



**UEPB**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS III  
CENTRO DE HUMANIDADES  
CURSO DE DIREITO**

**JARDIEL PEREIRA DE FREITAS**

**A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MECANISMO DE ENFRENTAMENTO DA  
CRIMINALIDADE ORGANIZADA: UMA ANÁLISE COMPARADA**

**GUARABIRA  
2016**

JARDIEL PEREIRA DE FREITAS

**A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MECANISMO DE ENFRENTAMENTO DA  
CRIMINALIDADE ORGANIZADA: UMA ANÁLISE COMPARADA**

Monografia apresentada em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba – Campus III, sob orientação do Profº. Pós-doutor Luciano Nascimento Silva.

GUARABIRA  
2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

F862i Freitas, Jardiel Pereira de  
A infiltração policial como mecanismo de enfrentamento da criminalidade organizada [manuscrito] : uma análise comparada / Jardiel Pereira de Freitas. - 2016.  
53 p.

Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.  
"Orientação: Luciano Nascimento Silva, Departamento de Direito".

1. Crime Organizado. 2. Infiltração Policial 3. Direito Comparado. I. Título.

21. ed. CDD 346.07

JARDIEL PEREIRA DE FREITAS

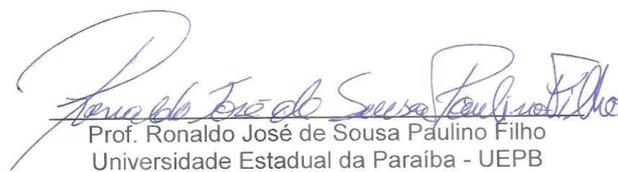
**A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MECANISMO DE ENFRENTAMENTO DA  
CRIMINALIDADE ORGANIZADA: UMA ANÁLISE COMPARADA**

Aprovada em 18 de maio de 2016

**COMISSÃO EXAMINADORA**



Prof. Pós-doutor Luciano Nascimento Silva - (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB



Prof. Ronaldo José de Sousa Paulino Filho  
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB



Prof. Renan Aversari Câmara  
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

## DEDICATÓRIA

À minha avó materna, Nair, pelo exemplo de vida e amor a mim dispensado, DEDICO.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, regente maior, a quem devo tudo o que tenho e que sou, Aquele que guiou meus passos ao longo de toda graduação.

Aos meus pais, que mesmo discordando de minha escolha, souberam apoiar minha decisão pelo curso de direito e por me darem a base familiar necessária para bem concluí-lo.

Às minhas irmãs que sempre estiveram do meu lado e por me darem força sempre que precisei.

À minha pequena sobrinha, a quem amo incondicionalmente.

À minha namorada, por seu apoio e compreensão e por ser minha inspiração para crescer e evoluir sempre

Ao meu orientador, em quem encontrei um amigo e um exemplo a ser seguido, por toda sua simplicidade, por ter enxergado potencial em mim, e por ter me dado a oportunidade de trabalhar consigo.

Aos verdadeiros mestres que encontrei na UEPB, aqueles que demonstraram que para ser professor não é necessário títulos, mas amor pela profissão.

Aos amigos de classe e de curso que tornaram a caminhada mais agradável.

“El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos.”

Immanuel Kant

## RESUMO

O trabalho em comento aspira destrinchar o instituto da infiltração policial à luz da Lei 12.850/13 e do direito comparado. A análise parte do contexto de um Estado Democrático de Direito, em que as garantias fundamentais de cada um dos seus cidadãos são parte essencial para a manutenção das relações humanas e por consequente do modelo civilizacional. Tudo isto, frente à excepcionalidade da infiltração policial e todas as suas agressões a direitos constitucionalmente estabelecidos. Em nosso estudo, observa-se o caráter excepcional e residual da infiltração policial, que muito embora importante para o aparelhamento da persecução penal, deve reger-se pela estrita observância legal, nesse sentido, buscamos equalizar a relação custo benefício e entender que esse meio de obtenção de prova foi pensado para um contexto específico e longe deste perde seu sentido, apontaremos as balizas a serem seguidas para conferir a medida a legitimidade necessária e para que possa munir o processo de um lastro probatório robusto. Desse ponto, o estudo compreende a análise da infiltração policial como mecanismo utilizado mundialmente para o enfrentamento da criminalidade organizada, tendo em vista a singularidade do crime a ser combatido. O trabalho percorre toda evolução legislativa brasileira acerca do tema em comento, até desembocar na Nova Lei do Crime Organizado, que por sua vez logrou em esmiuçar a infiltração policial delimitando seus principais aspectos, até então controversos no âmbito da legislação, da doutrina e da jurisprudência, inclusive no que se refere a questão da responsabilização penal do agente infiltrado. A análise recai no enfrentamento do tema em legislação alienígena, afim de prospectar elementos que permitam enriquecer a experiência brasileira no trato da infiltração.

**Palavras-Chave:** Crime Organizado. Infiltração Policial. Direito Comparado.

## **ABSTRACT**

The work under discussion aims to disentangle the institute of police infiltration in the light of Law 12,850 / 13 and comparative law. The analysis of the context of a democratic state of law, in which fundamental guarantees each of its citizens are an essential part for the maintenance of human relationships and the consequent civilizational model. All this against the exceptionality of police infiltration and all its attacks on constitutionally established rights. In our study, there is the exceptional and residual character of police infiltration, which although important to the rigging of the criminal prosecution, should be governed by strict legal compliance, in this sense, we seek to equalize the cost effective and understand that this means the taking of evidence has been designed for a specific context and away from this loses its meaning, will point out the goals to be followed to give the measure the necessary legitimacy and for it to equip the process of a robust evidential ballast. From this point, the study comprises the analysis of police infiltration as a mechanism used worldwide to combat the organized crime, with a view to crime uniqueness to be fought. The work runs Brazilian legislative developments on the subject under discussion, to culminate in the New Law on Organized Crime, which in turn succeeded in crushing the police infiltration delimiting its main aspects, hitherto controversial in legislation, doctrine and jurisprudence including as regards the issue of criminal liability of the undercover agent. The analysis rests on the theme of coping in alien law in order to prospect elements to enrich the Brazilian experience in the infiltration tract.

