, por isso, é garantido por lei, os direitos do agente, seguindo o artigo 14 desta Lei, que informa que são direitos do agente, recusar a participação na ação de infiltração, ter sua identidade alterada, ou ainda, ter seu nome, sua qualificação e quaisquer informações pessoais privadas, durante as investigações e o processo, salvo decisão judiciária contrária.

De qualquer forma, é determinado pelo artigo 10º que:

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.

Ao analisarmos o 2º:

²² MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova Lei de organização criminosa – lei nº. 12.850/2013. Disponível em: Acesso em: 04 abril 2014.

§ 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.

Nesse sentido, é necessário dizer que a infiltração de agentes de polícia precisam de autorizações judiciais, para observarem o que chamam de *modus operandi* da organização criminosa.

Um dos princípios fundamentais para a obtenção de provas é o da legalidade. A obediência a lei é requisito imprescindível e obrigatório a qualquer atividade desenvolvida por um Estado de Direito. Os atos de todos os cidadãos e do próprio Estado devem encontrar respaldo em uma lei prévia e de caráter geral. O princípio da legalidade exige que todo o meio extraordinário e limitador de direitos fundamentais, como a infiltração de agentes, esteja descrito no ordenamento jurídico.²³

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.

Parágrafo único. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

É comum que a infiltração de agentes se apresente em crimes de narcotráfico, contrabando, tráfico de armas e corrupção.

²³ PEREIRA, Flávio Cardoso. Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos. 1. ed. Córdoba: Lerner Editora, 2012, p. 453-455.

Mesmo assim, é de extrema importância que a infiltração de agentes esteja de acordo com as normas fundamentais e, além disso, de acordo com a legalidade, de forma que o magistrado vai guiar os limites do infiltrado na investigação em relação as atividades exercidas pela organização criminosa.

A infiltração de agentes, em tese, deve obedecer o princípio da legalidade, que é um dos principais princípios da obtenção de prova. Além deste princípio, há o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, que se encaixam no preceito de agentes infiltrados, pois os agentes de polícia devem ter permissão do juiz para infiltrar nas organizações criminosas e deverão ser específicos da polícia investigativa.

Há muitas polêmicas acerca da questão de infiltração de agentes, pelo fato de existir diversos componentes constitucionais. Para Nucci a infiltração de agentes representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira bem devagar, correndo pelos seus meandros, sem ser percebida.²⁴

Um dos desafios da infiltração de agentes consiste no valor em que o depoimento do infiltrado apresentará nos autos, pois deverá ser sigilosa a maneira em que o agente se comporta e a defesa terá direito ao contraditório apenas no final. Porém a infiltração de agentes é a última maneira de se colher provas quando todos os outros métodos não foram eficientes.

Para se infiltrarem agentes, é sempre importante lembrar que o réu possui direitos e princípios como o da inocência e de não produzir prova contra ele mesmo, sendo assim, se entende como a infiltração de agentes acaba sendo uma exceção à regra, pois, dessa maneira, o réu não saberá de sua intenção, de forma que acabará por produzir prova suficiente relevante para a condenação. Por isso, a infiltração de agentes é um meio extraordinário de investigação para a possível obtenção de provas.

Por fim, há a possibilidade de acesso à registros cadastrais e documentais que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação, endereço, empresas eletrônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administração de cartões de crédito, mesmo que conte com a ausência de autorização judicial, já que esta modalidade é independente da aprovação do magistrado. O acesso poderá ser feito por parte do Delegado de Polícia ou pelo Ministério Público.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. p.724. 9ª ed. Vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

8. A Lei nº 11.343/06 e os Meios De Investigação Extraordinários Ali Previstos

No artigo 41 desta Lei, prevê a colaboração premiada como forma de auxiliar a investigação criminal, sendo assim, terá a possibilidade de sua pena reduzida de um terço a dois terços.²⁵

