

LEANDRO REIS DA SILVA

**O INSTITUTO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES E SEUS ASPECTOS
JURÍDICOS**

COGEAE PUC / SP

2015

LEANDRO REIS DA SILVA

**O INSTITUTO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES E SEUS ASPECTOS
JURÍDICOS**

Monografia apresentada à banca examinadora do Programa da COGEAE de Pós-Graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob a orientação do professor doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

COGEAE PUC / SP

2015

BANCA EXAMINADORA:

Dedico a meus pais que me ensinam a ser um ser humano melhor e à Micheli Caroline companheira de todos os dias.

RESUMO

Tem por escopo este trabalho analisar o instituto da infiltração de agentes na legislação brasileira, apresentando e discutindo seus aspectos jurídicos e sua legitimidade frente à Constituição Federal. Abordamos a conceituação de organização criminosa, que nas últimas décadas se desenvolveu exponencialmente, principalmente por causa da globalização e do uso de novas tecnologias. Estudamos os principais princípios atinentes ao tema, abordando ainda, o conceito de infiltração de agentes e sua natureza jurídica, a figura do agente infiltrado e suas figuras assemelhadas. Como se trata de um tema não muito explorado pela doutrina nacional, observamos que ainda existem muitas lacunas quanto à execução da operação de infiltração; medidas de suporte ao infiltrado; seleção e treinamento do agente infiltrado; sua identificação após a operação de infiltração; sua oitiva como testemunha quando não for possível sua identificação, por envolver risco de vida do agente e de seus familiares; a exclusão de crimes praticados durante a infiltração, entre outros. Nesse sentido, apresentamos sugestões de resoluções destes impasses, de forma a preservar os direitos constitucionais do agente infiltrado e a garantia dos princípios do devido processo legal. Concluímos que apesar de se tratar de meio extremamente invasivo aos direitos fundamentais, a infiltração policial é um meio legítimo de obtenção de provas, desde que executada nos limites da autorização judicial e guardada a proporcionalidade e finalidade da investigação, que somente poderá ser utilizada para investigações de crimes graves, cometidos por organizações criminosas ou a elas assemelhadas, nos termos da Lei 12.850/2013.

ABSTRACT

We aimed with this paper to analyze the institute of the undercover agent in Brazilian legislation, introducing and discussing its legal aspects and their legitimacy when faced with Brazilian Federal Constitution. We approach the criminal organization concept, which in recent decades has grown exponentially, mainly because of globalization and the use of new technologies. We studied the main principles regarding to the issue, involving also the undercover operation concept and their juridical nature, the figure of the undercover agent and their resembled figures. The undercover agent issue is not much noticed by the national legal academics, so that, we behold that there are still many gaps to be filled concerning to the carrying out the undercover operation; support measures to undercover agent; law enforcement staff selection and training; undercover agent identity disclosure after the undercover operation conclusion; undercover agent testify as a witness when undisclosed his identity, in cases involving life risk of the undercover agent and their family; the not punishment of crimes committed during infiltration, among others. Accordingly, we present suggestions for solve these issues in order to preserve not only undercover agent constitutional rights, but also principles of due process of law. We conclude that, although it is highly restrictive in terms of fundamental rights, undercover operation as a special means to gather criminal evidences it is supported by Brazilian legal system, since performed within the judicial order and attending the proportionality and purpose of the investigation, which must be only carried out to investigations of severe gravity crimes committed by criminal organizations or their resembled, in accordance with Law 12,850 / 2013.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1.	INFILTRAÇÃO DE AGENTES	10
1.1	ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	11
1.2	BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DE INFILTRAÇÃO DE AGENTES.....	16
1.3	EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOBRE INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO BRASIL.....	17
1.4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUPRANACIONAIS	20
1.4.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	20
1.4.2	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	22
1.4.3	PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	23
1.4.4	PRINCÍPIO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO	25
1.4.5	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	27
1.5	NATUREZA JURÍDICA DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES	29
2	AGENTE INFILTRADO	31
2.1	AGENTE INFILTRADO E FIGURAS ASSEMELHADAS.....	31
2.2	TIPOS DE INFILTRAÇÃO: <i>LIGHT COVER E DEEP COVER</i>	37
2.3	DIREITOS E DEVERES DO AGENTE INFILTRADO.....	38
2.4	SUPORTE AO AGENTE INFILTRADO DURANTE A INFILTRAÇÃO.....	42
2.5	DECISÃO PELA INFILTRAÇÃO RESPONSABILIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA	43
3	PROVAS PRODUZIDAS DURANTE A INFILTRAÇÃO	45

3.1	VALIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS DURANTE A INFILTRAÇÃO.....	45
3.2	CONTRADITÓRIO DIFERIDO.....	47
3.3	SIGILO INTERNO E EXTERNO	49
3.4	IDENTIFICAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO APÓS A OPERAÇÃO DE INFILTRAÇÃO	50
3.5	AGENTE INFILTRADO COMO TESTEMUNHA	52
4	CRIMES PRATICADOS PELO AGENTE INFILTRADO	54
4.1	PRÁTICA DE CRIME PELO AGENTE INFILTRADO	54
4.2	LIMITES ÀS PRÁTICAS DE CRIMES DURANTE A INFILTRAÇÃO	55
4.3	EXCLUSÃO DOS CRIMES PRATICADOS PELO AGENTE DURANTE A INFILTRAÇÃO	57
	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Infiltração de agentes é um tema fascinante, pois trata de um assunto cheio de mistérios e curiosidades sobre a criminalidade organizada. Uma demonstração desta obsessão do público em geral sobre o tema é a grande quantidade de filmes “Hollywoodianos” sobre agentes infiltrados, que arriscam suas vidas no combate às organizações criminosas, levando milhões de pessoas aos cinemas de todo o mundo.

A criminalidade organizada é um mal que assola a sociedade moderna, percebida mais acentuadamente pelas classes sociais menos favorecidas, através do tráfico de drogas, crimes violentos e roubos e furtos vivenciados todos os dias, próximos a seus lares, bastando um simples olhar pela janela para perceber a presença de membros de organizações criminosas, desempenhando suas funções dentro de uma estrutura criminosa empresarial. Contudo, ao mesmo tempo em que é tão perceptível a estes grupos sociais, parece, falsamente, diga-se de passagem, muito distante das classes mais favorecidas, que tomam conhecimento, muitas vezes, da existência e dos crimes perpetrados por organizações criminosas, somente pelos jornais e internet.

Ocorre que com a globalização a criminalidade organizada vem se desenvolvendo a uma velocidade exponencial, infiltrando-se em órgãos públicos, sociedades empresariais, transpassando as fronteiras de seus países de origem, objetivando um estado paralelo ao da legalidade, onde seus principais objetivos são o lucro e o poder, não medindo esforços nem consequências para alcançá-los, mesmo que para isso seja necessária a destruição de toda uma sociedade. É aqui que entra o dever o Estado de garantir a segurança coletiva, preservando a sociedade deste mal, que está fora de controle devido á inércia estatal durante as últimas décadas. Para cumprir este papel, o Estado faz uso do direito penal como ferramenta de combate à criminalidade organizada, através do direito de cominação, perseguição, aplicação e execução da pena. Respeitando, contudo, os direitos fundamentais do investigado, sob pena de tornar-se um Estado autoritário e tirânico, sob a roupagem de um Estado Democrático de Direito.

Há tempos, foi percebido pelas autoridades públicas que os meios tradicionais de combate ao crime já não são suficientes para expurgar esse mal, sendo necessário o estudo de novas técnicas de investigações para que sejam efetivos no combate à criminalidade

organizada. No Brasil a Lei 12.850/2013 trouxe estes novos meios de investigação, em uma nova roupagem, entre eles o instituto da infiltração de agentes, que nos parece muito eficaz para a obtenção de provas, mas muito polêmico quanto à sua constitucionalidade, por justamente ser muito mais invasivo na esfera da intimidade do investigado, do que os outros meios de obtenção de prova.

O presente estudo tem por escopo apresentar o instituto de infiltração de agentes trazendo à baila seus aspectos jurídicos, pontos polêmicos e sua constitucionalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro. Iniciamos o estudo pelo conceito do que vem a ser organização criminosa, passando por um breve histórico do instituto da infiltração policial e de sua evolução legislativa no Brasil. Serão também estudados os principais princípios que permeiam a infiltração de agentes e seus reflexos na eficácia das provas obtidas por este meio, no processo penal, avaliando ainda, a natureza jurídica do instituto.

Seguimos identificando quem poderá ser um agente infiltrado e quais são as figuras assemelhadas, que com aqueles não se confundem. Apresentaremos a preparação policial, pretérita à infiltração, como o plano operacional, imprescindível para o sucesso da operação de infiltração, juntamente com os direitos e deveres do agente.

Avançando, analisamos como se dá a obtenção de provas durante a infiltração policial, o contraditório destas provas, sua validade no processo penal e quais são as cautelas a serem tomadas quanto à segurança da operação e da integridade física do agente infiltrado e de seus familiares. Levantamos ainda, a questão do risco da identificação do agente infiltrado quanto arrolado como testemunha e do direito do réu de saber a qualificação da testemunha.

No quarto e último capítulo enfrentamos o tema da prática de crimes pelo agente policial durante a infiltração, verificando possíveis limites a esta prática e como se enquadrará a exclusão deste crime praticado pelo agente público, nos casos em que atender a proporcionalidade e finalidade da investigação.

1. INFILTRAÇÃO DE AGENTES

O instituto da infiltração de agentes é uma técnica especial de obtenção de provas. Especial, pois o Estado não pode fazer uso deste meio investigatório para apuração de qualquer crime, senão aqueles mais graves praticados por organizações criminosas, justamente por se tratar de meio extremamente invasivo à privacidade do investigado.

Adotamos a conceituação trazida por Carlos e Friede, por entender mais completa didática:

A infiltração policial é uma técnica especial de investigação através do qual um agente policial, devidamente selecionado e treinado para a tarefa, ocultando a verdadeira identidade, e utilizando outra a ser fornecida pelo Estado, é introduzido no âmbito de uma organização criminosa e, conquistada a confiança dos verdadeiros membros, passa a atuar com o fim de obter provas a respeito das atividades delituosas praticadas, objetivando, com isso, desmantelá-la.¹

Ressalta ainda, Mendroni a necessidade da presença física do agente infiltrado no seio da organização criminosa para caracterização da infiltração de agentes quando aduz:

A “infiltração de agentes”, segundo os conceitos estabelecidos pela Lei brasileira, mas também pelas Leis estrangeiras, pressupõe atuação física do agente no seio da Organização Criminosa. Não pode ser considerada “infiltração de agente”, portanto, a investigação virtual, em *sites* abertos, *sites* de relacionamentos sociais, *chats*, ou outros meios informáticos.²

Nota-se a importância do delineamento do que vem a ser organização criminosa, o que faremos logo abaixo, adicionalmente, trazendo a baila os principais princípios que vem à discussão pelos operadores do direito quando se cogita do uso da infiltração policial no seio de uma organização criminosa. Ponderando o uso do instituto e sua inegável eficiência na obtenção de provas e a possível restrição de direitos fundamentais.

Nesse sentido, convém mencionar as ponderações de Aloizio Mercadante, em seu parecer sobre o projeto de lei 150/2006, que veio a culminar na Lei 12.850/2013:

¹Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 16.

²Mendroni, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 184.

Estamos aqui naquela situação em que, valendo-me de metáfora, se torna necessária a inoculação de uma vacina produzida a partir de veneno para sanar um mal maior. Sem dúvida alguma, esta será uma decisão difícil a ser tomada, *cum granum salis*, no curso de uma investigação. Deve ser evitada a todo custo, mas não há de ser descartada. A infiltração pode ser, de acordo com a situação se aprese, inevitável, levando a que o juiz tenha de decidir por autorizá-la, de forma “circunstanciada, motivada e sigilosa” [...] A infiltração de agentes apresenta-se como medida fundamental no combate ao crime organizado. Por meio de tal instituto, será possível acompanhar todo o *iter criminis* da organização criminosa, bem como descobrir o seu *modus operandi*, resultados estes não alcançados por outras técnicas previstas em nossa legislação.³

1.1 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Antes de adentrarmos no assunto especificamente de infiltração de agentes, mister se faz traçar algumas linhas sobre o fenômeno da criminalidade organizada.

Assim como a sociedade está em constante evolução, não seria diferente no mundo do crime. O que se notou foi uma sofisticação, jamais vista, na prática de crimes, em uma estrutura empresarial. O que se convencionou, mundo a fora, de organizações criminosas.

Podemos citar como exemplo das maiores e mais conhecidas organizações criminosas a Yakuza no Japão que tem como suas principais receitas advindas do tráfico de drogas, jogos de azar e extorsão, possuindo ainda a hierarquia mais organizada entre grupos criminosos; Solntsevskaya Bratva organização criminosa Russa, altamente descentralizada, possuindo como principais receitas o tráfico de drogas (principalmente a heroína) e de pessoas; Camorra na Itália que fatura bilhões com atividades de exploração sexual, tráfico de armas e drogas, falsificação e jogos de azar; Ndrangheta com sede no sul da Itália, conhecida mundialmente por seus laços internacionais com traficantes de cocaína na América do Sul; Sinaloa situada no México, que serve como intermediário entre os fabricantes de drogas da América do Sul com o mercado americano⁴

³Brasil. Senado Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/69626.pdf>>, acesso em: 24, set. 2015 às 21:37.

⁴Matthews, Chris. **Fortune 5: The biggest organized crime groups in the world**. Disponível em: <<http://fortune.com/2014/09/14/biggest-organized-crime-groups-in-the-world/>>, acesso em: 11, ago. 2015 às 09:06.

Há autores que defendem a não existência das organizações criminosas, inclusive no Brasil, contudo, com os atentados às bases policiais e policiais ocorridos em São Paulo no ano de 2006⁵ ficou evidente, ainda mais, a existência de organizações criminosas no Brasil, perdendo força os adeptos desta corrente em território nacional.

Neste sentido temos as lições do Juiz Federal Marllon Sousa:

Embora o crime organizado apresente-se como uma realidade latente no mundo contemporâneo, há vozes, na doutrina, defensoras do ponto de vista quanto a não existência das organizações criminosas, cuidando-se de uma criação do Estado como forma de justificar a adoção de um Direito Penal do Inimigo.

Dentre os pensadores que se postam contrariamente à existência do crime organizado, merecem maior relevo os defensores da chamada teoria do mito, a qual, em síntese, prega que o assunto constitui uma mera faceta do chamado Direito Penal do Inimigo, fruto de uma invencionice, principalmente americana, na incessante busca de proteção contra inimigo oculto, cujo real objetivo é derrubar a hegemonia daquela potência mundial.⁶

No Brasil sabe-se que os pilares de sustentação do crime organizado estão aglutinados em determinados tipos penais, sendo eles: “o tráfico de entorpecentes, desmanches, corrupção ativa e passiva nas áreas do jogo do bicho e dos estabelecimentos clandestinos de jogos, furto e roubo de veículos e roubo de cargas”.⁷

Desta forma, a infiltração de agentes é um dos importantes mecanismos para a investigação e produção de provas contra o crime organizado. Porém, não poderá ser utilizada ao bel prazer da polícia, bem como, pelo Ministério Público, pois se trata de um dos meios de provas mais invasivos e de restrição da privacidade do investigado, devendo ser executado de forma cautelosa, melindrosa e somente nos casos de organizações criminosas ou a ela assemelhadas, como organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional, não sendo possível a extensão para outros tipos penais

⁵Referimo-nos aos atentados às bases policiais e a policiais, ocorridos de forma sistematizada e concomitante na cidade de São Paulo, iniciados no fatídico dia 12 de maio de 2006, atribuídos à organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC). Tais ataques teriam como estopim a transferência de presos pela Secretaria da Administração Penitenciária, por causa de escutas telefônicas que interceptaram uma possível rebelião de facções para o dia das mães daquele ano.

⁶Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 5.