Keywords: Organized crime. Infiltration Police. Comparative law.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO .....  | 11 |
| 2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA INFILTRAÇÃO POLICIAL .....                                 | 14 |
| 3 CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DA INFILTRAÇÃO POLICIAL .....                    | 16 |
| 4 O AGENTE INFILTRADO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....               | 18 |
| 4.1 A evolução legislativa e a problemática conceitual das organizações criminosas..... | 18 |
| 4.2 Infiltração policial como meio extraordinário de obtenção de provas .....           | 23 |
| 4.3 Conceito de Infiltração Policial .....  | 25 |
| 4.4 Da abrangência da Infiltração Policial .....  | 26 |
| 4.5 Do momento e do prazo da infiltração policial .....                                 | 28 |
| 4.6 Da autorização motivada .....   | 29 |
| 4.7 Dos legitimados para atuar como Agente Infiltrado.....                              | 30 |
| 4.8 Dos direitos do Agente Infiltrado .....   | 30 |
| 4.9 Do relatório .....  | 33 |
| 4.10 Da responsabilidade penal do Agente Infiltrado.....                                | 34 |
| 5 INFILTRACÃO POLICIAL NO DIREITO COMPARADO .....                                       | 41 |
| 5.1 Infiltração Policial no direito Norte Americano.....                                | 42 |
| 5.2 Infiltração Policial na Espanha .....   | 46 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....  | 50 |
| REFERÊNCIAS.....  | 52 |

## 1 INTRODUÇÃO

Vivemos na Era da Informação<sup>1</sup>, nesse contexto as distâncias foram encurtadas e as fronteiras já não delimitam como outrora, a revolução digital conectou as pessoas numa teia mundial e deu nova dimensão a velocidade com que as informações trafegam, nesse compasso a constante reinvenção das relações humanas constitui-se em um engenhoso e interessante processo de recriação dos modelos organizacionais, ao passo que temos um mundo que caminha para o novo e viaja por mares nunca antes navegados, novos riscos são criados. A tênue linha entre civilização e barbárie é ameaçada nesse processo em que o risco é criado constantemente, ameaçando ruir o sistema, basta observarmos o quão fácil tornou-se convocar jovens a professar ideologias não próprias e distantes de sua realidade em prol da criação de califados, levando-os a atos desumanos, também identificamos esse processo quando vislumbramos organizações internacionais de tráfico de drogas e de pessoas, se curvamos nosso olhar para o ambiente interno do nosso país, também encontraremos exemplos desse processo corrosivo. Notório são os escândalos de corrupção que se espalham por toda administração pública. Segundo Maércio Falcão<sup>2</sup>:

Desde os primórdios da humanidade, o homem tem progredido em todos os sentidos. Através do desenvolvimento da razão, dom não atribuído a nenhum outro animal, exceto à espécie humana, o homem tem sempre estado organizado em grupos ou sociedades. No entanto, a interação social nem sempre é harmônica, pois nela o homem revela o seu lado instintivo: a agressividade.

Podemos afirmar que através dos tempos o homem tem aprendido a viver numa verdadeira "societas criminis". É aí que surge o Direito Penal, com o intuito de defender a coletividade e promover uma sociedade mais pacífica.

Se houvesse a certeza de que se respeitaria a vida, a honra, a integridade física e os demais bens jurídicos do cidadão, não seria necessário a existência de um acervo normativo punitivo, garantindo

---

<sup>1</sup> Cognominada de Era Digital, pós-industrial, tem como marco o desenvolvimento da indústria da tecnologia da informação a partir do microprocessador. Com o advento da rede mundial de computadores permitiu a conexão de pessoas, conhecimentos e mercados em uma relação em tempo real, dinâmica e complexa, ao passo em que, por caráter democrático, envolve praticamente toda a comunidade mundial.

<sup>2</sup> DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/932>>. Acesso em: 4 maio 2016.

por um aparelho coercitivo capaz de pô-lo em prática. Não haveria, assim, o "jus puniendi", cujo titular exclusivo é o Estado.

Diante de toda essa conjuntura, demanda-se uma resposta incisiva do Estado em nome da manutenção do contrato social pregado por Rousseau<sup>3</sup>. Nesse sentido, o direito penal como *ultima ratio* se propõe a trazer para a sociedade mecanismos que minimizem os riscos, quando se leva em conta a evolução tecnológica, a facilidade no acesso das informações e a inauguração de uma criminalidade organizada há de se convir pela inadequação dos mecanismos penais de repressão à criminalidade e a carência de novos mecanismos, nessa configuração surge a Infiltração Policial como uma forma de aparelhamento dos meios de persecução criminal em busca da eficácia do *jus puniendi* do Estado.