Como foi decidido no Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MAUS ANTECEDENTES. AUMENTO DA PENA-BASE E NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33,§ 4o, DA LEI Nº 11.343/2006. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DELAÇÃO PREMIADA. [...] 4. Muito embora a delação premiada seja, normalmente, precedida da confissão espontânea do delito pelo réu, a primeira dirige-se à identificação dos demais coautores e partícipes do crime, bem como à recuperação total ou parcial do seu produto, enquanto a atenuante da confissão espontânea constitui o reconhecimento da autoria do delito, onde o agente admite contra si, voluntária, expressa e pessoalmente, a prática de algum fato criminoso. 5. Nos termos do art. 65 do Código Penal, a confissão espontânea é circunstância que sempre atenua a pena, sendo aplicada na 2a fase do processo de individualização da pena, enquanto a delação premiada, como causa de diminuição de pena, é considerada na 3a fase. 6. Recurso parcialmente provido. (TRF-2. APR: 200951018044270, Relator Desª Federal Liliane Roriz, Julg. 09/03/2010, Segunda Turma especializada, Pub. 15/03/2010).²⁶

A Lei de Drogas, conhecida como Lei nº 11.343/06, também prevê a infiltração de agentes como meio de investigação. Dado pela redação do artigo 53, desta Lei, é constado que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos os meios de investigação:

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;

²⁵ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

²⁶ Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23513966/acr-apelacao-criminal-apr-200951018044270-trf2?ref=serp>>

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Portanto, nas duas leis pode-se observar a infiltração de agentes como meio de investigação. Nesse sentido, é necessário esclarecer quem são os agentes infiltrados e quais exigências para que eles ocupem esse cargo.

Um dos meios práticos de investigar, e conseqüentemente, produzir provas, é a forma de ingressar o domicílio do suspeito, com autorização judicial e do próprio suspeito, salvo em situação de flagrante. Na verdade, o ingresso ao local do domicílio é aliada da obtenção de provas por parte dos agentes, quando necessário a situação de flagrante. Nesse sentido, “O tráfico de drogas é um crime permanente e a situação de flagrância consubstancia-se como excepcional causa que admite a mitigação da garantia individual de inviolabilidade do domicílio, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal.” (STJ, HC 540823/SP, 5ª T, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/02/2020 - grifei).

Assim como a Lei 12.850/12, a Lei de Drogas dispõe em seu artigo 53 que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, através de autorização do juiz, a infiltração de agentes policiais, responsáveis pela investigação, através de órgãos competentes, também, a não-atuação policial sob os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados, com finalidade de identificar e responsabilizar o maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo a ação penal cabível.²⁷

²⁷ 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;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

9. As Exigências da Lei Brasileira em Relação à Infiltração de Agentes como Meios Extraordinários de Investigação

A figura do agente infiltrado ganhou força com a modalidade de infiltração, na Convenção de Palermo.

Os agentes infiltrados são os agentes da polícia investigativa, ou seja, membros das polícias civil e federal. Cabe demonstrar que a Polícia Judiciária consiste em polícia civil, polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária, ou seja, são essas polícias que possuem o poder de investigação.

Como tratado anteriormente, a infiltração de agentes consiste em um meio excepcional de investigação, previsto pela primeira vez na Convenção de Palermo, que dispõe da possibilidade de infiltração de agentes, de forma que adotem as medidas necessárias para que seja possível a infiltração, concordando com os princípios fundamentais de cada Estado membro e, através de autoridades competentes em prol do combate as organizações criminosas.²⁸

Como antes indicado, a infiltração de agentes nas organizações criminosas, tem caráter em situações especialíssimas, pois considera-se as organizações criminosas aprimoradas em sua condução do mundo do crime de forma astuta e relevante.

Portanto, para que haja uma exatidão, juntamente a eficiência nas investigações, é preciso que o infiltrado, que esteja simulando fazer parte do grupo infiltrado, tenha plena capacidade para fazê-lo, de forma a respeitar os limites para que possa ser feito, como, por exemplo, a infiltração depende de autorização judicial, assim como, deve ser feita pela polícia investigativa.