⁷Queiroz, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil**. 1. ed., São Paulo: Iglu, 1998, pág. 39.

menos graves, sob pena de ferir diversos princípios e garantias conquistados pelo cidadão ao longo dos anos, alguns deles tratados mais abaixo no presente trabalho.

Quanto à conceituação de organização criminosa, houve durante muito tempo discussão doutrinária, uma vez que não havia um conceito explícito em nossa legislação. O Brasil promulgou a Lei 9.034/1995 que previa meios de provas e procedimentos investigatórios que versassem sobre quadrilha ou bando. Mais tarde no ano de 2001 a Lei 9.034/1995 teve seu art. 1º alterado pela Lei 10.127/2001, ampliando o objeto da lei para alcançar, não somente quadrilha ou bando, mas também organizações e associações criminosas de qualquer tipo sem, contudo, trazer a baila o conceito de organização e associação criminosa.

Após, em 2004 tivemos a incorporação, no nosso ordenamento jurídico, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, por meio do Decreto nº 5.015/2004. Esta Convenção trouxe por sua vez, um conceito de organização criminosa em seu art. 2º:

a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Assim, surgiram duas correntes acerca do conceito de crime organizado: “a primeira, defendendo a possibilidade de utilização do Código Penal ou Lei de drogas, quando se cuidar desta modalidade de delito coletivo; a segunda, pugnando pela aplicação do conceito de organização criminosa previsto pela Convenção de Palermo, posto que referido tratado internacional, uma vez incorporado ao ordenamento jurídico, teria *status* supralegal”.⁸

A doutrina majoritária e a jurisprudência⁹ inclinaram-se para a segunda corrente, passando a adotar o conceito previsto na Convenção de Palermo, que apesar de não ser um tipo penal, melhor o conceituava, descrevendo as características de uma organização criminosa e ainda foi devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁸Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 19.

⁹Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **HC 162.957/MG, Rel. Ministro OG Fernandes**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+162957+mg&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true; RHC 29.126/MS, Rel. Alderita Ramos de Oliveira>. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clas.+e+@num=%2729126%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2729126%27.suce.\)\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clas.+e+@num=%2729126%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2729126%27.suce.))>), acesso em: 14, ago. 2015 às 08:24.

Passando-se os anos veio à tona a Lei 12.694/2012 que em seu art. 2º definiu o conceito legal de organização criminosa, conforme segue:

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

Entretanto, surgiu uma nova polêmica, o conceito insculpido no art. 2º desta Lei teria incidência somente para fins processuais ou poderia ser aplicada em matéria penal? Adotando a primeira corrente Fernando Capez aduz que “convém ressaltar que a nova conceituação, por determinação expressa da própria Lei, somente tem incidência para fins processuais, não podendo ser aplicada analogicamente em matéria penal, dado ser vedado, nesta hipótese, o emprego de analogia *in malam partem* e em normas incriminadoras”.¹⁰

Já o professor Marllon Souza entendia pela possibilidade da aplicação extensiva para se adotar o conceito de organização criminosa, prestando completude a todos os diplomas legais que prevejam eventual recrudesimento da instrução processual penal, quando da prática de crimes por organizações criminosas. E continua:

Ademais, não se tratava o caso de qualquer analogia *in malam partem*, pois a previsão de exasperação de pena, bem como o endurecimento das medidas restritivas de outros direitos dos réus, durante a instrução, desde que comprovado o envolvimento com organização criminosa, já estavam estatuídas no ordenamento jurídico brasileiro há anos, carecendo somente da adequada interpretação do conceito, aqui adotado pela nova legislação.¹¹

Por fim, para acentuar a celeuma acima exposta entrou em vigor da Lei 12.850/2013, que em seu art. 1º, §1º define organização criminosa, contudo com algumas diferenças do conceito da Lei 12.694/2012, conforme segue:

§ 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.

¹⁰Capez, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 267.

¹¹Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 24/25.

Tais diferenças foram elencadas de forma simples e esclarecedora pelo Promotor de Justiça mineiro Rogério Greco:

- a) o novo diploma passou a exigir um mínimo de *quatro* pessoas para efeitos de configuração da organização criminosa, enquanto a lei anterior exigia um mínimo de três;
- b) a conceituação anterior era específica para os efeitos contidos na Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, enquanto a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, criou um conceito genérico de organização criminosa;
- c) a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, para efeito de reconhecimento da organização criminosa, exigia a prática de *crimes* cuja pena máxima fosse igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que fossem de caráter transnacional, enquanto a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 faz menção a infrações penais, ou seja, crimes ou contravenções penais, cujas penas máximas sejam *superiores* a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional;
- d) a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, não somente definiu mais uma vez, o conceito de organização criminosa, como criou uma figura típica específica.¹²

Nota-se que nosso legislador, uma vez não revogando o conceito de organização criminosa trazido pela Lei 12.694/2012, mais uma vez trouxe nova controvérsia, surgindo correntes doutrinárias no sentido de que coexistiriam os dois conceitos de organização criminosa, sendo que o conceito da Lei 12.694/2012 seria aplicado somente em relação aos procedimentos de segurança para proteção de membros do Ministério Público e Juízes, que atuem diretamente no combate ao crime organizado e o conceito da Lei 12.850/2013 para os demais casos. Por outro giro, há a corrente de que o conceito de organização criminosa dado pela Lei 12.850/2013 teria derogado o conceito anterior, por ela tratar especificamente do direito material da questão, e não somente processual como a Lei 12.694/2012, e ainda, por ser cronologicamente posterior.

Em pesquisas pelas principais obras doutrinárias brasileira sobre o assunto observou-se que a segunda corrente, aquela pela derrogação do conceito anterior, é a adota majoritariamente, tendo como alguns de seus expoentes os professores Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco, Eugênio Pacelli, Luiz Flávio Gomes, Cesar Roberto Bittencourt.

¹²Greco, Rogério. **Curso de direito penal parte especial, volume IV**. 10 ed., Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 219.

1.2 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DE INFILTRAÇÃO DE AGENTES

O instituto da infiltração de agentes tem como sua origem a Europa, época em que não se faziam diferenciação entre agente provocador e agente infiltrado. Segundo Alves Mereis, os primeiros agentes provocadores (que, portanto podem ser considerados como os primeiros agentes infiltrados), da história européia foram contratados por inspetores da polícia parisiense, no final do século XVIII. Desta forma, a polícia francesa diferenciava os agentes que trabalhavam de forma encoberta na clandestinidade, chamados à época de “*observateurs*”, dos agentes abertamente contratados, os quais a população conhecia por “*mouches*”, “*sous-inspecteurs*” ou “*préposes*”.¹³

Contudo, existem autores, inclusive, que remontam a existência do agente infiltrado já às passagens bíblicas – livro 13 do Antigo Testamento, quando Moisés enviou exploradores às terras de Canaã -,¹⁴ bem como à Antiguidade grega – fábula V de Esopo: *Aesopusetpetulans*.¹⁵

Já o primeiro caso de infiltração de agentes registrado e oficialmente reconhecido, ocorreu na França em 1800. O agente infiltrado, neste caso, teria sido um particular, o francês Eugène François Vidocq, que possuía um passado com envolvimento com delitos e que segundo historiadores teria sido inspirado Victor Hugo para que escrevesse a obra “Os Miseráveis”.¹⁶

¹³Ferro, Ana Luiza Almeida;Pereira, Flávio Cardoso; Gazzola Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada**. 1 ed., Curitiba: Juruá, 2014, pág. 185. *Apud* Alves Meireis, Manuel Augusto. O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1999, pág. 21.

¹⁴ Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1 ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 10. *Apud* Santamaría, Cláudia B. Moscato de. *El agente encubierto...*, op. Cit., p.6.

¹⁵Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1 ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 10. *Apud* Montoya, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p.39.

¹⁶ Ferro, Ana Luiza Almeida; Pereira, Flávio Cardoso; Gazzola Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada**. 1 ed., Curitiba: Juruá, 2014, pág. 185. *Apud* Alves Bento, Ricardo. Agente Infiltrado. Busca pela legitimação constitucional. In: Limites Constitucionais da Investigação. Op. Cit., pág. 344.

1.3 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOBRE INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO BRASIL

Apesar do instituto já ser antigo internacionalmente, no Brasil a primeira tentativa de implantação da infiltração de agentes, como meio de combate a criminalidade organizada, foi no ano de 1989 com o projeto de lei 3.516/1989, o qual previa a infiltração de agentes com a seguinte redação:

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional.

Parágrafo único - são meios operacionais de prevenção e repressão do crime organizado:

I - a infiltração policial; [...]

Art. 8º - A infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa, para investigação do crime organizado, será solicitada pela autoridade policial ao Juiz competente, que a autorizará desde que haja suficientes indícios da prática ou da tentativa das infrações penais presentes nesta lei e a providência for absolutamente indispensável à apuração ou à assecuração das provas, dando ciência ao Ministério Público.¹⁷

Contudo, houve diversas emendas ao projeto supramencionado pela casa revisora, chegando à apreciação do Presidente da República o seguinte texto:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I - a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade.¹⁸

Por fim, o projeto de lei 3.516/1989 foi convertido em lei em 1995. Contudo, o Presidente da República, ao promulgar a lei 9.034/1995 o vetou parcialmente, motivado por um parecer do Ministério da Justiça, conforme segue:

¹⁷Brasil. Câmara dos Deputados. Consulta a tramitação do projeto de lei 3.516. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1149848&filename=Dossie+-PL+3516/1989>, acesso em: 09, jul.2015 às 18:32.

¹⁸*Id. Ibid.*

O inciso I do art. 2º, nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independentemente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado.

Essa redação, como se pode observar difere da original, fruto dos estudos elaborados por uma comissão, presidida pelo Deputado Miro Teixeira, que tinha como relator o Deputado Michel Temer, criada no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, que, de forma mais apropriada, condicionava a infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa à prévia autorização judicial.

Além do mais, deve se salientar que o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime, pré-excluída, no caso, a antijuridicidade, o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código penal.

Em assim sendo, parece-nos que o inciso I do art. 2º deve merecer o veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 66, §1º da Constituição Federal, ressaltando, contudo, que este Ministério, posteriormente, encaminhará proposta regulamentando a matéria constante do dispositivo acima mencionado.¹⁹

Como se observa, a tentativa dos legisladores de implantar o mecanismo de infiltração de agentes no Brasil, na década de 1980, restou-se frustrado. Desta forma, o instituto estudado veio à tona somente em 2001 com a promulgação da Lei 10.217/2001 introduzindo modificações na Lei 9.034/1995, prevendo a infiltração de agentes, nos seguintes termos:

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: [...]

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Verifica-se que mesmo após tantos anos de estudos sobre este instituto, a Lei 10.217/2011 foi promulgada com diversas lacunas e de duvidosa constitucionalidade, não prevendo imprescindíveis regulamentações como o prazo de duração da infiltração, quais crimes o infiltrado está autorizado a praticar, caso descoberto qual o destino do infiltrado na corporação, quais os direitos do policial infiltrado etc.

¹⁹Brasil. Câmara dos Deputados. Consulta a tramitação do projeto de lei 3.516. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1149848&filename=Dossie+-PL+3516/1989>, acesso em: 09, jul.2015 às 18:32.

Tivemos também a antiga lei de drogas Lei 10.409/02, que em seu artigo 33 previa a infiltração policial:

Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.

Que foi revogada Lei 11.343/2006, sendo a atual lei de drogas vigente no país, que também prevê a infiltração de agentes, como mecanismo de combate às drogas, em seu art. 53 é estabelecido que:

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.

Até aqui, podemos verificar que toda legislação no tocante a infiltração de agentes possui algo em comum, nenhuma delas disciplinam o procedimento a ser adotado na infiltração de agentes, trazendo diversas dúvidas como ressalta André Carlos e Reis Friede “diante de tal ausência de regramento, logo surgiram as mais diversas questões a respeito da aplicabilidade imediata da regra prevista no art. 2º, V, da Lei 9.034/95, bem como quanto à eventual responsabilidade penal do agente infiltrado, dentre outros aspectos que não foram disciplinados pelo legislador”.²⁰

E finalmente em 2013 com a Lei 12.850/2013 o instituto, ora analisado, foi implantado trazendo novidades há muito esperada pela doutrina, como o prazo de duração da infiltração, procedimento para requerer a autorização judicial, modo de tramitação dos autos de infiltração policial, direitos e deveres do infiltrado, prática de crimes pelo infiltrado, entre outras novidades, estudadas ao longo deste trabalho.

²⁰ Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 4/5.

1.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUPRANACIONAIS

A análise dos princípios constitucionais e supranacionais é de extrema importância para este trabalho, pois através desta análise que se poderá chegar à conclusão da legitimidade ou não do uso do instituto de infiltração de agentes para combate à criminalidade organizada.

Partiremos o estudo com a apresentação dos princípios, destacando sua importância para garantia dos direitos do investigado e traçaremos alguns comentários sobre a aplicação destes princípios no Direito Penal e Processual Penal, relacionando-os com o instituto da infiltração de agentes.

1.4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Trata-se de um princípio supranacional de difícil conceituação, uma vez que seu alcance e significações são amplos. Nesse sentido, ensina o mestre José Afonso da Silva, citando os professores Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”.²¹

Entende ainda o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que o princípio da dignidade da pessoa humana seria a “fundamentalidade material” dos direitos fundamentais:

Embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos

²¹ Silva, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 105.

fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.²²

Após as atrocidades realizadas pelos Nazistas na segunda guerra mundial, o mundo como um todo tem dado atenção a este importante princípio. Os principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos têm expressamente sua previsão em seus textos. Reforçando essa ideia, podemos observar que dado a sua extrema relevância, o princípio da dignidade da pessoa humana, também está previsto expressamente nas constituições de diversos países.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está insculpido no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988. Destacando sua relevância em nosso ordenamento jurídico, o constituinte de 1988, optou por declará-lo logo no primeiro artigo de nossa Carta Magna, confirmando assim que o Brasil é um país garantidor dos direitos humanos.

Não só no Brasil, mas no mundo este princípio deve ser garantido a todos os seres humanos. Nessa seara, temos as lições de Flávia Piovesan, que ao analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 salienta que:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos.²³

Nesse diapasão, durante uma infiltração policial, deve-se respeitar esse salutar princípio não somente quanto ao investigado que possui diversos direitos assegurados constitucionalmente, mas também o direito do agente infiltrado que está em constante risco de sua integridade física. Todos esses direitos constitucionais estão assentados sob a pedra angular que é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é a base de nossa Constituição. Não se pode ao combater a criminalidade organizada, descuidar da observância desse princípio, como torturar um integrante da facção criminosa a pretexto de angariar provas, em um Estado Democrático Social de Direito, como o é o Brasil, é inaceitável

²² Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 172/173.

²³ Piovesan, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 210.

qualquer ofensa a princípio ora estudado, tornando ilícito, e por consequência, imprestável qualquer prova obtida por este meio.

1.4.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está explícito em nossa Carta Magna, que estabelece: “Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A terminologia do princípio em apreço possui divergência na doutrina, que também o nomeia de princípio da não culpabilidade. Para o doutrinador Paulo Rangel não se deve adotar a terminologia presunção de inocência, pois se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não poderá ser considerado presumidamente inocente. E segue dizendo:

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção de culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.²⁴

Ainda na esteira do pensamento do mestre Paulo Rangel, o que é vedado pela Constituição é considerar o réu culpado e não presumi-lo culpado, pois o magistrado ao condenar, presume culpado e ao absolver, presume inocente, presunção essa *juris tantum*.

Deste princípio se extraí duas vertentes, sendo elas: o tratamento que o Estado dá ao investigado ou acusado e a inversão do ônus da prova. No tocante à inversão do ônus da prova, fica incumbida à acusação toda responsabilidade de provar que o acusado é culpado e não o contrário. De suma importância para um Estado Democrático de Direito, pois em caso de impossibilidade de prova da culpa, ou ainda, dúvida quanto a esta, o réu deverá ser considerado inocente e absolvido, evitando assim arbitrariedades do Estado e vinganças de interesses particulares. Já no que se refere ao tratamento que o Estado dá ao investigado, deverá aquele garantir ao acusado todos os direitos fundamentais da pessoa humana, proporcionando-lhe um devido processo legal, para que ao final seja julgado e considerado culpado ou inocente.