A lei 12.850/13 foi a resposta a nós oferecida pelo legislador pátrio diante da criminalidade organizada, ele nos brindou não apenas com a infiltração policial, mas também com outros instrumentos legais de igual importância a título da colaboração premiada, da captação ambiental, da interceptação telefônica, da ação controlada entre outras, todas revestidas de excepcionalidade e resguardadas do devido zelo, uma vez que a primeira análise essas medidas são violadoras de direitos fundamentais, como o direito à intimidade por exemplo. Ocorre que esses meios de investigação se justificam diante da complexidade do ilícito penal a ser desafiado.

Por mais tentador que seja ampliar nosso espectro de estudo de modo a abarcar todos os meios extraordinários de obtenção de prova, centralizaremos nossa análise sobre a infiltração policial. Em nosso estudo tomaremos por base a lei 12.850/13 e as inovações por ela trazidas ao mundo jurídico comparando-a com a legislação pretérita apontando os seus principais avanços e possíveis deficiências, passaremos por seus pontos mais significantes, sem nos furtar dos temas mais sensíveis, onde a doutrina se digladiava em busca de um entendimento majoritário, faremos isso por meio da apreciação da legislação e da doutrina que circunda o tema ora em apreço.

---

<sup>3</sup> Segundo Rousseau deve-se por aí conceber que o que generaliza a vontade é menos o número de vozes que o interesse comum que as une; porque, numa instituição, cada qual se submete necessariamente às condições que impõe aos outros: admirável acordo do interesse e da justiça, que fornece as deliberações comuns um caráter equitativo, o qual se vê desvanecer-se na discussão de todo negócio particular, à falta de um interesse comum que uma e identifique a regra do juiz com a da parte. (ROSSEAU, 2002. p.25)

Trazemos à baila também, o estudo comparado por entendermos, que muito embora não nos seja permitido transplantar institutos das legislações alienígenas de forma imediata ao nosso ordenamento, eles possuem o condão de inspirar melhoria ao nosso sistema de persecução criminal, através do direito comparado observaremos ações exitosas em países, cujo esse método de investigação tem sido usado em larga escala e por consequência encontram-se em estágio mais evoluído, a fim de prospectarmos subsídios que nos viabilizem criticar e ao mesmo tempo propor ajustes ao tratamento legal dispensado a infiltração policial em nosso país.

Buscamos também nesse trabalho, tratar da responsabilização penal do agente infiltrado, depreendendo a possível natureza jurídica legitimadora da irresponsabilidade penal do agente infiltrado, em seus limites e aspectos principais, percorrendo os principais correntes e suas respectivas justificantes, até finalmente chegarmos à hipótese legal que fundamenta a pratica de ilícitos penais na infiltração, seus limites e o excesso punível .

## 2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

O instituto da Infiltração Policial remonta, segundo alguns historiadores, a escrituras bíblicas. Como relata o Evangelho, Judas Escariotes teria se infiltrado entre os discípulos e entregado Jesus ao império romano, ato por meio do qual recebeu trinta moedas de prata, com toda vênia a esse entendimento, vislumbramos com restrição esse posicionamento, uma vez que Judas era um dos doze apóstolos e esteve entre os discípulos de Cristo desde o início de sua peregrinação e jamais se infiltrou com dolo de vender informação, sua conduta ao nosso entender é mais conexa com a origem da colaboração premiada do que propriamente com infiltração policial, mas de fato desde a antiguidade o uso da dissimulação humana foi largamente utilizada como meio de obtenção de informações. Porém, é na Inglaterra absolutista, que o instituto surge com o esboço assemelhado como o que conhecemos hoje. Nesse período surge a figura dos delatores, estes por sua vez eram pessoas que mediante acordo com a coroa francesa forneciam informações em troca de algum bem-estar, o interessante é que estes contratos eram firmados tanto com pessoas de classes humildes a exemplo de presidiários, quanto com pessoas influentes, responsáveis por entregarem os inimigos no alto escalão da corte.

Cumprido ressaltar que tal prática também foi aplicada em outros países da Europa, todavia é nos Estados Unidos que a infiltração Policial ganha larga utilização. Os Estados Unidos na primeira metade do século XX, viviam anos conturbados, durante os anos de 1920 a 1930 foi criada a 18ª emenda à Constituição Americana, também conhecida por Lei Seca, que proibiu a fabricação, a venda e o consumo de bebidas alcoólicas, embora a medida objetivasse a diminuição da violência e de outras mazelas sociais, o efeito foi inverso, pois acarretou o surgimento de diversas máfias que controlavam o comércio clandestino de bebidas e com isso obtiveram altas taxas de lucros, em contrapartida crescia a taxa de criminalidade e violência e descrédito das autoridades de segurança pública. Nesse contexto, coube à Agência Pinkerton, empresa que exercia atividade de inteligência no setor privado, usar agentes infiltrados para reprimir a crescente onda de roubos aos correios no Oeste dos Estados Unidos. Posteriormente coube ao Federal Bureau of Investigation (FBI) aprimorar a técnica de infiltração policial. Nos anos subsequentes durante o período da Segunda Guerra Mundial, essa técnica de investigação foi utilizada em parceria com o exército americano, passando a investigar também crimes políticos e não so-

mente as organizações criminosas como fazia até então. No Brasil, merece ênfase a infiltração durante o regime da ditadura Militar, documentos recentes demonstram que o Cenimar, (Centro de informações da Marinha) infiltrou agentes em grupos de esquerda que faziam oposição ao regime, não havia até aquele momento nenhuma disciplina normativa sobre a medida, que por sua vez era premiada de irrestrita discricionariedade da autoridade que as autorizava, nesse sentido foram perpetradas inúmeras violações a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos, frise-se ainda que a infiltração, em que pese sua forte presença em regimes totalitários, não é exclusiva destes, basta lembrar o já citado caso americano, onde muito embora passada a Segunda Guerra e mesmo tendo FBI não mais atuando em conjunto com as forças militares, continuou a implementar a medida com caráter político, infiltrando agentes no partido comunista e em movimentos sociais.