De certa forma, o agente policial deve infiltrar-se de maneira artilosa, quase que despercebida, de forma que, pacientemente se dissolva junto à organização de forma a captar e retirar todas as informações possíveis e passíveis de condenação.

A infiltração de agentes é sem dúvida, dentro das possibilidades de investigação, um método eficiente, porém esse método percorre o perigo da linha tênue entre, necessidade de

²⁸ Art. 20. 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. Dec. 5.015/04.

uma medida extraordinária e sua relação com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Em relação a figura do agente infiltrado, Guilherme de Souza Nucci estabelece:

O instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, ingressam, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo a sua estrutura, divisão das tarefas e hierarquias internas. Nesta atividade, o agente infiltrado pode valer-se da ação controlada para mais adequadamente desenvolver seus objetivos²⁹

Porém, o agente infiltrado deve respeitar os limites constitucionais previstos para sua relação necessária para a apuração da investigação do crime e sua relação com a própria organização. Quando Nucci explica a relação de ação controlada com a infiltração de agentes, sujeito a interpretação de que, o agente policial, uma vez infiltrado, não deverá agir de forma repressiva, com cada movimento interno da organização (que pode vir a ser uma infração). Ele deve conter-se para guardar o máximo de requisitos possíveis para entender o funcionamento da organização criminosa.

Ainda assim, é necessário ressaltar quem são os agentes infiltrados, quais os seus direitos e quais os deveres a eles vinculados, como por exemplo, se respondem penalmente por sua conduta em campo durante a investigação, como é dada a redação do artigo:

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.

Os agentes policiais que poderão ser infiltrados são agentes da polícia judiciária, que incluem a polícia civil e federal, onde afasta as polícias de dever ostensivo, pois em caráter tático repressivo, cabe aos policiais militares combaterem crimes que já ocorreram. Portanto, não cabe à Polícia Militar a competência de investigação, pois ela só pode repreender o ato

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 14

consumado. Cabe à Polícia Militar o dever do patrulhamento ostensivo, também, da preservação da ordem pública. Nesse sentido:

Assim, pode-se opinar em grau de acerto que agentes de inteligência e policiais que possuem funções de policiamento ostensivo não podem infiltrar-se em organizações ou associações criminosas, bando ou quadrilha por flagrante inconstitucionalidade no que tange o art. 144 e ss. da Constituição da República, bem como em clara afronta ao art. 4º do Código de Processo Penal brasileiro³⁰

Esses são alguns limites dentro da Polícia. Há os limites em relação a Polícia e a Constituição, pois esta deve obedecer os princípios constitucionais como o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita que não admite as provas obtidas por meios ilícitos ou derivadas de provas obtidas por meio ilícito.

Ainda assim, são direitos dos agentes infiltrados optar por ocultar sua identidade na internet a fim de colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos pelo artigo 1º da Lei 12.850/12, sendo assim, não cometerá crime, podendo porém, responder pelos excessos caso às matérias levantadas fujam do aspecto investigatório.³¹ (incluído pela Lei Anticrime nº 13.964/19).

Conclui-se que o agente policial poderá ser objeto de infiltração, quando encontradas dificuldades nos outros meios de investigação, porém deverá sempre respeitar a proporcionalidade entre o direito à infiltração e seus limites como infiltrado. Dessa forma, explica Luiz Flávio Gomes:

Técnica especial de investigação excepcionalíssima e sigilosa em que, após previa autorização judicial (guardada a devida proporcionalidade com a medida), um ou mais policiais, que sem revelar suas respectivas identidades ou condição de policiais, são inseridos de maneira dissimulada no bojo da engrenagem delitiva da Organização Criminosa, com vistas a escaneá-la e colher provas ou fontes de provas suficientes a permitir a desarticulação da

³⁰ PACHECO, Rafael. Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba: Juruá, 2007. p. 215.