²⁴Rangel, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pág. 24/25.

A principal discussão quanto à infiltração de agente e a presunção de inocência insere-se no campo da infiltração ser uma técnica de obtenção de prova extremamente invasiva e restritiva de direitos fundamentais, e considerando que o investigado é presumido inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória, não poderia o Estado restringir seus direitos de forma tão drástica, sem sua ciência, sob pena de ferimento do princípio da presunção de inocência. Entretanto, entendemos que esta tese, *data vênia*, não tem como prosperar. Para que se inicie uma operação de infiltração policial houve por parte da polícia ou Ministério Público todo um plano operacional, verificando indícios veementes de que o grupo, alvo das investigações, está cometendo crimes em formação de organização criminosa, após, trazidas estas informações à autoridade judiciária, que as analisando entendeu por bem autorizar a medida, estabelecendo de forma circunstanciada seus limites de atuação. Nesse sentido, o sigilo deverá ser mantido, por razões de segurança da vida do infiltrado e da operação em si, como será mais explorado durante este trabalho, até mesmo evitando o desgaste da imagem do investigado perante a sociedade. Observe-se que há participação de todos os órgãos responsáveis pelo *jus perseguendi e jus puniendi* dos criminosos e devido ao fracasso de todos os outros meios de investigações este foi utilizado como *ultima ratio*.

Assim, ao fazer uso da infiltração policial o Estado não esta desrespeitando o princípio da presunção de inocência, mas sim, está restringindo direitos do investigado frente ao direito da segurança pública e suas consequências para a sociedade, quando exponencializado pela formação de organização criminosa.

1.4.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Nas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade”.²⁵ Isto por que o princípio da moralidade estaria relacionado ao desvio de poder. Desta forma, o administrador público se utilizaria de meios lícitos para atingir finalidades imorais, contrárias às leis. Nesse sentido, estando o desvio de poder inserto dentro de um dos elementos do ato

²⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, pág. 77.

administrativo, isto é, a finalidade, tal conduta de utilizar meios lícitos para alcançar fins não queridos pela lei, seriam ilegais e, por conseguinte ferir-se-ia o princípio da legalidade.

Com o intuito de sujeitar o exame judicial da moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade. O direito ampliou seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.²⁶

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode confundir estes dois salutares princípios. Visto que a Constituição Federal em seu art. 37, *caput*, elencou os princípios da moralidade e o da legalidade de forma autônoma. Já no §4 do mesmo artigo é estabelecido que: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” E ainda, entre diversos outros dispositivos da Carta Magna, o seu art. 5º, LXXIII elenca a moralidade administrativa como uma das hipóteses de cabimento da ação popular. Ficando clara a distinção dos dois princípios.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo “o princípio da moralidade torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio”.²⁷

O princípio da moralidade deverá ser obedecido não somente pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.²⁸

No tocante à infiltração de agentes, parte da doutrina assevera que este instituto seria inconstitucional, por ferir o princípio da moralidade administrativa, pois o Estado estaria utilizando-se de meios imorais e antiéticos para o combate à criminalidade, considerando que o agente infiltrado se passa por um criminoso ludibriando de forma ardilosa o investigado e instigando o cometimento de infrações penais. Nesse sentido Eugênio Pacelli:

²⁶Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, pág. 78.

²⁷Alexandrino, Marcelo; Paulo, Vicente, **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed., Rio de Janeiro: Método, 2011, pág. 191/192.

²⁸Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, pág. 79.

De nossa parte, porém, evoluímos para rejeitar a validade das normas ali contidas, (Lei 12.850/2013) por entendê-las excessivas e, por isso, inconstitucionais no horizonte normativo que deve obediência ao paradigma do Estado de Direito, e, ainda mais especificamente, como há de ser um controle de constitucionalidade que se preze – ofensa direta! – ao princípio da moralidade administrativa consagrado no art. 37, da Constituição da República, mesmo quando em tensão ou em conflito com o dever de eficiência que, do mesmo modo, deve orientar as ações do poder público.²⁹

Ocorre que, não identificamos qualquer imoralidade na conduta da infiltração de agente, desde que seguidas e respeitadas todas as normas atinentes a este instituto e também ao princípio do devido processo legal, devendo ser punido aquele agente público que cometer excessos. Lembramos ainda, que não se pode deixar de lado a segurança pública e o direito do Estado de aplicar o *jus perseguendi* e *jus puniendi*, sendo obrigação deste perseguir e punir agentes que cometam infrações penais e em casos que houver aparente conflito de princípios, como exemplo, o princípio da moralidade e da privacidade, devemos fazer uso de um terceiro, o princípio da proporcionalidade, que estudaremos a seguir.

1.4.4 PRINCÍPIO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO

O princípio da não produção de provas contra si mesmo ou *nemo tenetur se detegere* trata-se da conjugação do princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e ampla defesa (art. 5º, LV) como o direito humano fundamental que permite o réu manter-se calado (art. 5º, LXIII).³⁰ Considerando que o Estado é a parte mais forte da relação processual, não seria coerente exigir que o réu fosse obrigado a produzir prova contra si mesmo, devendo o Estado se incumbir desta tarefa sem a dependência da parte acusada. Também é previsto este princípio no âmbito internacional, conforme estabelecido pelo art. 8º, §2º, alínea g, do Pacto de San José da Costa Rica que estabelece ser direito de toda pessoa “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Referido princípio somente é aplicável a procedimentos ativos (como exemplo, prerrogativa de não fornecer material grafotécnico para perícia comparativa escrita) ou

²⁹Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 43. *Apud* Pacelli, Eugênio de Oliveira. Curso de processo penal – 17 ed. – Comentários ao CPP – 5. ed. – Lei 12.850/13.

³⁰Nucci, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 45.

invasivos (negar-se a fornecer amostra de sangue, por exemplo)³¹, desta forma, no caso de reconhecimento de pessoas pelo Delegado de Polícia, não se tratando de procedimento ativo ou invasivo, o indiciado não pode recusar a dele participar, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva nos termos do art. 260 do CPP.

O que se questiona é, justamente, no tocante à infiltração de agentes, o infiltrado obter provas no seio de uma organização criminosa, por meio de gravações de conversas ou realizando cópias de documentos, por exemplo, obtidas diretamente do investigado que o confessou ou entregou os documentos de espontânea vontade, por confiar que o agente infiltrado na verdade era um membro da organização do qual faz parte. Corroborando o acima exposto Gonçalves:

Entretanto, ao conseguir do investigado informações confidenciais e incriminadoras, fazendo com que este pense se tratar de simples conversa entre amigos, o agente infiltrado não lhe dá a oportunidade de exercer seu direito ao silêncio e, dessa forma, não contribuir para produção de provas que futuramente serão utilizadas para incriminá-lo, subtraindo do investigado a devida possibilidade de exercer sua autodefesa.³²

Ocorre que o objetivo da infiltração policial, instituto previsto não só na legislação brasileira, mas em diversos outros países e ainda na convenção internacional da ONU (Convenção de Palermo), é exatamente o de angariar provas mediante o uso de identidade falsa, fazendo-se passar por um criminoso ou outra pessoa qualquer que transmita confiança ao investigado, objetivando que este lhe confidencie seus crimes ou dando-lhe acesso a documentos incriminadores. Entendemos que o salutar princípio da não produção de provas contra si mesmo, não poderá ser óbice para a ação do agente infiltrado, pois, desta forma, se daria a perpetuação da criminalidade organizada, já que todos os outros meios de investigação falharam, e receberia mencionado princípio o caráter de princípio absoluto, o que não existe em nenhum ordenamento jurídico. E ainda, a ação do policial infiltrado, é uma atuação passiva, pois de foram alguma o policial poderá induzir, auxiliar ou instigar o criminoso a cometer crimes, sob pena de se imiscuir-se na figura odiosa do agente provocador, tornando as provas ilícitas.

³¹ Reis, Alexandre Cebrian Araujo; Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 64.

³² Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1. ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 61/62.

1.4.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Possuímos diversos princípios que orientam todo o ordenamento jurídico, protegendo os muitos direitos do homem, ocorre que, por vezes, um direito ao ser protegido, poderá violar outro direito. Podemos citar, como exemplo, o investigado que é exposto pela mídia, onde por um lado tem-se o direito de liberdade de expressão e por outro lado o direito do investigado à privacidade. Ambos os direitos são acolhidos pela Carta Maior como direitos fundamentais. Para solucionar este impasse faz-se necessário a utilização do princípio da proporcionalidade, que tem como sua origem a Alemanha.

Sobre o fundamento do princípio da proporcionalidade nos ensina Gilmar Mendes:

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.³³

O princípio da proporcionalidade possui três metanormas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁴ Assim, ao realizar o controle de constitucionalidade, o julgador deverá avaliar se estas três metanormas foram atendidas, em caso negativo, será preciso ainda auferir se o não atendimento tem como consequência uma inconstitucionalidade.

Quanto à adequação também denominada de pertinência ou idoneidade dos meios e os fins, uma medida adotada somente se considerará proporcional se for apta a fomentar os objetivos almejados. Deve haver uma relação adequada entre o fim determinado e o meio com que são determinados. Analisando o tema, o ato de infiltrar um agente policial em uma organização criminosa é apto a atingir a finalidade almejada pelo Estado (obter provas contra a organização criminosa), a resposta só poderá ser afirmativa.

Com relação à necessidade importa averiguar se a restrição do direito almejado é necessária e indispensável para a conservação de outro direito fundamental. E ainda, que não

³³Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 261.

³⁴Novellino, Marcelo, **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed., Rio de Janeiro: Método, 2014, pág. 502.

seja possível a substituição dessa restrição por outra menos gravosa. Como esclarece Robert Alexy:

O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.³⁵

Interessante lição de Gilmar Mendes: “Ressalte se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.³⁶ Nesse sentido, o uso da infiltração policial pelo Estado somente será considerado como necessário se, e somente se, não houver outros meios menos gravosos para suprir essa busca de provas.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à verificação se a medida escolhida uma vez adequada e necessária é razoável, justa, isto é, o ônus imposto pela norma deve ser menor que o benefício por ela almejado. Corresponde à “lei material do sopesamento”,³⁷ segundo a qual quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.³⁸ Aqui “o sacrifício de valores pela utilização do agente infiltrado como meio de obtenção de provas não pode ser mais relevantes do que os que buscam proteger a medida”.³⁹

Cabe aqui a crítica de Gonçalves ao analisar se a infiltração de agentes atende a proporcionalidade em sentido estrito:

Ousamos discordar da maioria da doutrina. O agente infiltrado pode até figurar como meio adequado e necessário de combate à criminalidade, mas não como proporcional em sentido estrito, já que combater o crime comprimindo direitos e garantias dos investigados nada mais é que uma forma mascarada de totalitarismo estatal que visa apenas a um obscuro

³⁵ Alexy Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 591.

³⁶ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 270.

³⁷ Os três passos a serem observados de acordo com a “lei do sopesamento” são: 1) avaliação do grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; 2) avaliação da importância da satisfação do princípio colidente; e 3) avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio. (Alexy Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 594.)

³⁸ Novellino, Marcelo, **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed., Rio de Janeiro: Método, 2014, pág. 504.

³⁹ Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1. ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 32.

combate à criminalidade com a utilização dos mesmos meios criminosos. Dessa maneira, não haveria o que ponderar, uma vez que intrinsecamente tal análise argumentativa já estaria viciada.⁴⁰

Assim, deverá o juiz ao analisar o pedido de infiltração de agentes feito pelo Delegado de Polícia ou pelo Ministério Público, nos termos do art. 10 da Lei 12.850/2013, para fins de autorização da medida e estabelecimento de seus limites. Entretanto, tratando-se da operação de infiltração, medida investigativa extremamente invasiva, esta deverá ser utilizada somente nos casos em que não seja possível produzir provas por outros meios disponíveis. Nesse ponto, o juiz ao verificar que a infiltração de agentes é o único meio de angariar provas contra certa organização criminosa, passará a analisar seus limites e deverá utilizar-se do princípio da proporcionalidade para sopesar os direitos em jogo, isto é, a proteção do bem jurídico tutelado pela lei contra o direito do investigado de ter sua privacidade preservada, bem como de sua família e amigos.

Quanto à prática de crimes pelo agente infiltrado, reza o art. 13 da Lei 12.850/2013 que o agente em sua atuação deverá guardar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, sob pena de responder pelos excessos praticados. Novamente é erigido o princípio da proporcionalidade para solução de um conflito entre violação de direitos e garantia de outros, passível de resolução por meio deste salutar princípio.

Vejamos que o princípio da proporcionalidade é essencial ao instituto de infiltração de agentes, para fins de que em um Estado Democrático de Direito possa haver o combate à criminalidade organizada, respeitando, contudo, os direitos constitucionalmente estabelecidos.

1.5 NATUREZA JURÍDICA DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A infiltração policial é uma técnica especial de investigação, isto porque somente poderá ser utilizada nos casos em que houver indícios de cometimento de infrações penais levados a cabo por organizações criminosas ou infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no país e o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro ou reciprocamente, bem como, ser aplicada às organizações terroristas internacionalmente reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por

⁴⁰ Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1. ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 32.

foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo e atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

O que a torna especial quanto comparada a outros meios de investigação é justamente a limitação das infrações penais que poderão ser investigadas por meio de infiltração policial. Observando-se ainda, que para fazer uso deste instituto deverá o Delegado de Polícia ou Promotor de Justiça demonstrar que a prova não pode ser produzida por outro meio disponível.

Nesse panorama, o Advogado Criminalista Vinícius Abdala Gonçalves diferenciando meios de provas de meios de obtenção de prova, chega à conclusão que a infiltração policial é um meio de obtenção de provas, seja porque está cingido ao inquérito policial, pois não há como utilizar-se da infiltração policial durante a ação penal, até mesmo pelo seu caráter sigiloso, o que não pode ocorrer na ação penal, sob pena de ferir os princípios da ampla defesa e do contraditório. E também porque “os meios de provas seriam analisados pela aptidão, por si mesmos, para serem fonte de conhecimento, ao contrário do que acontece com os meios de obtenção de prova, que, como o próprio nome demonstra, servem apenas para capturar provas que posteriormente serão analisadas”.⁴¹

Em outra perspectiva, Nucci entende ser a infiltração policial um meio de prova misto, quando aduz:

A natureza jurídica da infiltração de agentes é um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado *busca* provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha.⁴²

No entanto, o legislador no art. 3º da Lei 12.850/2013 optou por classificar tanto a infiltração de agentes quanto os demais mecanismos de investigações de meios de obtenção de provas, corroborando com o entendimento adotado neste trabalho, já exposto acima.

⁴¹ Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1. ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 17.

⁴² Nucci, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 75

2 AGENTE INFILTRADO

Trataremos agora do protagonista de nosso estudo, isto é, a figura do agente infiltrado. Uma das primeiras perguntas que vem à mente é, exatamente, quem pode ser o agente infiltrado. Para resposta desta pergunta, mister ser faz conceituar o que vem a ser agente infiltrado, apresentando as figuras assemelhadas que com ele não se confundem.