### 3 CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

No processo histórico humano, intensas batalhas foram travadas para que se estabelecesse o conjunto de garantias fundamentais para o exercício pleno da dignidade da pessoa humana. Inspirada no ideário libertário a Revolução Francesa sem dúvida é o maior marco desse período, em que se buscou limitar-se o poder absoluto do Estado e do Monarca, as ideias de igualdade, liberdade e fraternidade fazia frente aos arbítrios do Estado, maior violador dos Direitos Fundamentais.

Desse quadro se extrai o movimento do constitucionalismo, que em seu vários estágios evolutivos, assim é definido por Dirley da Cunha:

O constitucionalismo moderno, portanto, deve ser visto como aspiração a uma Constituição escrita, que assegurasse a separação dos poderes e os direitos fundamentais, como modo de se opor ao poder absoluto, próprio das primeiras formas de Estado. Não é por acaso que as primeiras Constituições do mundo [ exceto a norte-americana] trataram de oferecer resposta ao esquema do poder absoluto do monarca, submetendo-o ao controle do parlamento. (CUNHA, 2011.p.37)

O constitucionalismo, ora ilustrado, aparece como grande limitador do Estado absolutista e garantidor dos direitos fundamentais, com imensa carga garantista. O movimento, contudo, irradiou-se e expandiu-se para todos os ramos do direito, formando um verdadeiro filtro constitucional, onde tudo aquilo que for retido deve ser descartado da ordem jurídica. Não distante dessa realidade, a Constituição brasileira de 1988, também trilha nessa direção, e desse panorama podemos encontrar reflexos no direito tributário, civil, processual civil, penal, processual penal e em todos os demais. Procurou-se proteger na Constituição aqueles valores mais caros a vida em sociedade, para tal é importante observar o direito sob um prisma sistêmico e integrado as normas constitucionais:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que , na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequada à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, de verá ser encontrada a significação que apresente con-

formidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. (MORAES, 2004, p. 47)

Como se bem entende do texto acima escrito, a própria atividade hermenêutica deve se pautar pela observância da Constituição, ainda podemos dizer melhor, a própria atividade do legislador infraconstitucional deve velar pela não confronto a Carta Magna. Segundo o entendimento de Mirabete:

O Direito Processual Penal, como qualquer outro ramo do direito, deve submeter-se ao Direito Constitucional em decorrência da supremacia da Constituição na hierarquia das leis. É na Carta Magna que se institui o aparelho judiciário, se regula o exercício da atividade jurisdicional, se definem as garantias individuais, se registram casos de imunidade e etc ( MIRABETE,2003.p.31)

Resta de toda sorte, analisar o problema da constitucionalidade da infiltração policial. Parte da doutrina, ainda que minoritária, convoca a tese da inconstitucionalidade da infiltração policial, por entender que há a violação de garantias processuais penais previstas no texto constitucional. Somado isto o próprio risco da infiltração, deveria fazer o Estado recuar diante de tal medida. Essa discussão, em que pese importante, parece-nos superada, pois tratamos de um a realidade extraordinária, ou seja, uma organização criminosa, muitas vezes com um poderio de influência, intimidação e bélico comparáveis ao Estado, não se trata de uma conjuntura dos crimes comuns, muito longe disso, temos uma estrutura agressiva e nociva ao convívio social, que inviabiliza, não raramente, o contato dos cidadãos a direitos básicos, como saúde, educação e segurança. Nesse sentido, atuando o Estado dentro dos devido limites (limites estes que serão vistos mais adiante em nosso trabalho) e com a devida proporcionalidade estará em total acordo com a Constituição. Assim nos diz Marllon de Sousa:

Ademais, não se pode esquecer que a infiltração policial, até pelo grau de invasividade da medida, é a *ultima ratio* como técnica de investigação a ser lançada pela autoridade policial, devendo ser excluídas todas as possibilidades à disposição dos órgãos de investigação, inclusive a interceptação telefônica e dados, para ter cabimento sua postulação perante o juízo competente. Contudo, deve-se sempre ter em mente que, por mais graves que sejam os crimes praticados, jamais deve o Estado, durante a persecução penal, se valer de meios abusivos na tentativa de elucidação de fatos e apuração de responsabilidades. (SOUSA. 2015. p. 127) .

## **4 O AGENTE INFILTRADO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A globalização inaugurou para a sociedade Ocidental um período de intensas transformações que implicaram em um processo de desenvolvimento ímpar e sem precedentes na nossa história. A dinamicidade das relações humanas, tanto para com o seu semelhante quanto para com o meio com o qual se relaciona, foram maximizadas a um nível jamais visto, toda essa convulsão social também trouxe intercorrências para a seara jurídica, implicando no surgimento de novas relações e por conseguinte incrementando a complexidade do sistema social, que por sua vez demanda a criação de novos paradigmas legais que sustentem o modelo civilizacional.