³¹ Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

referida Organização (...) ³²

Na doutrina, afirma-se que “o agente infiltrado pode ser entendido como o funcionário de investigação criminal ou um terceiro (subordinado à polícia) que atua ocultando sua qualidade, visando conquistar a confiança dos possíveis criminosos e, conseqüentemente, à obtenção de provas que possam incriminá-los”. ³³

Os agentes infiltrados se destacam entre a diferença das atividades de inteligência em ações especializadas na segurança da ordem pública. O agente pode alcançar diversos pontos da investigação para a obtenção de informações, porém, para o ato de infiltração ele precisa ter a capacidade para tal.

O agente de inteligência não precisa de autorização judicial para atuar na sua parte da investigação, já que ele não será parte da organização criminosa, ganhando a confiança dos indivíduos que são parte das organizações. Tanto assim, no HC 512.290 RJ, foi decidido que não há infiltração policial por parte de agente de inteligência que apenas representa o ofendido nas negociações da extorsão, visto que ele não introduz na organização ou associação.

Já o agente infiltrado, necessita da participação efetiva dentro da parte infiltrada, ou seja, precisa fazer parte da parte investigada, sendo ela a organização criminosa. Portanto, a diferença entre agentes está nas suas finalidades e qualidades.

Capítulo III - Problemática da Infiltração de Agentes nos Tribunais Brasileiros

Primeiramente, será objeto de análise do Habeas Corpus nº 147.387 Rio de Janeiro, onde o relator é o Ministro Gilmar Mendes, que relata a problemática da infiltração de agentes sem autorização judicial, nas manifestações que ocorreram durante o período da Copa do Mundo de 2014.

³² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 392.

³³ GONÇALVES, Vinícius A. O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional. Arraes, 2014. p. 12

10. HC 147.387 RJ

1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro, em favor de Eloisa Samy Santiago, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC 57.023/RJ.
2. Segundo apurado, a denunciada foi presa preventivamente pela prática de quadrilha armada, caracterizada pelo artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, devido as manifestações que ocorriam em todo estado do Rio de Janeiro, chamados “black blocs”, onde alguns indivíduos teriam se associado de forma permanente para planejar ações criminosas e recrutar novos membros.
3. A Defesa, por sua vez, pleiteou a ilicitude da prova produzida pelo policial militar sem autorização judicial.

O Ministro Gilmar Mendes, começa seu voto distinguindo “agente infiltrado” de “agente de inteligência” e questiona a atuação do policial militar Maurício da Silva, pois ao que se relata ele não teria ingressado na organização criminosa, não ocorrendo a simulação de que este seria membro. Portanto, não se tratando de agente infiltrado e sim, agente de inteligência, não seria necessário a prévia autorização judicial, já que é permitido um policial militar andar “a paisano” para conseguir prender um criminoso (e não investigar).

Porém o Ministro Rogerio Schietti reconheceu a ilicitude, de forma:

Os dois primeiros critérios para distinguir a infiltração em ação de inteligência da efetuada em investigação criminal são a finalidade e amplitude de investigação . A ação de inteligência, geralmente, tem função preventiva e foco voltado às complexidades das conjunturas sociais, enquanto a investigação criminal é reativa – dela podendo decorrer a prisão de investigados – e concentrada na apuração exclusivamente dos fatos a eles imputados (...) Como ação de inteligência, nada de ilegal haveria na conduta do policial Militar, pois, ainda que se infiltrando nos grupos sob sua observação, o objetivo do trabalho era produzir relatório de inteligência para auxiliar a Força Nacional de Segurança para o controle dos eventos que caracterizaram as manifestações de rua em meados de 2013. Porém, uma vez que, por meio dessa infiltração, obteve a confiança de integrantes do grupo Black Blocs e reuniu dados e informações posteriormente transmitidos, via depoimento judicial, a inquérito policial instaurado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, realizou, na essência, ação de infiltração policial, o que, para fins criminais, somente é legal nas hipóteses e nos termos da legislação específica. E, não custa dizer, não havia autorização legal e muito menos judicial para tal iniciativa policial, que se constituiu em meio de obtenção de prova, inválida, portanto, para produzir efeitos na ação penal que se seguiu. Com efeito, esta Corte Superior, nos autos do HC n. 149.250/SP, ao se deparar "a participação indevida, 3 Documento assinado digitalmente

conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código C956-F393-5EE0-CC02 e senha FEFD-5EB4-E44D-B1DE Supremo Tribunal Federal HC 147837 / RJ coletava informações sem qualquer vinculação a uma organização criminosa específica, não sendo a sua atuação de um agente infiltrado e sim de um agente da inteligência cuja atividade é a defesa do próprio Estado”. (eDOC 5, p. 10) Contudo, houve um voto vencido, que reconheceu a ilicitude ao assentar se tratar de agente infiltrado. Nesse sentido, transcrevo trecho do voto vencido, da lavra do Ministro Rogerio Schietti: “Os dois primeiros critérios para distinguir a infiltração em ação de inteligência da efetuada em investigação criminal são a finalidade e amplitude de investigação . A ação de inteligência, geralmente, tem função preventiva e foco voltado às complexidades das conjunturas sociais, enquanto a investigação criminal é reativa – dela podendo decorrer a prisão de investigados – e concentrada na apuração exclusivamente dos fatos a eles imputados (...) Como ação de inteligência, nada de ilegal haveria na conduta do policial Militar, pois, ainda que se infiltrando nos grupos sob sua observação, o objetivo do trabalho era produzir relatório de inteligência para auxiliar a Força Nacional de Segurança para o controle dos eventos que caracterizaram as manifestações de rua em meados de 2013. Porém, uma vez que, por meio dessa infiltração, obteve a confiança de integrantes do grupo Black Blocs e reuniu dados e informações posteriormente transmitidos, via depoimento judicial, a inquérito policial instaurado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, realizou, na essência, ação de infiltração policial, o que, para fins criminais, somente é legal nas hipóteses e nos termos da legislação específica. E, não custa dizer, não havia autorização legal e muito menos judicial para tal iniciativa policial, que se constituiu em meio de obtenção de prova, inválida, portanto, para produzir efeitos na ação penal que se seguiu. Com efeito, esta Corte Superior, nos autos do HC n. 149.250/SP, ao se deparar "a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha", concluiu pela impossibilidade de "compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99". Não obstante algumas diferenças fáticas, a questão de fundo é a mesma, visto que o que importa é distinguir as atividades de inteligência e de investigação criminal , porque submetidas a filtros de legalidade diferentes e com escopos absolutamente diversos, para averiguar se houve ou não constrangimento ilegal a sanar. Como no HC n. 149.250/SP, é inquestionável o prejuízo acarretado pelo aproveitamento de atividades de inteligência na investigação criminal ora em comento, porquanto é manifesta a nulidade da prova produzida a partir do testemunho de agente de inteligência que, operando na coleta de dados, não se submete, por óbvio, aos requisitos legais próprios da investigação criminal. É dizer, nada de ilegal houvera na ação de inteligência mesmo com atos concretos de infiltração policial nas atividades dos grupos e indivíduos objeto da ação estatal mas a conclusão diversa se chega quanto à utilização das informações e dados, obtidos na ação de inteligência, em investigação criminal voltada a apurar crimes relacionados às condutas sob apuração. Fosse admissível o uso compartilhado de material de inteligência em investigações realizadas pela Polícia Judiciária, seria fácil burlar as exigências legais que, claramente, pretendem apartar tais atividades, seja pelas restrições da Lei n. 9.883/1999, seja pela vedação da infiltração de agentes de inteligência, nos termos do art. 10 da Lei n. 12.850/2013.

Dessa forma, o Ministro Schietti reconhece que a distinção entre os agentes de inteligência e infiltrado está na amplitude de investigação. Enquanto o primeiro tem uma função de apurar fatos relevantes ao governo, de maneira genérica, o segundo possui finalidades investigativas e produção de elementos probatórios em crimes cometidos por organizações criminosas.

A conclusão foi que de fato, houve infiltração por parte do policial militar que levaram elementos cujos dados embasaram a condenação.