2.1 AGENTE INFILTRADO E FIGURAS ASSEMELHADAS

Levando-se em conta que a Convenção de Palermo, mediada pelas Organizações das Nações Unidas (ONU), é o principal instrumento internacional de combate à criminalidade organizada, do qual o Brasil faz parte, não poderíamos deixar de lado o conceito de agente infiltrado dado pela ONU em seu manual de treinamento operacional para o combate ao tráfico de pessoas:

Undercover operations may be used where it is possible for a law enforcement agent or other person to infiltrate a criminal organization to gather evidence. Undercover operations should only be carried out by well-managed and properly trained staff.⁴³

Observa-se que pelo conceito trazido pela ONU não somente o *Law enforcement agent*, isto é, o agente público ou agente da lei, como também *other person* ou particular poderão se infiltrar em organizações criminosas, diferentemente do que ocorre no Brasil que a Lei 12.850/2013 estabelece em seu art. 10 que somente **agentes de polícia** poderão participar de operações de infiltração. Contudo nem sempre foi assim, a antiga Lei 9.034/1995 em seu art. 2º, V, rezava que a infiltração policial poderia ser levada a cabo por **agentes de polícia ou de inteligência**, sendo mais amplo seu conceito.

⁴³ Obra de autoria coletiva. **UNODC operation training manual to combat trafficking in person. Tool 5.8 Special Investigative Techniques.** Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/08-58296_tool_5-8.pdf>, acesso em: 22, ago. 2015 às 11:20. Tradução livre: Operação de infiltração poderá ser utilizada, quando possível, por um agente da lei ou outra pessoa para se infiltrar em uma organização criminosa para obter evidências. Operação de infiltração deverá somente ser executada por agentes bem gerenciados e propriamente treinados.

Segundo as preciosas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “o poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária”.⁴⁴ Sendo que a principal diferença refere-se ao caráter preventivo da polícia administrativa e o caráter repressivo da polícia judiciária. Salienta ainda a professora Di Pietro que a diferença não é absoluta, pois poderá a polícia administrativa agir tanto preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de armas) como repressivamente (a exemplo do que ocorre quanto apreende a arma usada indevidamente). E finalizando, ressalta ainda a diferença de que a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (como a Polícia Civil), enquanto a polícia administrativa se reparte em diversos órgãos da administração, incluindo os órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua este mister, atuando nas mais diversas áreas como saúde, educação, trabalho etc.⁴⁵

Segundo o art. 144 da Constituição Federal de 1988 caberão somente as Polícias Civil e Federal a atribuição de apuração de infrações penais, sendo que à Polícia Federal no §1º foi dado um rol exemplificativo, que poderá ser ampliado desde que autorizado ou determinado pelo Ministro de Estado da Justiça, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei 10.446/2002. E às Polícias Cíveis caberão as apurações das demais infrações penais, exceto as militares.

Isto posto, observa-se que às Polícias Civil e Federal cabem a atribuição da polícia judiciária, que tem caráter repressivo, atuando após o cometimento do injusto penal, sendo que a Lei 12.850/2013 ao prever agentes de polícia como os únicos responsáveis pela infiltração policial quis restringir o conceito de agente infiltrado para somente servidores públicos concursados da Polícia Civil ou da Polícia Federal, excluindo-se por consequência as demais figuras assemelhadas estudadas abaixo, como também os agentes de polícia que exercem o poder de polícia preventivo e ostensivo como a Polícia Militar.

Ademais, não podemos confundir com infiltração policial a participação velada de policiais em manifestações, a fim de identificar pessoas ou grupos de pessoas que estejam cometendo infrações penais, nos ensinamentos de Marllon Sousa:

Primeiro o policial, em tais situações, não tem como meta a aceitação no grupo investigado por parte de seus membros, com a consequente inserção em nenhum grupo criminoso organizado.

⁴⁴Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, pág. 124.

⁴⁵ Id. Ibid., pág. 124.

Seu intuito é simplesmente se utilizar de uma oportunidade na qual há reunião de número e grupo indefinido de pessoas, como forma de manifestação social específica, na qual pode ou não haver a ocorrência do delito.

Ademais, o policial à paisana, em tais casos, não faz parte do grupo. Ele foi designado pela autoridade superior para acompanhar a manifestação, podendo ocorrer cometimento de delitos em seu desenrolar ou não, devendo somente efetuar a identificação dos autores e colheita de evidência quanto aos crimes que eventualmente presenciar.⁴⁶

Outra figura assemelhada ao agente infiltrado é o agente de inteligência, contudo, antes de adentrar ao tema de agente de inteligência faz-se necessário definir o que vem a ser atividade de inteligência. Para a pesquisadora Priscila Antunes, compilando a literatura internacional, sistematizou a seguinte consideração:

[...] a atividade de inteligência refere-se a certos tipos de informações, relacionadas à segurança do Estado, às atividades desempenhadas no sentido de obtê-las ou impedir que outros países a obtenham e às organizações responsáveis pela realização e coordenação da atividade na esfera estatal.⁴⁷

Acrescenta ainda, o Promotor de Justiça Denilson Pacheco, que os serviços de inteligência se subdividem em três áreas:

- a) Análise, setor com a função de produzir informações, que serão difundidas por meio de instrumentos próprios, visando o assessoramento do usuário final do conhecimento criado;
- b) Contra-inteligência, responsável pela salvaguarda dos dados, conhecimentos, instalações e pessoal pertencentes à instituição;
- c) Operações, área incumbida pelo planejamento e pela implementação das atividades de busca ou coleta dos dados negados ou não disponíveis.⁴⁸

Salienta também o ilustre Promotor que as atividades de inteligência voltadas à segurança pública podem dividir-se em inteligência clássica ou de estado e inteligência criminal ou de segurança pública. A primeira seria destinada a obtenção de informações e análise para a tomada de decisão estratégica de chefias máximas como Chefe da Polícia Civil, Comandante Geral da Polícia Militar, o Secretário de Estado de Segurança Pública e

⁴⁶Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 43.

⁴⁷Antunes, Priscila C. B. **SNI & ABIN: Entre a teoria e a prática. Uma leitura da atuação dos Serviços Secretos brasileiros ao longo do século XX**. Rio de Janeiro: FGV, 2002. *Apud* Romão, Cid Ferreira. **O que é inteligência policial – Discutindo um conceito**. Disponível em: <<http://www.inteligenciapolicial.com.br/2011/03/artigo-o-que-e-inteligencia-policial.html>>. Acesso em: 27, ago. 2015 às 08:27.

⁴⁸Pacheco, Denilson Feitoza. Atividades de inteligência e processo penal. In: IV Jornada Jurídica Da Justiça Militar Da União – Auditoria da 4ª CJM, 30 set. 2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividadedeinteligencia.htm>>, acesso em: 27, ago. 2015 às 08:47.

etc. Já a inteligência criminal ou de segurança pública refere-se à produção de provas em investigações criminais e processos criminais.⁴⁹

No Brasil os agentes de inteligência são os agentes públicos que prestam serviços para o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN). Os agentes de inteligência atuam angariando e analisando informações, produzindo e difundindo conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.⁵⁰

Nesta esteira, verifica-se que no modelo trazido pelo professor Pacheco, os agentes de inteligência no Brasil exercem a atividade de inteligência clássica, e por consequência, não incumbem aos agentes de inteligência a busca por provas a serem utilizadas em uma futura ação penal, atribuição esta das Polícias Civil e Federal, acertando o legislador em sua exclusão do rol dos candidatos a agente infiltrado.

Cabe ainda fazer uma menção ao serviço reservado da Polícia Militar, mais conhecido como “P2” que nas palavras do jornalista e sociólogo Ricardo Cavalcante: “ao contrário do Policial Militar que trabalha nas ruas, seja fazendo patrulha móvel ou monitorando pontos fixos, o policial do P2 age à paisana, despertando menos atenção que seus companheiros de farda. O recurso é necessário para que ele possa agir com mais segurança, em especial nas tarefas que exigem um agente infiltrado”.⁵¹

Segundo ainda Cavalcante, este serviço reservado foi criado originalmente para coibir abusos e ilegalidades praticadas pelos próprios militares. Contudo, com o passar do tempo sua área de atuação foi ampliada para subsidiar ações e operações policiais, como por exemplo,

⁴⁹Pacheco, Denilson Feitoza. Atividades de inteligência e processo penal. In: IV Jornada Jurídica Da Justiça Militar Da União – Auditoria da 4ª CJM, 30 set. 2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividadedeinteligencia.htm>>, acesso em: 27, ago. 2015 às 08:47.

⁵⁰ Brasil. Art. 2º do Decreto nº 4.376 de 13 de setembro de 2002. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4376compilado.htm>, acesso em: 24, ago. 2015 às 09:54.

⁵¹ Cavalcante, Ricardo Moura Braga. **Polícia Civil e Serviço Reservado da PM: campo de tensões**. Disponível em: <http://www.academia.edu/5084692/Pol%C3%ADcia_Civil_e_Servi%C3%A7o_Reservado_da_PM_campo_de_tens%C3%B5es>, acesso em: 29, ago. 2015 às 10:35.

com base nos relatórios dos policiais do serviço reservado, o comando da polícia estabelece o efetivo a ser utilizado em operações, bem como, estratégias a serem adotadas.⁵²

Ocorre que muitas vezes as atividades do serviço reservado da Polícia Militar, que também é uma atividade de inteligência, conforme exposto acima, acabam extrapolando sua competência chegando a realizarem verdadeiras investigações criminais, inclusive angariando provas de infrações penais comuns, competência essa exclusiva das Polícias Civil e Federal, sendo inconstitucional e gerando assim atritos entre os órgãos. Em suma, também não poderão os policiais do serviço reservado da Polícia Militar participarem de operações de infiltração de agentes.

Outra figura que com nada se coaduna com o agente infiltrado é o agente provocador, pois apesar de, por vezes, se tratar de um agente público, este está agindo na forma irregular de seu ofício. O agente provocador é aquele que incita ou instiga a prática de um crime a alguém, contudo antes já se certificou de todas as medidas necessárias para que o agente seja preso em flagrante, espécie de flagrante nominado pela doutrina como flagrante provocado. Este flagrante não é válido, como explica o eminente doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de um arremedo de flagrante, ocorrendo quanto um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-la. Trata-se de crime impossível (art. 17, CP), pois inviável a sua consumação.⁵³

A jurisprudência também já é consolidada nesse sentido, como se observa na redação da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Tanto um policial como um particular pode agir como um agente provocador, sendo inválido o flagrante de ambas as formas, não há como tolerar no atual desenvolvimento de nosso Direito Penal, a provocação, devendo ser rechaçada qualquer conduta neste sentido.

Quanto ao tema, pondera Pacheco:

O policial, na procura da eficácia, atua para prevenir e reprimir o crime organizado, mas, antes de tudo, deve respeito à lei. Portanto, é defeso a ele

⁵²Cavalcante, Ricardo Moura Braga. **Polícia Civil e Serviço Reservado da PM: campo de tensões**. Disponível em:

<http://www.academia.edu/5084692/Pol%C3%ADcia_Civil_e_Servi%C3%A7o_Reservado_da_PM_campo_de_tens%C3%B5es>, acesso em: 29, ago. 2015 às 10:35.

⁵³Nucci, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 599.

valer-se de sua condição de infiltrado para com o uso de procedimentos ilegítimos dar efetividade ao seu trabalho. Não se quer justiceiros e sim profissionais qualificados e corretos para tarefa tão complexa, pois a atuação legal concede pureza às ações dos agentes da Lei.⁵⁴

Nos EUA, as principais técnicas e métodos frequentemente utilizados no combate ao crime organizado, são três: a operação *undercover*, o uso de informantes e a vigilância eletrônica. A primeira delas é a infiltração, legal e legítima, de agentes do governo nas organizações criminosas. [...] Os informantes, diferentemente do que acontece no Brasil, onde são conhecidos como “gansos” ou “X 9”, são constantemente utilizados.⁵⁵

Os informantes são, na verdade, particulares que repassam à Polícia informações sobre criminosos, “atuando plenamente amparada pelo Texto Constitucional (art. 144, *caput*, da CRFB), segundo o qual a segurança pública configura dever do Estado e *responsabilidade* de todos”.⁵⁶

Desta forma, concluímos que o informante possui certa proximidade com o meio policial, prestando informações a respeito de atividades criminosas, que por ventura tome conhecimento. Contudo, não se confunde com o agente infiltrado, pois não há nenhum controle de suas atividades pelas autoridades públicas e também não está autorizado a cometer nenhum tipo de crime ou infringir qualquer direito constitucionalmente garantido aos cidadãos, sob justificativa de colher informações à polícia. Sendo válidas as informações prestadas, a título de cidadão que presa pela segurança pública do local onde vive, não havendo qualquer vínculo do informante com os órgãos públicos.

Por fim, ressaltamos a impossibilidade de infiltração policial realizada por particulares, por razões óbvias, o particular não teve o treinamento adequado para suportar tarefa tão complexa que exige técnica e preparo psicológico. André Carlos e Reis Friede ainda ressalta:

A infiltração policial, devidamente amparada por normas jurídicas, implica, de certa forma, uma invasão estatal direta na esfera intimado indivíduo investigado. O agente policial infiltrado, nesta linha de raciocínio, poderá, com a devida autorização judicial, ingressar no domicílio do cidadão sob investigação, razão pela qual a vedação legal quanto ao emprego de

⁵⁴ Pacheco, Rafael. **Crime organizado**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007, pág. 141.

⁵⁵ Queiroz, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil**. 1. ed., São Paulo: Iglu, 1998, pág. 20/21.

⁵⁶ Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 32.

particulares afigura-se plenamente condizente com a Lei Maior, que impede a restrição desarrazoada de direitos fundamentais.⁵⁷

Reforçando ainda a vedação de uso de particulares na infiltração policial, podemos citar o grande risco do particular se sentir seduzido pelo mundo do crime, pois vivenciando o “dinheiro fácil”, pode acabar por integrar a organização criminosa e fortalecê-la ainda mais, levando informações preciosas que a polícia judiciária já havia angariado objetivando seu desmantelamento.

2.2 TIPOS DE INFILTRAÇÃO: *LIGHT COVER E DEEP COVER*

Dependendo do tipo de organização, a complexidade de sua estrutura, distribuição geográfica de seus membros entre outros atributos que se pretenda investigar a operação de infiltração poderá ser leve ou profunda. Nos Estados Unidos foi adotada a nomenclatura de *light cover* e *deep cover* para representar as operações leves e as profundas respectivamente.

Quanto às operações *light cover* estas são utilizadas em casos menos complexos, a família e seus amigos próximos podem até saber do seu real trabalho, mas publicamente o policial é mais um dos policiais de um departamento da polícia judiciária, não se exige que o agente viva sob identidade falsa, mas sim que a utilize sempre que requisitado para propósitos operacionais ou de inteligência. Um policial em uma operação *light cover* não vive uma vida separada da sua identidade real e executa outras tarefas de suporte à operação de infiltração quando fora da sua identidade falsa. No tocante às operações *deep cover* frequentemente requer que o policial infiltrado viva sua identidade falsa em um ambiente hostil, envolvendo um grande comprometimento tanto do agente infiltrado quanto do departamento da polícia judiciária responsável pela infiltração.⁵⁸

Pacheco quanto ao tema nos traz as seguintes lições:

⁵⁷ Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 32.

⁵⁸ Ruiz, Jim; Hummer, Don. **Handbook of Police administration**. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=oM5H4y6QAzcC&pg=PA250&lpg=PA250&dq=light+cover+e+deep+cover&source=bl&ots=GxdtC535Jh&sig=FkEsx5CNGQ3hUhGC5MOBNQiL3zs&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CCMQ6AEwAWoVChMI2Njo3ouSyAIVSEuQCh2r-Arb#v=onepage&q&f=false>>, acesso em: 25, set. 2015 às 09:55.