Diante desse cenário caótico e turbulento, não é raro observarmos que algumas construções legislativas já nascem descompassadas com a realidade a que se propõem regulamentar, dessa forma, a função legiferante do Estado passa a cada vez mais ser demandada, a fim de que esse regule as novas relações e contendas promovidas pela globalização. No ramo do direito penal, a conjuntura não poderia ser diferente, novas formas de delinquir surgem constantemente e é nesse panorama que destacamos a criminalidade organizada, com todas suas peculiaridades e alto grau de lesividade social, de pronto desponha um embate desleal e desigual, de um lado o crime organizado que ganhou espaço em regiões periféricas desassistida da atuação estatal formando verdadeiros estados paralelos, e do outro os mecanismos de repressão à criminalidade oriundos de um Brasil da Era Vargas. Notória e latente era a necessidade de se aparelhar a persecução criminal a fim de pudesse garantir o direito fundamental à segurança, não se furtando a sua missão, foi o que fez o nosso legislador. Embora seja louvável a criação de mecanismos de repressão à criminalidade organizada, como veremos a seguir, ao instituí-los pecou o legislador por fazer de forma imprecisa e vaga o que demandou intensas discussões a respeito da aplicabilidade desses institutos, como veremos oportunamente.

### **4.1 A evolução legislativa e a problemática conceitual das organizações criminosas**

A infiltração policial foi introduzida no Brasil com a criação da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Inúmeras foram as críticas que se estabeleceram, sobretudo pelo fato da nova lei não definir o seu objeto de atuação, incorrendo em sérios prejuízo quanto a sua aplicabilidade, no que toca especificamente a infiltração policial, o principal problema residia na ausência de autorização judicial como requisito da medida. Essa, por sua vez, gozava de ampla discricionariedade, tendo em vista dispensar a manifestação judicial, ficava, portanto, a infiltração ao livre alvedrio da autoridade policial. Ora não se pode admitir que tal medida invasiva aos direitos fundamentais do investigado e também do próprio investigador fique a parte do olhar fiscalizador e das amarras do judiciário, pois bem, restou para tal lei o veto presidencial ao seu inciso I do art.2º, que permitia a infiltração independentemente da autorização do juiz, em termos práticos esse veto implicou no engessamento do instituto da Infiltração como meio de obtenção de prova, tornando-o inaplicável no direito penal brasileiro. O impasse perdurou até a edição da Lei 10.217/01, que por sua vez alterou os arts. 1º e 2º da Lei 9.034/95, dando a seguinte redação<sup>4</sup>:

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

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 judiciais.** (Grifo nosso)

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

Embora seja elogiável iniciativa do legislador pátrio que suprimiu a carência da manifestação do juiz, visto ser ele, juntamente com a autoridade policial e o Ministério Público, responsável pelo cumprimento da estrita legalidade da medida, omitiu-se

<sup>4</sup> BRASIL, Lei Nº 10.217, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 24 mar.2016.

novamente ao trazer ao mundo jurídico duas normas e em nenhuma delas definir o seu objeto, ou seja, criou os meios extraordinários de obtenção de provas aplicáveis às organizações criminosas, sem, no entanto, definir organização criminosa.

Tendo em vista a indefinição conceitual que circundava o tema organização criminosa, passou parte da doutrina a valer-se do conceito trazido pela Convenção de Palermo<sup>5</sup>.

Em razão dessa lacuna legislativa, o Brasil precisou adotar a definição estabelecida pela "Convenção de Palermo" ou "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional", realizada no dia 15 de dezembro de 2000.

A Convenção assim definiu organização criminosa<sup>6</sup>;

2º "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

No sentido pela recepção do conceito, importante são as palavras de Mariana Georgia<sup>7</sup>:

Cumpra notar que a Recomendação nº 3/2006 do Conselho Nacional de Justiça, em seu item 2, alínea "a", propôs a adoção do referido conceito de Crime Organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo).

Em que pese tal Resolução favorável do CNJ encontrar respaldo em decisões do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal quando chamado a manifestar-se sobre o feito no HC 96007-SP de relatoria do ministro Marco Aurélio, expurgou tal entendimento. Entendeu a mais alta Corte do país pela inaplicabilidade

<sup>5</sup>BARROS FILHO, Mário Leite de. Definição de crime organizado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2133, 4 maio 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12742>>. Acesso em: 11 abr. 2016

<sup>6</sup>BRASIL, Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2016

<sup>7</sup>NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. O conceito de organização criminosa no direito brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4047, 31 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29094>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

do conceito trazido pela Convenção de Palermo, com fulcro nos seguintes argumentos: o primeiro problema manifestava-se no âmbito da eficácia do Tratado Internacional. O âmbito de competência do Tratado visa regular as relações no plano externo estabelecendo vínculo entre os indivíduos e os mecanismos penais de jurisdição internacional, tal como a Corte Penal Internacional e não no plano interno dos países onde o vínculo é entre o indivíduo e o Estado. Um segundo problema de tal conceito, está hospedado em um dos princípios basilares do direito penal, o princípio da reserva legal, com suporte no texto constitucional, que assim dispõe: “art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”<sup>8</sup>

Ocorre que a Convenção de Palermo foi incorporada ao direito brasileiro mediante decreto presidencial, sendo tal instrumento inepto para a criação de normas penais, como se pode inferir do texto constitucional acima citado, tendo em vista que a norma advinda do decreto não passa pelo crivo do legislador interno, representantes do povo, que é quem possui legitimidade para tal conduta. Nesse sentido, restou ao STF fulminar o entendimento de organização criminosa, no que se refere a sua complementariedade conceitual à Lei nº 9.034/1995.