Não há dúvida da ilegalidade da prova, visto que a aplicabilidade da Lei 12.850/12, está exatamente na discussão de que, caso seja necessário os meios extraordinários de investigação este deve, primeiro ser feito por autorização judicial e, segundo pela polícia competente nesta modalidade.

Usando essa lógica, foi reconhecido que as informações obtidas não poderiam ser destinadas à persecução penal, visto que não há prévia autorização por parte do juiz. Declarado então, a ilicitude da atuação do policial militar como agente infiltrado.

De forma que, conforme suas declarações não poderão ser usadas como elementos probatórios, é válido nesse caso, a interpretação de aplicação do Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas que pelo fato de o elemento probatório ter sido produzido de maneira ilícita torna-se a prova ilegal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, foi baseado em estudos gerais em relação aos meios extraordinários de investigação em relação principalmente ao combate ao crime organizado, abordando a relação desses meios investigatórios com os princípios constitucionais à luz do Garantismo Penal, dentre eles a ação do agente infiltrado (policial) no seio das organizações criminosas e os limites dessa atuação em afeto as normas penais e ao interesse da investigação.

Apesar de surgirem novas técnicas de investigações, o ordenamento jurídico ainda não parece eficaz no momento de alcançar a sofisticação e a grandeza, tanto em influência quanto em complexidade, que as organizações criminosas possuem, por isso, muitas vezes, na

disposição de se resolver prontamente o crime, os responsáveis por adquirirem os meios investigatórios acabam os exercendo de maneira improdutiva, ferindo garantias e princípios constitucionais.

Exemplo disso, é no HC 147.387 analisado, o agente policial, sem possuir capacidade para investigação, porém, na vontade de, a qualquer custo, descobrir o núcleo e as intenções criminosas, acabou por não só expor a operação, mas também tornar inadmissível as provas produzidas, de forma que não foi possível utilizar qualquer informação apropriada pelo infiltrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Beccaria, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Ed. 2006, p.19.

Beccaria, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Ed. 2006, p. 20.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 1963. V. 1. p. 32.

FABRETTI, HUMBERTO. Processo Penal Brasileiro. 4ª ed. Atlas. 2019. p. 2.

FABRETTI, HUMBERTO. Processo Penal Brasileiro. 4ª ed. Atlas. 2019. p. 3.

FABRETTI, HUMBERTO. Processo Penal Brasileiro. 4ª ed. Atlas. 2019. p. 3.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 1ª ed. p. 8

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 1ª ed. p. 10.

Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. Pág.361.

Fernandes, Antonio Scarance – Processo Penal Constitucional, 2007 – 5. ed. São Paulo, pg. 35.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação penal especial. Saraiva, 2009.p. 59.

NETO, Franciso Tolentino. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). Crime Organizado. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11.ed. rev.São Paulo: Revista do Tribunais, 2012. p. 1081.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova Lei de organização criminosa – lei nº. 12.850/2013. Disponível em: Acesso em: 04 abril 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

PACHECO, Rafael. Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba: Juruá, 2007. p. 215.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 392.

GONÇALVES, Vinícius A. O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional. Arraes, 2014. p. 12

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Gabriela Andrade Giardini, discente regularmente matriculado na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41602323, período matutino, turma 10E, tendo realizado o TCC com o título: OS MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SUA RELAÇÃO COM O GARANTISMO PENAL, sob a orientação da Professora Marinângela Tomé Lopes, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 21 de maio de 2021 .

Assinatura do discente

TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Material Bibliográfico: () Artigo Científico (X) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: OS MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SUA RELAÇÃO COM O GARANTISMO NO PROCESSO PENAL

Nome do Autor: Gabriela Andrade Giardini

E-mail: gabi.giardini@icloud.com

Este e-mail pode ser divulgado () SIM (X) NÃO

Orientadora: Profa. Mariângela Tomé Lopes.

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, (X) AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

() Outros (justificar): _____

São Paulo, 21 de maio de 2021.

Assinatura do(a) Autor(a)