As *light cover* não duram mais de seis meses, não exigem permanência contínua no meio criminoso, demandam menos planejamento, os agentes mantêm sua identidade e seu lugar na estrutura policial. Podem constituir uma única transação ou somente um encontro para recolhimento de informações. As *deep cover* têm duração superior a seis meses, exigem total imersão no meio criminoso, os agentes assumem identidades falsas e os contatos com a família ficam irregulares podendo até ser suspensos totalmente. As *deep cover* são mais perigosas e envolvem problemas logísticos, humanos e éticos.⁵⁹

A Lei 12.850/2013 não fez qualquer distinção de infiltrações *light cover* ou *deep cover*, contudo, nos trouxe o que há tempos era esperado pela doutrina nacional, a saber, a delimitação de prazo de duração da infiltração de agentes, estabelecendo em seu art. 10, §3º que a infiltração policial será autorizada por no máximo 6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovadamente necessária. Acertadamente Ferro, Pereira e Gazzola aduzem que “não se poderia aceitar como válida a falta de delimitação temporal, sob pena de presenciarmos uma atividade policial marcada pela arbitrariedade e pelo abuso de poder”.⁶⁰

2.3 DIREITOS E DEVERES DO AGENTE INFILTRADO

Considerando que a infiltração de agentes é complexa e traz riscos para o agente infiltrado, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana é necessária a previsão de direitos ao agente infiltrado, alguns destes direitos foram elencados no art. 14 da Lei 12.850/2013:

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;

⁵⁹ Pacheco, Rafael. **Crime organizado**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007, pág. 127.

⁶⁰ Ferro, Ana Luiza Almeida; Pereira, Flávio Cardoso; Gazzola Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada**. 1 ed., Curitiba: Juruá, 2014, pág. 203.

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Observa-se o zelo que o legislador teve com a figura do agente infiltrado, e não é por menos, pois este está colocando sua própria vida e de seus familiares em risco em prol da coletividade. Assim, no inciso I acima, verificamos a voluntariedade da infiltração policial, nenhum agente policial poderá ser compelido a participar de operação tão perigosa como é a infiltração policial, a sua participação deverá ser voluntária. Poderá também, o agente que de forma voluntária participar de operação de infiltração, ter sua identidade alterada, nos termos da lei de proteção à testemunha e fazer parte do programa de proteção à testemunha, se necessário.

Quanto ao sigilo da operação, é de se esperar que o nome, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais do agente infiltrado sejam preservadas, para sua própria segurança como também para o sucesso da infiltração. Nesse sentido, Andre Carlos e Reis Friede entendem pertinente algumas mediadas tomadas pelo Delegado de Polícia, Promotor de Justiça e Juiz, restringindo ao máximo o número de servidores que poderão ter acesso aos autos de infiltração policial, devendo a instituição policial traçar mecanismos *interna corporis* que visem resguardar o devido sigilo, como, por exemplo, justificar a ausência temporária do agente infiltrado, simulando o gozo de férias ou licença prêmio, evitando assim suspeitas por parte de seus colegas de trabalho. No âmbito do poder judiciário devem ser criadas medidas que viabilizem a distribuição da representação do Delegado de Polícia ou requerimento do Promotor de Justiça diretamente no gabinete do Magistrado, cabendo-lhe, por sua vez, designar servidor responsável por fazer tramitar o expediente.⁶¹

Podemos mencionar outros direitos não elencados pela lei, como o direito de ser devidamente treinado para fins de infiltração policial, não seria aceitável em um Estado Democrático de Direito, a colocação de um agente policial à tão elevado risco, sem o devido treinamento, ainda mais considerando que muitas vezes é aconselhável para o órgão policial fazer uso de agentes novatos, uma vez que são poucos conhecidos. A junção de falta de experiência com o despreparo funcional, certamente ocasionaria o insucesso da infiltração, não sendo, por óbvio, o objetivo das autoridades públicas. Este treinamento deverá ser realizado por estudiosos do assunto e além do aspecto jurídico do instituto deverá o órgão policial fazer uso de psicólogos, atores e demais profissionais que julgarem necessários. No

⁶¹Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 36/37.

Brasil os policiais estão acostumados em trabalharem em condições longe das ideais, contudo, tratando-se de infiltração de agentes, não é aceitável cogitar-se da aplicação desta gravosa medida sem o mínimo necessário para a segurança do agente infiltrado e sucesso da operação. Em sua monografia Marcos Aurélio Costa de Lima sugestiona a “criação de uma unidade de ações encobertas, nos moldes do FBI⁶², sendo responsável pelo estudo, regulamentação da medida no âmbito da Polícia Federal, seleção e treinamento de potenciais infiltrados e, fundamentalmente, supervisão das medidas em execução e avaliação daquelas já encerradas”.⁶³ No tocante ainda ao treinamento, deverão os órgãos policiais elaborarem regulamentos que padronizaria o treinamento trazendo mais segurança para atuação dos profissionais infiltrados. Marcos Aurélio Costa de Lima sugere que às unidades especializadas em infiltração de agentes incumbirá:

Desenvolvimento de uma doutrina brasileira sobre técnicas policiais no manejo da infiltração; assessoria ao Diretor Geral na confecção de uma Instrução Normativa sobre o assunto; selecionar os profissionais com perfil adequado para o trabalho infiltrado; promover cursos de treinamento dos policiais escolhidos, onde deverão ser tratados necessariamente temas como a seleção e treinamento dos policiais infiltrados; formas de inserção do infiltrado no ambiente criminoso; o estresse do infiltrado; a relação do infiltrado com a autoridade policial e com o restante da equipe; encerramento típico e atípico da infiltração policial, inclusive o resgate; segurança do agente; vida pós-infiltração; limites do infiltrado; incidentes previsíveis durante o trabalho encoberto, dentre outros; autorização da infiltração, através da unidade regional, quando deverá observar se o proponente reúne condições de realizar o trabalho com níveis aceitáveis de segurança; e análise dos trabalhos já encerrados visando o aperfeiçoamento de nossas práticas.⁶⁴

Cabe ressaltar também o direito do agente de possuir, antes do início da operação de infiltração, um plano operacional de infiltração. Este plano operacional será essencial para que a infiltração seja frutífera, devendo abarcar a falsificação de documentos, criação de falsa história de vida do infiltrado, estratégia do primeiro contato com a organização criminosa, suporte tecnológico-operacional, pelo qual será possível a comunicação com o agente infiltrado, o acompanhamento de suas tarefas pela equipe de infiltração, seu resgate, se necessário, etc.

⁶²Federal Bureau of Investigation – é uma unidade de polícia do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América.

⁶³Lima, Marcos Aurélio. **Costa de Infiltração Policial: pensando um modelo**. Rio de Janeiro: ESG, 2013. Disponível em: <<http://www.esg.br/images/Monografias/2013/LIMAM.pdf>> acesso em: 11, set. 2015 às 09:02.

⁶⁴*Id. Ibid.*

Por outro lado, como em toda relação seja ela social, afetiva ou profissional juntamente com os direitos vêm os deveres. Na infiltração policial não é diferente, o agente infiltrado possui deveres com as autoridades públicas e com a sociedade, pois se houver desídia ou descumprimento de seu papel como agente infiltrado, além de colocar sua própria vida em risco, está colocando toda a operação de infiltração em xeque, acarretando dano ao patrimônio público e colaborando para a desordem pública.

Nesse ínterim, deverá o agente infiltrado sempre respeitar a finalidade da investigação e observar a proporcionalidade de suas condutas. Atuando nos exatos limites da autorização judicial da infiltração policial.

Deverá sempre manter informado seu superior hierárquico, o relatório é um dos deveres do agente infiltrado, conforme previsto no art. 10, §5º da Lei 12.850/2013⁶⁵. É de suma importância que o agente infiltrado faça um relatório detalhado, sempre que requisitado, sobre as atividades da organização criminosa, identificação de seus membros, fontes de recursos e financiamento da empreitada criminosa, envolvimento da organização criminosa com o setor público, entre outras informações que julgar importantes e forem descobertas durante a infiltração. Com o relatório a autoridade policial obterá uma visão holística da infiltração, podem alterar o rumo das investigações e auxiliar da melhor forma o agente infiltrado na condução de suas atribuições.

Importante detalhe observado pelo Delegado de Polícia André Carlos e o Desembargador Federal Reis Friede, que o relatório deverá ser primeiramente encaminhado para o Delegado de Polícia, mesmo quando requisitado pelo Promotor de Justiça:

Deverá ser previamente endereçado à autoridade policial responsável pela investigação, de modo que esta possa avaliar a condução operacional da medida, corrigindo-a, de imediato, caso venha a detectar algum desvio. Não vislumbramos, assim, a possibilidade de tal relatório ser enviado pelo agente infiltrado diretamente ao membro do Ministério Público.⁶⁶

Quanto à forma de elaboração do relatório e seu encaminhamento, uma vez que a lei foi omissa neste ponto, entendemos que o agente infiltrado poderá fazê-lo de qualquer forma (e-mail, contato telefônico, carta, etc.), sempre prezando por sua segurança, devendo ser reduzido a termo sempre que não estiver na forma escrita.

⁶⁵ § 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.

⁶⁶ Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 4/5.

2.4 SUPORTE AO AGENTE INFILTRADO DURANTE A INFILTRAÇÃO

Como já adiantado acima, antes de qualquer infiltração policial deverá a autoridade policial responsável pela operação montar o plano de operacional de infiltração, minimizando os riscos do agente infiltrado e maximizando a chance de sucesso da infiltração. Uma vez que não normas regulamentando o plano operacional de infiltração, coube à doutrina e a experiência policial traçar as primeiras diretrizes quanto ao tema.

André Carlos e Reis Friede em seus estudos estruturaram a operação de infiltração de agentes em segmentos interno e externo⁶⁷. O segmento interno é constituído pelo próprio agente infiltrado, devidamente formado e treinado. Consideram o segmento mais importante, devido à proximidade com a organização criminosa e conseqüentemente merece maior atenção da autoridade policial. Já o segmento externo refere-se à equipe de apoio ao agente infiltrado que se subdivide em: equipe de acompanhamento responsável pelo acompanhamento diuturno da operação e pela manutenção do contato permanente como infiltrado, por meio da qual o agente poderá entregar seus relatórios, provas e requerimentos; equipe de análise de dados que analisará mais detidamente todos os dados obtidos pelo agente infiltrado; equipe de proteção e resgate responsável pela proteção e resgate do infiltrado, caso identifiquem situações de iminente risco de vida, nada mais são que os guardiões do infiltrado; equipe de controle, a esta equipe cabe uma das principais funções que visam o sucesso da medida, devido à complexidade do instituto, ora analisado, não seria justo, muito menos coerente, que o infiltrado fosse o único responsável pela lisura da investigação durante a infiltração, sendo assim, a equipe de controle dará ao agente infiltrado todo o apoio para controlar sua atuação frente à organização criminosa, objetivando impedir o desvirtuamento da medida, alertando-o quanto à proporcionalidade que deverá pautar sua atuação.

⁶⁷ Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 62/64.

2.5 DECISÃO PELA INFILTRAÇÃO RESPONSABILIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA

Como já abordado, a autorização judicial para que seja possível a infiltração de agentes cabe ao magistrado. Contudo, nos termos do art. 10 da Lei 12.850/2013, caberão ao Delegado de Polícia ou ao Promotor de Justiça a representação e o requerimento, respectivamente, da infiltração policial ao Juiz, não podendo o membro do judiciário de ofício determinar a infiltração policial, pois não cabe a este a análise de viabilidade da operação de infiltração.

Entretanto, partindo da premissa que apenas o Delegado de Polícia possui treinamento policial adequado para realizar a análise de viabilidade da operação de infiltração, evitando a colocação de agentes policiais em risco e avaliando as chances de sucesso da operação, somente ao Delegado caberá decidir, em última análise, pela conveniência ou não da infiltração policial. Desta forma, mesmo que requerido a deflagração da operação de infiltração pelo Ministério Público e autorizada pelo Judiciário, caso haja negativa por parte do Delegado de Polícia, por sua análise técnica-operacional, alegando inviabilidade da infiltração, esta não poderá ser iniciada.

Nesse sentido o Mendroni, Promotor de Justiça de São Paulo:

Mais qualificado para a consideração do binômio risco/produção será sempre o Delegado de Polícia – superior do agente policial. São os policiais que recebem o treinamento adequado e, portanto, aos policiais incumbe a avaliação técnica da situação que, em hipóteses de risco, decida pela cessação da atividade. [...] Acreditamos que, sendo operação exclusivamente do âmbito policial, vedada é a determinação judicial nesse sentido. O judiciário deve manter-se em posição passiva, de autorizar ou não o requerimento, mediante análise das questões objetivas – probatórias, e, sem tomar iniciativa de ofício de determinação, deixar a avaliação da sua conveniência para a Polícia, ouvido sempre o representante do Ministério Público que, titular da ação penal, oporá manifestação relativa ao aspecto probatório.⁶⁸

Importante mencionar que mesmo que o Juiz autoriza-se a infiltração de agentes por requerimento do Ministério Público, mas, contudo, com a negativa por parte do Delegado de Polícia, considerando ser o responsável pela seleção do agente e por toda elaboração do plano operacional, não seria a melhor opção para o *Parquet* e o judiciário a continuidade no pedido,

⁶⁸Mendroni, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 192.

por razões óbvias. Ora, se aquele que é responsável por todo o planejamento e execução da operação, acredita que não é possível a utilização da infiltração, sem colocação em risco dos agentes públicos ou por impossibilidade técnica e materiais para o sucesso da operação, não há como ter sucesso tal empreitada.

Entretanto, sugerimos que caso ocorra esta situação de divergência da Polícia como o Ministério Público sobre a viabilidade ou não da infiltração policial, que seja consultado o superior hierárquico do Delegado de Polícia sobre a questão, sendo este também um policial com todos os conhecimentos necessários para a avaliação adequada do impasse, sua decisão será o voto de minerva.

3 PROVAS PRODUZIDAS DURANTE A INFILTRAÇÃO

Chegamos ao ponto essencial do tema que nos propomos a estudar, a saber, a produção de provas durante a infiltração policial. Tema de extrema relevância, uma vez que é o objetivo final da infiltração de agentes, necessário é discutir as formas de obtenção desta prova, velando pela segurança da operação e do agente infiltrado, antes e após a infiltração, e ainda avaliar a validade das provas produzidas e a forma de contraditório.

3.1 VALIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS DURANTE A INFILTRAÇÃO

Um dos pontos nevrálgicos deste estudo é justamente a validade das provas produzidas durante a infiltração de agentes, pois é, na verdade, o objetivo da operação de infiltração, para que no futuro por meio de uma ação penal haja a condenação dos criminosos e desmantelamento da organização criminosa. Dito isto, é necessário que o agente infiltrado atue nos exatos limites determinados pelo juiz, no ato de autorização da operação de infiltração de agentes, respeitando ainda, as normas constitucionais e os direitos dos investigados, sob pena de serem consideradas inválidas as provas produzidas durante a operação, perdendo-se todo o trabalho realizado, como também ser o agente responsabilizado por eventual excesso de sua parte.

Além da autorização judicial para a infiltração, o mandado de infiltração deverá conter autorização expressa, para que o agente, sendo favoráveis as condições e sem risco pessoal, apreenda documentos de qualquer natureza, desde papéis a arquivos magnéticos; dispondo de equipamentos correspondentes, realize filmagens, fotografias e escutas, ambientais e telefônicas.⁶⁹ Até porque, seria inviável que o agente tivesse que buscar autorização judicial para toda prova que entender necessária a apreensão ou a cada situação vivida na infiltração que mereça ser capturada, por meio de filmagem, fotografia etc., para fins de provas na futura ação penal, evitando assim o perecimento da possível prova, pois há situações que somente será possível a obtenção de um documento em um determinado momento, caso o agente perca

⁶⁹Mendroni, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 185.

a sua chance não teria mais acesso as provas. E ainda, e não menos importante, visa à segurança do agente infiltrado e da própria operação em si.