Aclarando o panorama, do ponto de vista da infiltração policial tínhamos, até o momento, a edição da Lei 9.034/95 e da Lei 10.217/01, e mesmo sem ambas definirem organização criminosa, o entendimento na doutrina e na prática policial era pela aplicação da infiltração policial, uma vez que o mínimo necessário havia sido suprido pela lei 10.217/01 qual seja a autorização judicial, muito embora ficasse silente quanto a responsabilidade penal do agente infiltrado e sobre outros temas de igual importância. Destarte, por desprovimento de detalhamento nos textos legais, cabia ao juiz esmiuçar no caso concreto as características do instituto, subsumindo-o a casuística. Cientes desse quadro, o Congresso Nacional editou a lei 12.694/12 que por fim definiu organização criminosa como forma de praticar delitos e entre outras

---

<sup>8</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 de mar. 2016.

medidas criou o colegiado de 1º grau para apreciação de atos processuais que envolvam organizações criminosas, vejamos os dispositivos legais<sup>9</sup>:

Art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual (...)

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.

Depois de ter ficado longos anos silente, em pouco menos de dois anos achou por bem o legislador redefinir o conceito de organização criminosa e também dispor sobre os meios de investigação criminal por meio da lei 12.850/2013 que expressamente revogou a lei 9.034/1995, muito embora coexistia com a lei 12.694/12 mantendo o colegiado de 1º grau, revogando apenas o conceito de Organização Criminosa. A nova lei trouxe os seguintes meios extraordinários de obtenção de prova<sup>10</sup>:

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

I - colaboração premiada;

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

III - ação controlada;

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

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

<sup>9</sup> BRASIL. Lei Nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm)>. Acesso em 28 de mar 2016.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 26 de mar. 2016.

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

[...]

Além de prevê todos esse mecanismos de otimização da investigação, por menorizou a infiltração policial dedicando um capítulo inteiro à medida, até então recheada de controvérsias, nos dizeres de Reis Friede e André Carlos: “[...] a lei 12. 850/13 aclarou o panorama referente a infiltração policial, cujo a imprecisão, como relatado alhures, possibilitava toda uma sorte de interpretações, pondo em risco, até mesmo o princípio da segurança jurídica”. (FRIEDE, 2014.p.18).

A novel lei, será o objeto desse trabalho, diante da qual analisaremos a infiltração policial considerando seus principais aspectos e sua forma de operacionalização.

#### **4.2 Infiltração policial como meio extraordinário de obtenção de provas**

Antes de fazermos qualquer consideração sobre o agente infiltrado e de adentramos à Lei 12.850/13, é mister invocarmos algumas considerações sobre a teoria geral da prova. Quando falamos em processo, em suma, temos um conjunto de procedimentos previstos em lei mediante os quais as partes levam ao Judiciário sua contendas, para que esse, por meio da jurisdição, aplique o direito ao caso concreto. As partes cabem levar ao magistrado os meios eficazes para o seu convencimento, ou seja, o conjunto probatório necessário para a satisfação do direito perseguido, assim corrobora Nestor Távora:

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por meio do manancial probatório carreado nos autos. (TÁVORA, 2013.p.387-388)

Dito isto, podemos conceituar prova como todo elemento capaz de contribuir para a convicção do juiz, sobre a existência ou não da infração penal, almejando a busca pela verdade real dos fatos. Cabe destacar, que no processo penal se busca a verdade real dos fatos narrados, diferentemente do processo civil que se satisfaz com o princípio da verdade formal, nas palavras de Demercian:

Na Justiça Penal, ao reverso, o Juiz não é mero espectador das provas produzidas pelas partes. Tem o dever de investigar a fundo a realidade do fato. Tão largo é o alcance desse princípio que até mesmo a confissão, no processo penal, tem valor relativo (art 197) e deve ser valorada de acordo com as demais provas colegiadas, enquanto, no processo civil, esse mesmo ato, quando não se cuidar de direitos indisponíveis, tem importância definitiva e absoluta (art. 351, CPC), autorizando, desde logo, o julgamento da lide.(DEMERCIAN, 2012.p.2)

Vencido a conceituação inicial de prova, avançamos para uma diferenciação cirúrgica para a compreensão de tão instigante tema, qual seja a diferença entre fonte de provas, meios de prova e os meios de obtenção de prova. Fonte de prova, é em suma, todas as pessoas ou coisas das quais pode-se obter a prova, elas são oriundas do própria conduta delitiva e independem da existência do processo pois são anteriores a este, são introduzidas ao processo por intermédio dos meios de prova, estes por sua vez, caracterizam-se por serem uma atividade endoprocessual, ou seja, se dá perante o judiciário com contributo das partes no exercício do contraditório e da ampla defesa. Por último, temos os meio de obtenção de prova, no qual se inclui o agente infiltrado, que são procedimentos legalmente estabelecidos que de modo geral estão fora do processo, pois são passíveis de serem constituídos por agentes diferente do juiz, mas sob a fiscalização dele, objetivando a prospecção das fontes de prova.

Feitos os devidos esclarecimentos, dizer que o Infiltração Policial é um meio extraordinário de obtenção de prova, torna a expressão mais inteligível, faltando-nos ainda destrinchar a expressão “extraordinário”. Pois bem, por meios ordinários entendemos, em apertada síntese, os meios comuns aplicáveis a qualquer delito, ressaltados em todo caso as peculiaridades de cada um, que estão albergados no código de processo penal como o exame do corpo de delito, as perícias, o interrogatório do acusado, a confissão e outros. Já os meios extraordinários de obtenção de prova são aqueles não comuns, dotados de excepcionalidade, aplicáveis a um grupo restrito de tipos penais, são ferramentas dotadas de sigiliosidade que são ofe-

recidos a autoridade policial e os de mais órgão incumbidos da atribuição investigativa, com o intuito de garantir maior eficiência da persecução de infrações penais específicas, as quais achou por bem o Estado reprimi-las com o uso de meios mais eficazes.