E acrescenta Mendroni “posteriormente, apreendida a prova, o agente deverá reportar as condições de tempo, lugar e a forma como foi apreendida, não só para viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório, mas também para apreciação judicial das condições de sua legalidade”.⁷⁰

O Brasil adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada, que estabelece ser a prova ilícita, sempre que derivada de outras provas obtidas por meios ilícitos, isto é, por um meio proibido ou não fomentado pelo estado, ferindo a constituição. Nesse sentido, Nucci ensina que “a reforma introduzida pela Lei 11.690/2008 optou pelo sistema da prova ilícita por derivação, que sempre nos pareceu o ideal para o atual estágio da persecução penal no Brasil”.⁷¹

Ademais a legislação brasileira também adotou teorias de convalidação de provas ilícitas, sendo elas a teoria da descoberta inevitável e a teoria da fonte independente. Para a teoria da descoberta inevitável uma prova mesmo que ilícita poderá ser convalidada, sendo então considerada lícita toda vez que o órgão de investigação provar que uma prova obtida por meio ilícito seria alcançada de qualquer forma por outros meios, seguindo o fluxo natural de investigação daquele órgão, através de diligências de praxe. Como bem exemplifica o Juiz Federal Marllon Sousa:

A atuação da autoridade policial que, a partir dos relatórios parciais do infiltrado, designa equipe não infiltrada de policiais para apurar os dados colhidos em outra frente de investigação. No curso das investigações, o infiltrado indevidamente furta documentos na sede da organização criminosa para comprovar crimes por ela cometidos. Contudo, paralelamente, a outra equipe policial tem acesso a cópias destes documentos a partir do rastreo de movimentações financeiras e empresariais.⁷²

Já a teoria da fonte inevitável reza que uma prova ilícita, poderá ser aceita se esta puder ser angariada por mais de uma fonte independente, ou seja, há dois ou mais caminhos para se chegar à mesma prova. Para fins de exemplo, é o caso do agente infiltrado que invade

⁷⁰Mendroni, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 185.

⁷¹Nucci, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 356.

⁷²Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 106/107.

a residência de um dos membros da organização criminosa e encontra documentos que provam a participação em crimes de lavagem de dinheiro. Todavia, paralelamente a Secretaria da Receita Federal do Brasil, sem nenhuma vinculação com investigação feita pela polícia judiciária, através de cruzamentos de dados dos contribuintes, observa uma divergência justamente em nome deste membro da organização criminosa que teve sua residência invadida, e por meio de diligências administrativas obtêm informações que os levam ao mesmo crime descoberto pelo agente infiltrado de forma ilícita e encaminha estas provas ao Ministério Público.

Desta forma, na opinião de Marllon Sousa:

Conclui-se que, em situações excepcionalíssimas, de enorme gravidade concreta (tráfico internacional de pessoas, exploração sexual infantil, tortura, genocídio e ações praticadas por grupos terroristas etc.), havendo o choque de direitos fundamentais individuais considerados, pode ser aplicada a máxima da proporcionalidade (com o exame casuístico de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para ser convalidada uma prova colhida em desacordo com as normas de regência, restando aqui afastada a nulidade da prova.⁷³

Como se percebe o ponto mais frágil para invalidação de provas durante a infiltração de agentes é exatamente a forma como o agente infiltrado coletará estas provas. Daí a importância de que o agente siga, rigorosamente, os limites impostos pelo Juiz no ato de autorização da operação de infiltração e respeite os direitos constitucionais dos investigados. Com estas observações dificilmente as provas de uma infiltração policial serão invalidadas.

3.2 CONTRADITÓRIO DIFERIDO

O princípio do contraditório pode ser considerado um dos instrumentos que conferem validade e eficácia ao ordenamento jurídico, um pilar que permite o confronto equânime entre

⁷³Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 120.

as partes.⁷⁴ Visa assegurar que ambas as partes tenham ciência e possam manifestar-se sobre todos os atos processuais e sobre todas as provas.⁷⁵

Uma vez que é característica, para o sucesso da operação, o sigilo da investigação e a falsa identidade do policial infiltrado discute-se na doutrina se não se estaria ferindo o princípio do contraditório na colheita destas provas, mesmo que em fase pré-processual, pois que o investigado não sabe sequer que está sob investigação, não tendo ciência de nenhum procedimento da colheita de provas. Nesse sentido, Gonçalves aduz:

Não compartilhamos com a ideia defendida por Germano Marques da Silva de que o princípio da igualdade de armas “só vigora tendencialmente nas fases jurisdicionais do processo e em especial do julgamento”. Se assim fosse, de nada adiantaria um processo penal com garantias e princípio se os mesmo somente fossem respeitados depois de terem ocorrido violações nos direitos e garantias do arguido.⁷⁶

Contudo, devemos destacar o caráter inquisitivo do inquérito policial, fase em que se dará toda a infiltração policial. O sistema inquisitivo segundo Nucci é aquele caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce também, a função de acusador, mas acrescenta que o sistema brasileiro é o misto, quando aduz:

Nosso sistema é misto. Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial de prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos na esfera criminal.⁷⁷

⁷⁴ Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1 ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 56.

⁷⁵ Reis, Alexandre Cebrian Araujo; Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 517.

⁷⁶ Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1 ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 57.

⁷⁷ Nucci, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 72/73.

Sendo assim, devido à característica inquisitiva do inquérito policial, as provas obtidas por meio da infiltração policial, apesar de não haver o contraditório imediato, haverá o contraditório diferido, isto é, na fase da ação penal, onde será dada ciência ao réu de toda a investigação, podendo ter acesso a documentos, depoimentos e aos procedimentos utilizados para obtenção das provas, utilizando-se do contraditório e da ampla defesa.

3.3 SIGILO INTERNO E EXTERNO

Com o fito de garantir a eficácia da investigação é necessário a manutenção de seu sigilo. A doutrina distingue o sigilo de investigações em sigilo interno e sigilo externo, o primeiro refere-se à proibição de acesso, pelo próprio investigado e seu advogado, aos autos de investigação ainda não documentados, atendendo assim, às avessas, a súmula vinculante nº 14 que estabelece “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Ainda no tocante ao sigilo interno, no caso da infiltração de agentes, há ainda uma peculiaridade, geralmente mesmo que o processo seja sigiloso todos os funcionários tanto do Judiciário, Ministério Público e das Polícias possuem acesso aos autos, contudo, em se tratando de infiltração policial o mesmo não poderá ocorrer. Devendo o acesso ser limitado ao Juiz, Promotor e Delegado, no máximo, estes poderão autorizar acesso a mais um funcionário da sua extrema confiança, para auxiliá-los, evitando assim o risco de vazamento de informações sigilosas e a colocação em risco da vida do agente e da operação. No mesmo sentido, contudo, mais rigoroso ainda quanto à possibilidade de acesso por funcionários, Mendroni:

Como casos excepcionais que são, ao que se pode interpretar, sequer funcionários de Cartórios Judiciais devem ter acesso, ainda que de completa confiança por parte dos Juízes. Evidente que, se funcionários dos Cartórios Judiciais não puderem ter acesso aos dados, tampouco, e pela mesma razão, não poderão ser acessíveis a funcionários de Cartórios do Ministério Público e da Polícia.⁷⁸

⁷⁸ Mendroni, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 197.

Quanto ao sigilo externo, visa-se evitar o acesso ao público em geral. Nucci reforça essa ideia nos ensinando:

Não cabe a incursão na delegacia, de qualquer do povo, desejando acesso aos autos do inquérito policial, a pretexto de fiscalizar e acompanhar o trabalho do Estado-investigação, como se poderia fazer quanto ao processo-crime em juízo. As investigações já são acompanhadas e fiscalizadas por órgãos estatais, dispensando-se, pois, a publicidade.⁷⁹

Juntando tudo ao já dito acima, importante lembrar que o sigilo externo da investigação interessa ao próprio investigado, atendendo ao princípio da presunção de inocência, evitando o desgaste de sua imagem frente à imprensa, com a sua possível condenação pela opinião pública com base em provas incipientes que podem não serem aceitas no tribunal.

Na lei 12.850/2013 nos art. 10 e 12 caput e seu parágrafo 2º⁸⁰ mostram a preocupação do legislador com o caráter sigiloso que a infiltração policial requer, garantindo tanto o êxito da operação quanto a segurança do agente infiltrado.

3.4 IDENTIFICAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO APÓS A OPERAÇÃO DE INFILTRAÇÃO

Ao encerrar a operação de infiltração, uma dúvida dos operadores do direito é exatamente como proceder com a identificação do agente infiltrado. Deveria ser mantido o sigilo quanto à identificação do agente, mesmo após o término das investigações, de modo a

⁷⁹Nucci, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 118.

⁸⁰Art. 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. (grifo nosso)

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado. (grifo nosso)

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. (grifo nosso)

assegurar a integridade o agente infiltrado e sua família ou com esta atitude se estaria ferindo o princípio do contraditório e por consequência o direito de defesa do acusado?

Uma vez iniciada a operação de infiltração utilizando-se de todo aparato policial e a infiltração de um agente policial, estamos caminhando em um terreno movediço. De um lado, temos que preservar a garantia dos princípios norteadores do processo penal, a fim de evitar um Estado de exceção, no qual são utilizados meios inquisitoriais com a finalidade de combater o crime a qualquer custo, o que já foi constatado pela história, não só do Brasil, mas do mundo, que quando se ferem os princípios de um Estado Democrático de Direito, a tendência é ignorar o postulado da dignidade da pessoa humana, acompanhada de atrocidades contra seres humanos, amparados por uma falsa legalidade, onde o “positivismo equipara o Direito à lei, afastando-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça”.⁸¹

De outro lado, temos em jogo a vida de outros seres humanos, isto é, a vida do agente infiltrado e seus familiares que estariam em risco, por causa do trabalho desempenhado por ordem do Estado, no caso em que seja revelada a identidade do agente.

É sabido que o acusado tem direito de saber a identificação do agente, para exercer o contraditório e a ampla defesa, descobrindo, por exemplo, algo que desabone o agente infiltrado, diminuindo assim a credibilidade de um eventual testemunho contra o réu em juízo.

Há vozes defensoras da não revelação da identidade do agente infiltrado, por questões financeiras, pois o agente infiltrado foi minuciosamente selecionado e intensamente treinado, o que demandou vultosos custos aos cofres públicos e se revelado sua identidade, o agente não poderia participar de nenhuma outra infiltração policial. E ainda, talvez seja preciso inseri-lo no programa de proteção à testemunha da Lei 9.807/1999, mais uma vez demandando altos custos ao Estado. Entretanto, não concordamos com este argumento, porque o Estado não pode por razões de economia ferir direitos fundamentais, melhor seria que não se fizesse a infiltração policial.

Importante ressaltar que nem sempre será preciso a preservação da identidade do agente, após a infiltração, pois haverá casos em que a organização criminosa investigada não tenha nenhum histórico de uso de violência. Caberá então ao juiz, mediante a análise do caso concreto, avaliar a manutenção do sigilo da identificação do agente infiltrado, respeitando tanto o direito do agente quanto o do investigado. Assim, nos casos em que o juiz julgar necessária

⁸¹Lenza, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 13.

a manutenção do sigilo quanto à identidade do agente, estando em conflito a segurança da vida do agente e de seus familiares e o direito a ampla defesa do investigado quanto as provas obtidas por meio da operação de infiltração e partindo-se da premissa que nenhum direito é absoluto, entendemos que há de prevalecer o direito a vida, pois de maior valor.

Mendroni defendendo a ocultação da identidade do agente infiltrado nos traz três razões para manutenção do sigilo:

1-Se assim não for, dificilmente o agente concordará em colaborar – ou seja, sabendo que mais dia menos dia os integrantes da organização criminosa saberão as suas condições e sua verdadeira identidade;

2-Sendo desvelada a sua identidade, o agente já não poderá mais atuar como “infiltrado” em casos futuros; e não haverá muitos agentes especialmente preparados e treinados para atuar em situações semelhantes nos Departamentos de Polícia;

3-O agente correrá sério risco de morte; e não só ele, mas também seus familiares mais próximos e até eventuais amigos.⁸²

Desta forma, consideramos que o sigilo da identificação do agente infiltrado deverá ser mantido, até mesmo após o término da operação de infiltração, e por consequência, cremos correto o inciso III do art. 14 da Lei 12.850/2013, quando aduz ser direito do agente 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.

3.5 AGENTE INFILTRADO COMO TESTEMUNHA

A Lei 12.850/2013 nada estabeleceu referente à possibilidade do agente infiltrado ser ouvido em juízo como testemunha, situação que nos parece corriqueira. Uma vez que, após a conclusão da operação de infiltração frutífera, o caminho a ser traçado será a denúncia dos investigados pelo Ministério Público e nada mais natural que seja arrolado como testemunha aquele que presenciou toda a colheita de provas, possibilitando o detalhamento do funcionamento da organização criminosa entre outros detalhes que, por ventura, possa ter descoberto.

⁸²Mendroni, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 189.

Segundo Alexandre Reis e Victor Gonçalves “testemunha é a pessoa física distinta dos sujeitos processuais chamada a juízo para prestar informações sobre fatos relacionados à infração, mediante assunção de compromisso de dizer a verdade”.⁸³ Verificamos que o agente infiltrado se enquadra perfeitamente neste conceito.

O que muito se discute na doutrina no tocante ao testemunho de policiais é a credibilidade do depoimento do policial que participou das investigações, considerando que o policial teria o interesse de ver o indivíduo que foi investigado por ele, condenado ao final, por diversos motivos atinentes à própria natureza humana, como orgulho, satisfação pessoal, realização, etc. Contudo, quanto a esta questão, já se manifestou a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 73.518/SP:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.⁸⁴

Desta forma, uma vez arrolado o agente infiltrado como testemunha emergirá outra questão, como já estudado acima, se a identidade do agente não pode ser revelada, sob pena de por em risco sua vida e de seus familiares, como proceder com a tomada do depoimento do agente? E ainda, não feriria o princípio do contraditório e da ampla defesa do réu?

Entendemos que caberá ao juiz a análise do caso concreto, devendo avaliar o grau de risco ao agente infiltrado e sua família, para decidir sobre a revelação ou não de sua identidade, sendo que nos casos em que for mantido o sigilo, o depoimento do agente deverá ser suprido por meio de depoimento de seu superior hierárquico, que por sua vez tomou conhecimento e acompanhou todos os detalhes da investigação e elaborou relatório circunstanciado da investigação, nos termos do art. 10, §4º da Lei 12.850/2013.

⁸³ Reis, Alexandre Cebrian Araujo; Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 288.

⁸⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=18/10/1996&incidente=1631640&codCapitulo=5&numMateria=51&codMateria=2>>, acesso em: 29, set. 2015 às 08:47.

4 CRIMES PRATICADOS PELO AGENTE INFILTRADO

Tema muito intrigante é a prática de crime pelo agente infiltrado durante a operação de infiltração. A doutrina se divide quanto à constitucionalidade da prática de crimes pelo infiltrado, alguns entendem que ao se admitir tal conduta o Estado estaria se igualando aos criminosos, ferindo, no mínimo, o princípio da moralidade administrativa. A maioria, por sua vez, assevera que para o combate da criminalidade organizada, o estado deve lançar mão de mecanismos especiais, como o caso de infiltração de agentes, instituto reconhecido e utilizado mundialmente em Estados Democrático desde que haja controle do Judiciário e Ministério Público, guardando-se os princípios, como os já aludidos neste trabalho, o Estado estará utilizando-se de medidas extremas para casos extremos, como o é a criminalidade organizada.

4.1 PRÁTICA DE CRIME PELO AGENTE INFILTRADO

Durante a infiltração policial poderá ocorrer a prática de crimes pelo agente infiltrado, por diversos motivos, entre eles: para manter o seu disfarce, participar o agente de uma entrega de grande quantidade de drogas; usar documentação falsa perante autoridades públicas, se passando por outra pessoa; cometer delitos como furtos ou corrupção ativa, para ganhar a confiança dos criminosos e assim ter acesso a dados da organização criminosa, que somente membros da facção o têm; e até mesmo crimes violentos, nos casos em que for coagido por membros da facção, exigindo que o infiltrado pratique o crime ou perca sua vida.