### 4.3 Conceito de Infiltração Policial

Após essas considerações propedêuticas, e nosso dever conceituar a infiltração policial, para tanto partimos dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci<sup>11</sup>:

O instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo a sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna. Nessa atividade, o agente infiltrado pode valar-se da ação controlada – descrita no capítulo anterior – para mais adequadamente desenvolver seus objetivos (NUCCI. 2013, p. 75).

Ainda sobre o conceito de infiltração policial, muito semelhante é a definição trazida por Reis Friede e André Carlos afirmam:

Trata-se de uma técnica especial de investigação através da 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. (CARLOS, 2014. p.16 ).

A partir dos dois conceitos acima transcritos podemos afirmar que a infiltração policial constitui uma técnica de investigação, através do qual um agente, exclusivamente integrante das forças policiais com atribuição investigativa, por meio de um comportamento dissimulado e ocultando sua verdadeira identidade adentra em uma organização criminosa buscando, entre outros, os seguintes objetivos: o reconhecimento dos membros da organização; identificação da sua estrutura e *modus operandi* ; reconhecimento do patrimônio da organização criminosa bem como o de sua origem e dos seus financiadores.

---

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

#### 4.4 Da abrangência da Infiltração Policial

A infiltração Policial é um meio de obtenção de prova extraordinário e dessa forma não comporta seu uso para quaisquer infrações penais, a lei 12.850/13 restringe sua aplicação, admitindo-se seu uso quando estivermos diante de uma organização criminosa. No tocante a nova configuração típica dada pela lei 12.850/13, para que se possa caracterizar uma organização criminosa há de se observar os seguintes requisitos legais: 1) Tendo em vista ser um crime purissubjetivo ou de concurso necessário, é imprescindível a atuação ordenada de quatro ou mais pessoas<sup>12</sup>, para o exaurimento desse quórum mínimo também se computará os inimputáveis e os membros que embora desconhecidos possuam existência comprovada, como explicaremos mais adiante o agente infiltrado não é computado para fins de composição da organização; 2) Estrutura ordenada baseada na divisão de tarefas, não carecendo para tal, que esta divisão seja formal; 3) A organização deve ser voltada para a prática de infrações penais, devendo ser as penas máxima superiores a quatro anos, e; 4) A finalidade de obter vantagem de qualquer natureza, ou seja, além do dolo “animus” associativo, exige também a finalidade especial. Vale lembrar que diferentemente das leis anteriores que definiam organização como forma de praticar crime, a Lei 12.850/13 tornou a organização criminosa um tipo penal próprio, dessa forma mesmo que um integrante não pratique crime algum, ele será punido pelo simples fato de encontrar-se associado.

Em todo caso, deve ser observada a imprescindibilidade da medida, não sendo regra que toda vez que se investigue uma organização criminosa possa-se fazer uso da infiltração, visto que essa possui, devido a sua excepcionalidade e propensão a lesão de direitos fundamentais, caráter residual, só devendo ser implementada quando a prova não puder ser confeccionada por outros meios.

---

<sup>12</sup> Em recente entendimento, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal compreendeu que a condição de “mula” ou “avião” ( pessoa encarregada de fazer o transporte da droga), não implica, necessariamente que o agente faça parte da organização. Em sua decisão o Colegiado acolheu o Habeas corpus (HC 131795) para a aplicação na dosimetria da pena de uma condenada por tráfico de drogas a causa de diminuição de pena esculpida no parágrafo 4º art.33 da Lei 11.343/06 ( Lei de Drogas). Destaque-se que até então o STJ considerava que o simples transporte da droga configura pertencimento à Organização Criminosa.

Há ainda outras hipóteses em que o instituto poderá ser aplicado, vejamos o art.1º em seu §2º da lei 12.850/13<sup>13</sup>:

§ 2º Esta Lei se aplica também:

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

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Cabe salientar, que até então havia uma divergência doutrinária a cerca da previsão legal ou não do terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro, parte da doutrina, todavia, extraia essa tipificação do art. 20 da Lei de Segurança Nacional, enquanto outros defendiam a ausência da tipicidade da conduta, o legislador pátrio, contudo, pois fim a discussão e nos brindou com a recente lei 13. 260/16 ( Lei que disciplina os atos de terrorismo), que deu a atual redação do inciso II art. 1º, §2º, acima transcrita, e exauriu a controvérsia doutrinária tipificando os atos de terrorismos, com a seguinte redação<sup>14</sup>:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

<sup>13</sup> BRASIL. Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 04 de abril. 2016.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei Nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)> 16 /04/16; >Acesso em: 16 de abril de 2016.

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Anote-se, que para os crimes do art. 1º, §2º não se exige o número mínimo de 4 componentes, como na organização criminosa. Estando presente um dos tipos penais mencionados já estamos em flagrante hipótese de uso da infiltração policial, restará, de toda sorte, observar a imprescindibilidade da medida conforme acontece nos casos de infiltração em organizações criminosas.