Entretanto, nem sempre será necessário a prática de crimes pelo agente infiltrado, pois a maioria das organizações criminosas está em situação pré-mafiosa, empresarial, tornando-se possível integrar-se em sua estrutura sem o cometimento obrigatório de crimes. A prática de crimes como prova de fidelidade, em regra, são realizadas por organizações criminosas do tipo tradicional, mafiosa ou por aqueles grupos de extrema violência⁸⁵, porém através do plano operacional e das diligências da autoridade policial que antecedem à infiltração, o Delegado de Polícia poderá identificar esses traços de violência, tendo maior quantidade de

⁸⁵ Pacheco, Rafael. **Crime organizado**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007, pág. 126.

informações para decidir pela viabilidade ou não da infiltração policial e seu consequente pedido de autorização ao Juiz. Nesse sentido, Pacheco ressalta, “nem sempre será necessário praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir”.⁸⁶

4.2 LIMITES ÀS PRÁTICAS DE CRIMES DURANTE A INFILTRAÇÃO

Durante o processo legislativo que originou a Lei 12.850/2013 houve discussão quanto à limitação de crimes que o policial infiltrado poderia cometer. Sob o propósito de proteger bens jurídicos de extrema relevância, não seria permitido que o agente infiltrado cometesse crimes contra a vida, a liberdade sexual e de tortura, conforme se depreende do parecer do à época senador Aloizio Mercadante:

A formulação que adoto pretende resguardar o agente infiltrado da responsabilidade por eventuais delitos praticados, tendo-se em conta a exclusão de ilicitude ou antijuridicidade prevista no inciso III do art. 23 do Código Penal: estrito cumprimento do dever legal. Mas é preciso moldar essa garantia com a mais apropriada compatibilização com o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em seu sentido substantivo, para que não se alegue ofensa à Constituição. Não pode a medida de exceção violar preceitos fundamentais. Nesse sentido, seria razoável, sob o manto da excludente de ilicitude, permitir que o agente infiltrado pratique alguns atos como membro da organização criminosa, desde que estes não configurem crimes contra a vida, a liberdade sexual e de tortura, em razão da relevância dos bens jurídicos protegidos. Com o fito de garantir a lisura da medida e o respeito ao devido processo legal, a comunicação deverá ser feita ao magistrado imediatamente.⁸⁷

Foi então proposto a seguinte redação para o art. 14 da Lei 12.850/2013:

Art. 14 O agente que não guardar, na sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.

§1º. O agente infiltrado responderá em caso de prática de crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura.

⁸⁶Pacheco, Rafael. **Crime organizado**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007, pág. 126.

⁸⁷ Brasil. Senado Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/69626.pdf>>, acesso em: 24, set. 2015 às 21:37.

§2º Se o agente infiltrado praticar infrações penais ao abrigo de excludente de ilicitude ou a fim de não prejudicar as investigações, tal fato deverá ser imediatamente comunicado ao magistrado o qual decidirá, ouvido o Ministério Público, sobre a continuidade ou não da infiltração.⁸⁸

No entanto, esta redação não foi aprovada pela Câmara dos Deputados, as razões podem ser esclarecidas através do parecer do deputado Vieira da Cunha, conforme segue:

Durante os debates também foi sugerido o aperfeiçoamento do instituto da infiltração de agentes, no sentido de coibir o cometimento de excessos por parte do agente infiltrado sem inviabilizar a aplicação desse instituto. De acordo com o texto proposto, o agente infiltrado responderá, na forma da lei, por toda conduta que não respeite a proporcionalidade com a finalidade da investigação e, apenas estará isento de punição quando praticar conduta para a qual não lhe possa ser exigida outra atitude, seja para preservação de sua vida, da investigação ou mesmo da integridade física de outrem. Com este ajuste, deixou-se de listar, no projeto de lei, os crimes que não poderão ser cometidos pelo agente infiltrado, uma vez que a inclusão daquele rol (contendo crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura) permitiria à organização criminosa criar 'rituais' específicos para a identificação desses agentes.⁸⁹

Entendemos que acertadamente a Câmara dos Deputados não aprovou a inserção desta limitação de crimes a serem cometidos pelo agente infiltrado, pois é sabido que em uma infiltração policial poderá ocorrer situações em que o agente não possa ter outra escolha a não ser a prática do crime para salvaguardar sua própria vida. O ideal é que através do plano operacional verifique-se, anteriormente à infiltração do policial, se a organização criminosa alvo de investigações possui histórico de violência utilizando-se de prática de estupros, tortura ou até mesmo homicídios, em caso afirmativo, o melhor é evitar a inserção do agente público nesta organização. Entretanto, uma das características do ser humano é ser imprevisível, e até mesmo em organizações que nunca se noticiaram a prática de violência ou de crimes hediondos poderão vir a cometê-los no futuro.

Nesse sentido, consideramos que não cabe ao legislador pré-estabelecer quais crimes o agente infiltrado poderá ou não cometer, evitando assim como bem expôs o deputado Vieira da Cunha, a prática de rituais para identificação de possíveis policiais infiltrados, obrigando o novo membro da organização criminosa a praticar os crimes proibidos por lei por agentes

⁸⁸Brasil. Senado Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/69626.pdf>>, acesso em: 24, set. 2015 às 21:37.

⁸⁹Brasil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A29EFED441257F9652CBFE66040C3270.proposicoesWeb1?codteor=1024008&filename=Tramitacao-PL+6578/2009>, acesso em: 25, set. 2015 às 07:56.

encobertos. Melhor que em caso de cometimento de crimes graves pelo policial infiltrado, o julgamento seja feito pelo judiciário apreciando todas as circunstâncias do caso concreto.

4.3 EXCLUSÃO DOS CRIMES PRATICADOS PELO AGENTE DURANTE A INFILTRAÇÃO

O art. 13 da Lei 12.850/2013 elegeu a excludente de culpabilidade - inexigibilidade de conduta diversa - como a salvaguarda do agente infiltrado no caso de cometimento de infrações penais, respeitando sempre o princípio da proporcionalidade entre sua atuação e a finalidade da investigação, sob pena de responder pelos excessos praticados. Entretanto, a doutrina diverge quanto à justificação da prática de crimes pelo agente infiltrado, sendo que os entendimentos pairam sobre atipicidade, excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade e escusa absolutória.

Um fato típico, segundo uma visão finalista, é composto de uma conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, de um nexos de causalidade entre essa conduta e um resultado, e por fim, que haja a tipicidade formal e conglobante. Tipicidade para Fernando Capez pode ser sintetizada da seguinte forma:

A violação da norma é, portanto, o próprio conteúdo da conduta típica. A tipicidade, portanto, exige para a ocorrência do fato típico (a) a correspondência formal entre o que está escrito no tipo e o que foi praticado pelo agente no caso concreto (tipicidade legal ou formal) + (b) que a conduta seja anormal, ou seja, violadora da norma, entendida esta como o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, o civil, o administrativo, o trabalhista etc. (tipicidade conglobante).⁹⁰

Os adeptos desta corrente entendem que, no caso do agente infiltrado, quando da prática de um crime, não há o dolo da conduta, uma vez que o agente está atuando na repressão de atividades criminosas, obtendo provas das infrações penais cometidas pela organização criminosa. Sendo que seu intuito não é a prática de crimes e sim a obtenção de provas para o desmantelamento da organização investigada e uma vez necessário a prática de crimes, observando a proporcionalidade de suas ações, estes seriam atípicos.

⁹⁰Capez, Fernando. **Curso de direito penal, volume I, parte geral**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 221.

Aduzem também, que mesmo que considerassem a conduta praticada pelo agente infiltrado como dolosa, se estaria reduzindo o risco permitido, nos termos da teoria da imputação objetiva. Esta teoria tem como seu principal expoente Claus Roxin, para ele a teoria da imputação objetiva é um elemento normativo inserido no fato típico. Assim a teoria da imputação objetiva deveria substituir o nexos causal fundado na teoria da equivalência dos antecedentes causais ou *conditio sine qua non*⁹¹. Salutar as lições de André Estefam e Victor Gonçalves, quanto à teoria da imputação objetiva:

Considera-se que, depois de constatada a presença do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado, deve o intérprete exigir a demonstração de outros requisitos, que atuarão conjugadamente e, se presentes, permitirão a imputação do evento ao autor. São eles, segundo orientação predominante entre os adeptos do funcionalismo: a criação de um risco juridicamente proibido e relevante; a produção do risco no resultado; que o resultado provocado se encontre na esfera de proteção do tipo penal violado.⁹²

Ante o exposto, o agente ao praticar crimes durante uma infiltração policial, estaria reduzindo um risco juridicamente permitido, portanto sem relevância penal. Nesse sentido Jesus e Bechara:

Atipicidade penal da conduta do agente infiltrado. Essa atipicidade, todavia, poderia decorrer de duas linhas de raciocínio distintas. A atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal.⁹³

Outro segmento da doutrina entende que deverá ser resolvida a questão da prática de crimes pelo agente infiltrado, na seara das excludentes de ilicitudes. Considerando a função indiciária do tipo ou *ratio cognoscendi*, após a constatação da presença de todos os elementos do tipo penal, há indícios de que o fato jurídico seja ilícito, não o sendo apenas se existir uma excludente de ilicitude, como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito.

⁹¹Estefam, André; Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 262/263.

⁹²*Id. Ibid.*, pág. 247.

⁹³Jesus, Damásio E. de; Bechara, Fábio Ramazzini. **Agente infiltrado: Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7360>>. Acesso em: 17, set. 2015 às 08:58.

Os defensores desta corrente rezam que o policial infiltrado ao cometer crime, ressaltando o aspecto da proporcionalidade e finalidade da investigação, estará acobertado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, uma vez que está infiltrado mediante autorização judicial e cumprindo seu dever funcional perante a instituição policial a qual pertence.

Nesse sentido Mendroni citado por Carlos e Friede:

A exclusão da antijuridicidade é evidente e inafastável, pois havendo autorização para a infiltração do agente, que significa integrar o bando, mas para fins de investigação criminal, que serve aos fins dos órgãos de persecução, ele não estaria na verdade integrando a organização criminosa, mas sim dissimulando a sua integração com a finalidade de coletar informações e melhor viabilizar o seu combate.⁹⁴

Sousa critica o art. 13 da lei das organizações criminosas ao dizer “melhor seria a previsão de que os atos cometidos pelo agente infiltrado no regular desempenho de suas atribuições seriam abarcados pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, sem prejuízo da apuração por eventuais excessos”.⁹⁵

Cabe ressaltar a tentativa de inclusão da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, pelo Senado Federal, no texto de projeto de lei 3.275/2000 que alterariam os artigos 1º e 2º da Lei 9.034/1995, caso o agente infiltrado cometesse algum crime durante a infiltração, com a seguinte proposição:

Os atos típicos cometidos pelo agente policial infiltrado estão excluídos de ilicitude, por serem praticados em estrito cumprimento do dever legal, excetuando-se os excessos e omissões puníveis.⁹⁶

Entretanto, como é sabido, tal proposição foi rejeitada⁹⁷ pela Câmara dos Deputados.

Seguindo adiante, como já adiantado, as dirimentes fundadas na inexigibilidade de conduta diversa, foram as escolhidas pelo legislador no art. 13 da Lei 12.850/2013 como solução para a não punição do agente infiltrado que cometa crimes durante a infiltração,

⁹⁴ Carlos, André; Friede, Reis. **Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado**. 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, pág. 71.

⁹⁵ Sousa, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 123.

⁹⁶ Brasil. Senado Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=15/11/2000&paginaDireta=22466>>, acesso em: 17, set. 2015 às 10:50

⁹⁷ Brasil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21MAR2001.pdf#page=143>>, acesso em 18, set. 2015 às 08:34.

respeitando a proporcionalidade da sua conduta e a finalidade da investigação, sendo elas a coação moral irresistível e a obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal.

A culpabilidade é “o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena⁹⁸”. Segundo a ótica finalista em seu conceito tripartido, a culpabilidade é o terceiro elemento do crime, assim essencial para caracterização de um fato jurídico em infração penal. Neste contexto, com o fim de evitar punições desarrazoadas e injustas, o operador do direito deve fazer uso das dirimentes ou excludentes de culpabilidade, sempre que constatada sua presença no caso concreto.

Na prática o infiltrado deverá provar que, no caso concreto, não pôde atuar conforme a norma, a fim de que seja eximido de responsabilidade penal. Na concepção de Conserino, citado por Ferro, Pereira e Gazzola:

Ao adotar-se tal tese de incidência de uma causa de exclusão de culpabilidade, fortalece-se a ideia de que no caso concreto, se o agente não agisse, se não tivesse decidido participar do crime (ou crimes) cometidos no âmbito de atuação da organização criminosa, o desiderato da infiltração restaria prejudicado, isto é, caberia ao agente infiltrado realizar, efetivamente, o crime (ou crimes). Não lhe seria cabível optar pela não realização, sob pena de comprometimento do propósito ao qual se dispôs com a infiltração.⁹⁹

Por fim, cabe ressaltar que a vantagem de se utilizar a excludente de culpabilidade como meio de não punição do infiltrado, pois será possível a punição dos membros da organização criminosa que concorreram de qualquer modo para a infração penal. Nesse sentido, Cunha e Pinto:

Com essa solução, sendo o agente infiltrado induzido, instigado ou auxiliando a praticar um crime no âmbito da organização, respeitando a proporcionalidade e sem extrapolar a finalidade da investigação, sendo dele inexigível conduta diversa, exclui-se apenas a culpabilidade do injusto por ele praticado, permanecendo típico e ilícito, possibilitando, de acordo com a teoria da acessoriedade limitada (ou média), a punição dos partícipes (integrantes da organização) pelo delito praticado.¹⁰⁰

⁹⁸ Masson, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – Vol. 1.** 8 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, pág. 478.

⁹⁹ Ferro, Ana Luiza Almeida; Pereira, Flávio Cardoso; Gazzola Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada.** 1 ed., Curitiba: Juruá, 2014, pág. 185. *Apud* Conserino, Cássio Roberto. Crime organizado e institutos correlatos. São Paulo: Atlas, 2011, pág. 86.

¹⁰⁰ Cunha, Rogério Sanches; Pinto, Ronaldo Batista. **Crime Organizado.** 1 ed., Salvador: Juspodivm, 2013, pág. 115.

A última tese quanto à exclusão do eventual crime praticado por uma agente infiltrado, durante a infiltração, é justamente a escusa absolutória.

Cabe trazer a baila o conceito de escusa absolutória nas lições de Rogério Greco:

As chamadas *escusas absolutórias* são imunidades penais de caráter pessoal que não podem ser renunciadas pelo agente, tampouco desconsideradas ou mesmo valoradas pelo Estado, para fins de sua aplicação.

Têm por finalidade afastar a possibilidade de punibilidade, por questões de política criminal, mantendo, outrossim, intactos os elementos que compõem a infração penal, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.¹⁰¹

Observa-se que a escusa absolutória não diz respeito a qualquer das características que compõem a infração penal, muito menos elimina qualquer uma delas, o fato continua típico, ilícito e culpável. No entanto, visa afastar a punibilidade do agente que, em tese, praticou a infração.

Nos dizeres de Vinícius Abdala Gonçalves “para a teoria da não punibilidade fundada na escusa absolutória não é razoável nem lógico, por medidas de política criminal, admitir a responsabilidade do agente infiltrado, tendo em vista que a necessidade de atuação do agente infiltrado está diretamente associada à impunidade do delito perseguido”.¹⁰²

Analisando este instituto sob a ótica do presente trabalho consideramos que a escusa absolutória poderá ser perfeitamente aplicada ao agente infiltrado, entretanto, para isso seria necessário uma alteração legislativa na lei do crime organizado, uma vez que não é possível a aplicação de escusa absolutória a não ser mediante força normativa. Assim, uma vez havendo interesse do legislador, que por motivo de política criminal, entender não ser punível infração penal praticada por agente infiltrado, a escusa absolutória poderá ser utilizada. Contudo, salutar ressaltar, que uma vez previsto em lei essa possibilidade, a alteração legislativa deverá trazer também os critérios de aplicação, tais como, quais crimes poderão se beneficiar do instituto, as condições das vítimas, *modus operandi* do crime, assim como o fez o legislador no art. 181 do código penal, evitando assim dar uma “carta branca” ao agente infiltrado para cometimento de crimes.

¹⁰¹ Greco, Rogério. **Curso de direito penal parte especial, volume II**. 6 ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009, pág. 75/76.

¹⁰² Gonçalves, Vinícius Abdala. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. 1 ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pág. 36.

CONCLUSÃO

1. A infiltração de agentes é uma técnica especial de obtenção de provas, no qual um agente da polícia judiciária, devidamente treinado para este fim, se infiltra em uma organização criminosa encobrindo sua real identidade, com o intuito de conquistar a confiança do investigado, possibilitando assim a obtenção de provas de possíveis atividades criminosas e conseqüentemente o seu desmantelamento.
2. Somente terá cabimento a infiltração de agentes quando todos os outros meios de investigações se mostrarem ineficazes e somente na fase pré-processual. O Estado somente poderá fazer uso da infiltração policial para investigar crimes graves praticados por organizações criminosas ou a ela assemelhadas, nos termos do §2º do art. 1º da Lei 12.850/2013, entendendo-se como grave, aqueles crimes com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos de reclusão ou de caráter transnacional.
3. Para que seja caracterizada a infiltração policial é imprescindível a presença física do agente infiltrado no seio da organização criminosa, não se considerando infiltração policial a investigação virtual.
4. Organização criminosa é uma realidade social que se desenvolveu exponencialmente nas últimas décadas devido à globalização, entre outros fatores, é conceituada pela Lei 12.850/2013 no seu art. 1º, §1º. Há no Brasil a presença de organizações criminosas brasileiras e também estrangeiras.
5. No Brasil, apesar de, desde o ano de 1995 nossa legislação ter previsto a infiltração de agentes, somente em 2013 com a Lei 12.850/2013 o instituto foi previsto com o mínimo necessário para sua aplicação em um Estado Democrático de Direito, prevendo o prazo de duração da infiltração, procedimento para requerer a autorização judicial, modo de tramitação dos autos de infiltração policial, direitos e deveres do infiltrado, prática de crimes pelo infiltrado.
6. Durante a infiltração policial não poderá de forma alguma, o agente infiltrado, a pretexto de obter provas, cometer condutas que firam o princípio da dignidade da pessoa humana, como torturar o investigado para que confesse. Pois, é neste princípio que a Constituição Federal do Brasil está alicerçada.

7. O instituto da infiltração policial não fere o princípio da presunção de inocência, pois a operação antes de deflagrada passou sob o crivo do Poder Judiciário e Ministério Público, sendo ainda, acompanhada de perto pelo Delegado de Polícia, que juntamente com os órgãos supramencionados fiscalizam e controlam toda a operação, evitando-se desvios de finalidade e excessos por parte do agente infiltrado.
8. A infiltração policial não fere o princípio da moralidade administrativa, porque é dever do Estado garantir a segurança pública e considerando que não há direito absoluto, nos casos de graves condutas criminosas, faz-se uso do princípio da proporcionalidade para legitimação de restrições a direitos fundamentais de forma a garantir outros direitos de mais valia, quando em aparente conflito.
9. A infiltração policial não fere o princípio da não produção de provas contra si mesmo, desde que a atuação do agente infiltrado seja passiva, isto é, não auxiliando, instigando ou induzindo a prática de crimes. Mais uma vez, deve o julgador fazer uso do princípio da proporcionalidade para avaliar o aparente conflito de direitos.
10. O princípio da proporcionalidade é essencial para o julgador avaliar se é, ou não, caso de utilizar-se da infiltração de agentes. Através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) o Juiz verifica se a infiltração é apta a dismantlar a organização criminosa investigada, analisa se a restrição de direitos do investigado é necessária e indispensável para conservação de outro direito fundamental, isto é, a segurança pública e, por fim, cabe ao Magistrado ponderar se o sacrifício de direitos do investigado é inferior e menos relevante do que o direito da segurança pública de toda uma sociedade.
11. A infiltração de agentes, desde que executada nos limites da autorização judicial, com a devida fiscalização e controle do Judiciário e Ministério Público, é um meio de obtenção de provas legítimo e constitucional, por não ferir nenhum dos princípios garantidores dos direitos fundamentais do homem.
12. Somente poderá atuar como agente infiltrado o policial civil ou federal, pois somente a estes cabem a atribuição de polícia judiciária, ficando excluídos os agentes de inteligência, policiais militares, informantes e particulares.
13. O agente provocador é uma figura inconstitucional, sendo ilegítima para angariar qualquer tipo de prova, devendo ser rechaçada pelo Direito.

14. As operações de infiltração de agentes podem ser divididas em *light cover* e *deep cover*, a primeira utilizada em casos menos complexos, não exigindo que agente infiltrado viva sob sua falsa identidade. Já as operações *deep cover* são aquelas envolvendo um ambiente hostil, onde há a necessidade de que o policial infiltrado mantenha seu disfarce 24 horas por dia. Há autores que ainda fazem a divisão quanto ao tempo de duração da operação de infiltração, sendo até 6 (seis) meses classificado como *light cover* e acima de 6 (seis) meses como *deep cover*.

15. A infiltração de agentes é voluntária, cabendo em última análise ao próprio agente infiltrado, pois é uma ação que envolve risco de vida. Prezando, desta forma, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado não pode obrigar ninguém a colocar em risco sua própria vida.

16. O agente infiltrado tem o direito de ter sua identidade alterada, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas, se necessário. Tendo ainda, o direito de ter seu nome qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais preservadas, não somente durante a infiltração, mas também após o término do processo.

17. É direito do agente infiltrado ser devidamente treinado, para fins de infiltração policial, sendo aconselhado aos órgãos de segurança pública a criação de unidades especializadas de ações encobertas, responsáveis pelo treinamento, planejamento e regulamentação das operações de infiltração policial, no âmbito de suas corporações.

18. Antes de deflagrada a infiltração policial é necessário a elaboração de um plano operacional, sendo este um preparativo para a infiltração, abarcando a falsificação de documentos do agente infiltrado, criação de falsa história de vida, estratégias do primeiro contato com a organização criminosa, resgate do agente, se o caso, e todo o suporte tecnológico-operacional. O plano operacional é imprescindível e um direito do agente infiltrado, pois minimiza os riscos para o infiltrado e maximiza a chance de sucesso da infiltração.

19. Ante a omissão legislativa quanto à regulamentação da execução da operação de infiltração de agentes caberá à doutrina e a experiência policial elaborar suas diretrizes.

20. Cabe ao Delegado de Polícia, em última análise, a decisão pela viabilidade da operação de infiltração policial, devido a seu treinamento policial. Em caso de conflito de opiniões entre o Delegado de Polícia e o Promotor de Justiça, quanto à conveniência da

infiltração policial, deverá ser consultado o superior hierárquico do Delegado, que decidirá o impasse.

21. É dever do policial infiltrado a elaboração periódica de relatório circunstanciado sobre as atividades da organização criminosa, identificação de seus membros, fonte de recursos, entre outras informações que julgar importantes e forem descobertas durante a infiltração. O envio poderá ser realizado da forma que melhor convier para o infiltrado, resguardando sempre sua segurança e reduzido a termo sempre que não estiver na forma escrita.

22. O agente infiltrado não precisa de mandado para cada apreensão de provas, desde que o mandado de infiltração que autoriza a deflagração da infiltração conste expressamente que o agente possa, sendo favoráveis as condições e sem risco pessoal, apreender documentos de qualquer natureza, desde papéis a arquivos magnéticos; dispondo de equipamentos correspondentes, realizando filmagens, fotografias e escutas, ambientais e telefônicas. Isto porque, inviável o requerimento de mandado a cada situação vivida pelo policial, evitando o perecimento da possível prova com a perda da oportunidade do colhimento da prova com segurança para o agente e a operação.

23. Para que a prova colhida pelo agente infiltrado seja considerada lícita, este deverá seguir rigorosamente os limites impostos pelo Juiz no ato da autorização da operação de infiltração, respeitando ainda os direitos constitucionais dos investigados.

24. Toda prova obtida por meio da infiltração de agentes passará sobre o crivo do contraditório, contudo, o contraditório será diferido, isto é, realizado após a produção da prova durante a ação penal, onde a parte ré terá acesso a toda prova produzida juntamente com relatório de todo o procedimento utilizado para a obtenção desta prova.

25. A operação de infiltração será sigilosa, não podendo ter acesso aos autos, durante o andamento da operação, tanto o investigado quanto seu advogado e ainda os funcionários auxiliares das autoridades como escreventes/analistas judiciários, oficiais/analistas de promotoria e policiais que não participam da operação de infiltração, cabendo a cada autoridade autorizar um funcionário de confiança, para seu auxílio, ter acesso aos autos de infiltração.

26. A identidade do agente infiltrado, após a infiltração, em regra deve ser mantida em sigilo. Em caráter de exceção poderá ser revelada, com autorização do Juiz, que avaliará entre outras circunstâncias, a segurança do policial e de sua família.

27. Poderá o agente infiltrado ser arrolado como testemunha na ação penal, entretanto, nos casos em que não for possível a revelação da identidade do infiltrado, para preservar sua segurança e de seus familiares, seu depoimento deverá ser suprido por meio de seu superior hierárquico, considerando que este acompanhou todos os detalhes da investigação.
28. Devido às circunstâncias da infiltração policial o agente infiltrado poderá vir a cometer crimes, contudo, não significa ter uma “carta branca” do Estado para o cometimento de crimes. Necessário será avaliar a proporcionalidade de sua conduta, e ainda, guardar relação com a finalidade da investigação, o que deverá ser informado, assim que possível, ao juiz para efeito de controle da medida.
29. Não é possível a limitação de crimes a serem cometidos pelo agente infiltrado, sob pena de organizações criminosas criarem rituais para identificação de agentes públicos, respondendo o agente pelo excesso por ventura cometido.
30. Nos casos em que o agente cometer algum crime guardando a proporcionalidade de sua conduta e a finalidade da investigação, não lhe será aplicada nenhuma punição nos casos em que for comprovada que na situação em concreto estava acobertado por uma excludente de culpabilidade, especificamente, a dirimente de inexigibilidade de conduta diversa.

REFERÊNCIAS

Obras Consultadas:

Alexandrino, Marcelo e Paulo, Vicente. 2011. *Direito administrativo descomplicado*. Rio de Janeiro : Método, 2011.

Alexy, Robert. 2008. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo : Malheiros, 2008.

Capez, Fernando. 2011. *Curso de direito penal, volume I, parte geral*. São Paulo : Saraiva, 2011.

—. **2014.** *Curso de direito penal: Legislação penal especial*. São Paulo : Saraiva, 2014.

Carlos, André e Friede, Reis. 2014. *Aspectos jurídicos – operacionais do agente infiltrado*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2014.

Cunha, Rogério Sanches e Pinto, Ronaldo Batista. 2013. *Crime organizado*. Salvador : Juspodivm, 2013.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. 2012. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 2012.

Estefam, André e Gonçalves, Victor Eduardo Rios. 2012. *Direito penal esquematizado*. São Paulo : Saraiva, 2012.

Ferro, Ana Luiza Almeida, Pereira, Flávio Cardoso e Reis, Gazzola Gustavo dos. 2014. *Criminalidade Organizada*. Curitiba : Juruá, 2014.

Gonçalves, Vinícius Abdala. 2014. *O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional*. Belo Horizonte : Arraes Editores, 2014.

Greco, Rogério. 2009. *Curso de direito penal parte especial, volume II*. Niterói : Impetus, 2009.

—. **2014.** *Curso de direito penal parte especial, volume IV*. Niterói : Impetus, 2014.

Lenza, Pedro. 2009. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo : Saraiva, 2009.

Marllon, Sousa. 2015. *Crime Organizado e Infiltração Policial*. São Paulo : Atlas, 2015.

Masson, Cleber. 2014. *Direito penal esquematizado – Parte geral – Vol. I*. São Paulo : Método, 2014.

'São Paulo : Malheiros, 2005.

Mendes, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. 2014. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2014.

Mendroni, Marcelo Batlouni. 2015. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo : Atlas, 2015.

Novellino, Marcelo. 2014. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Método, 2014.

Nucci, Guilherme de Souza. 2008. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

—. **2013.** *Organização criminosa: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

Pacheco, Rafael. 2007. *Crime organizado*. Curitiba : Juruá, 2007.

Piovesan, Flávia. 2013. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Saraiva, 2013.

Queiroz, Carlos Alberto Marchi de. 1998. *Crime Organizado no Brasil*. São Paulo : Iglu, 1998.

Rangel, Paulo. 2005. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005.

Reis, Alexandre Cebrian Araujo e Gonçalves, Victor Eduardo Rios. 2012. *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo : Saraiva, 2012.

Silva, José Afonso da. 2008. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 2008.

Sousa, Marllon. 2015. *Crime Organizado e Infiltração Policial*. São Paulo : Atlas, 2015.

Artigos consultados:

Antunes, Priscila C. B. SNI & ABIN: Entre a teoria e a prática. Uma leitura da atuação dos Serviços Secretos brasileiros ao longo do século XX. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

Apud Romão, Cid Ferreira. O que é inteligência policial – Discutindo um conceito. Disponível em: <<http://www.inteligenciapolicial.com.br/2011/03/artigo-o-que-e-inteligencia-policial.html>>. Acesso em: 27, ago. 2015 às 08:27.

Cavalcante, Ricardo Moura Braga. *Polícia Civil e Serviço Reservado da PM: campo de tensões.* Disponível em: <http://www.academia.edu/5084692/Pol%C3%ADcia_Civil_e_Servi%C3%A7o_Reservado_da_PM_campo_de_tens%C3%B5es>, acesso em: 29, ago. 2015 às 10:35.

Jesus, Damásio E. de; Bechara, Fábio Ramazzini. *Agente infiltrado: Revista Jus Navigandi.* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7360>>. Acesso em: 17, set. 2015 às 08:58.

Lima, Marcos Aurélio. *Costa de Infiltração Policial: pensando um modelo.* Rio de Janeiro: ESG, 2013. Disponível em: <<http://www.esg.br/images/Monografias/2013/LIMAM.pdf>> acesso em: 11, set. 2015 às 09:02.

Matthews, Chris. *Fortune 5: The biggest organized crime groups in the world.* Disponível em: <<http://fortune.com/2014/09/14/biggest-organized-crime-groups-in-the-world/>>, acesso em: 11, ago. 2015 às 09:06

Obra de autoria coletiva. *UNODC operation training manual to combat trafficking in person. Tool 5.8 Special Investigative Techniques.* Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/08-58296_tool_5-8.pdf>, acesso em: 22, ago. 2015 às 11:20.

Pacheco, Denilson Feitoza. *Atividades de inteligência e processo penal.* In: IV Jornada Jurídica Da Justiça Militar Da União – Auditoria da 4ª CJM, 30 set. 2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividadedeinteligencia.htm>>, acesso em: 27, ago. 2015 às 08:47.

Ruiz, Jim; Hummer, Don. *Handbook of police administration.* Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=oM5H4y6QAzcC&pg=PA250&lpg=PA250&dq=light+cover+e+deep+cover&source=bl&ots=GxdtC535Jh&sig=FkEsx5CNGQ3hUhGC5MObNQiL3zs&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CCMQ6AEwAWoVChMI2Njo3ouSyAIVSEuQCh2r-Arb#v=onepage&q&f=false>>, acesso em: 25, set. 2015 às 09:55.

Sítios da internet consultados:

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A29EFED441257F9652CBFE66040C3270.proposicoesWeb1?codteor=1024008&filename=Tramitacao-PL+6578/2009

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1149848&filename=Dossie+-PL+3516/1989

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21MAR2001.pdf#page=143>

<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/69626.pdf>

<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=15/11/2000&paginaDireta=22466>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4376compilado.htm

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=18/10/1996&incidente=1631640&codCapitulo=5&numMateria=51&codMateria=2>

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+162957+mg&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.class.+e+@num=%2729126%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2729126%27.suce.\)\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.class.+e+@num=%2729126%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2729126%27.suce.)))