#### **4.5 Do momento e do prazo da infiltração policial**

Quanto ao momento de incidência, a aplicação da infiltração policial poderá se dar durante a fase do inquérito, mediante representação do delegado de polícia e autorizado pelo juiz após manifestação do Ministério Público, como em qualquer fase da persecução penal, inclusive o próprio parquet poderá requerer no curso do inquérito, no caso em que deverá haver prévia manifestação técnica da autoridade policial, resguardado em todos os casos a autorização judicial como forma de garantir a lisura de tal medida. É destaque a participação do juiz no processo investigatório atuando no controle de legalidade devendo manifestar-se sempre pela admissibilidade observando se há indícios da infração penal do art. 1º da 12.850/13 e se a infiltração é o único meio possível para obtenção da prova, bem como avaliar o seu custo benefício para o Estado.

No tocante ao prazo, foi sábio o legislador, que estabelecendo o prazo de seis meses, não engessou a medida uma vez que aduziu a possibilidade de renovação, sem no entanto, limitá-la a um número fixo de renovações, tendo em visto que a avaliação deve se dar na análise do caso concreto uma vez que não há como prever em quanto tempo o agente conseguirá prospectar as provas suficientes para dar ba-

se ao oferecimento da de nuncia por parte do Ministério Público, nesse sentido, o juiz ao conceder a renovação deverá se acautelar da necessidade dos pedidos de renovação para evitar ilegalidades.

#### 4.6 Da autorização motivada

A nova lei do Crime organizado preocupou-se em trazer expressamente a exigência da autorização judicial, como assim encontramos no art.10, *caput*.<sup>15</sup>

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, **será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial**, que estabelecerá seus limites.” (grifo nosso).

A carência de manifestação judicial inviabilizou a infiltração policial, que mesmo prevista desde a Lei 9.034/95 só conseguiu viabilidade com o advento da Lei 10.217/01 que trouxe o requisito da autorização do judiciário, essa previsão como vimos se repetiu na 12.850/13, mas deve ser entendida de forma mais ampla, não se limitando a um mero aval, nos dizeres de André Carlos:

O adjetivo *circunstanciado* revela que o magistrado não deve se limitar a autorizar a medida. Deve, sim, pormenorizá-la tanto quanto possível, estabelecendo os limites da infiltração policial, de modo que o delegado de polícia responsável pelas investigações ( e pelo controle direto da operação a ser desencadeada) e o agente infiltrado possam ter um norte referencial das atribuições ( e respectivas balizas) a serem desenvolvidas no âmbito da organização criminosa. (CARLOS, 2014.p. 34 ).

Destarte, deve conter na autorização circunstanciada: as informações prévias já angariadas pelo delegado de polícia com a identificação da organização ao qual o agente se infiltrará e os membros já identificados; a imprescindibilidade da medida, ou seja, que não há outro meio para a obtenção da prova; o prazo da infiltração; principais atribuições (tarefas) a serem desempenhadas durante a medida; as medidas assecuratórias do sigilo da operação e da segurança do agente policial e por fim os mecanismos de controle da operação.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 04 de abril. 2016

#### **4.7 Dos legitimados para atuar como Agente Infiltrado**

A lei 12 850/13, em que pese seus números avanços, não dispõe sobre a seleção de agentes, todavia, é latente que essa deva pairar sobre pessoa com aptidão física e principalmente psicologia para desempenhar essa árdua tarefa, cabendo a autoridade policial considerar dentro do seu quadro de agentes o mais adequado na observância do caso concreto.

Doutrinariamente existia uma forte divergência quanto a constitucionalidade da Lei 9.034/95, no sentido de que, ela permitia a infiltração de agentes da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), todavia a esses agentes não concedeu a Constituição atribuição de policial judiciária, e por conseguinte a função de constituir provas para propositura da ação penal.

A lei 12.850/13, pondo fim a essa discussão, traz em seu art.10 o dever de que o infiltrado possua cargo policial, desta forma conforme disposição constitucional poderão ser escolhidos para atuarem como agentes infiltrados os integrantes da Polícia Federal e das Polícias Civas dos Estados, não podendo a infiltração ser realizado por pessoa distinta, mesmo que pertencentes aos quadros da Administração, nem também por particulares.

#### **4.8 Dos direitos do Agente Infiltrado**

Importante característica da infiltração policial é a sua voluntariedade, pois pode o agente recusar-se a atuar clandestinamente no interior de organizações criminosas, obviamente que não se poderia pensar fora disto uma vez que vivemos sob a égide de Estado Democrático de Direito, e mesmo que a atividade policial em si já seja contemplada de enormes riscos, na infiltração o nível de exposição do agente é infinitamente maior, estando a mercê das piores atrocidades uma vez que seja descoberto, tal sacrifício não pode ser exigido pelo o Estado aos seus agentes.

Frise-se que também é permitido ao policial fazer cessar a conduta a qualquer tempo, em vista os notórios riscos da atividade, seria desarrazoado exigir que o agente permaneça infiltrado quando sua integridade e segurança encontram-se ameaçadas. A voluntariedade é, portanto, requisito essencial da medida sendo um

direito do agente assegurado pela Nova Lei do Crime Organizado assegurada em seu art. 14<sup>16</sup>:

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

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

Note-se que pelo o disposto acima o sigilo assim como a voluntariedade é um direito fundamental do agente, sendo imprescindível para o sucesso da operação, devendo a autoridade policial e o magistrado, inclusive no próprio ato de autorização resguardar o sigilo, conforme o art. 12 da mesma lei: “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”.

Sobre o tema nos fala André Carlos e Reis Friede:

Da mesma forma o representante do MP deve reduzir, ao máximo, no âmbito da atuação institucional, o conhecimento acerca da operação a ser desencadeada. Igualmente, somente o servidor a ser empregado na tramitação do requerimento de infiltração policial poderá ter acesso ass peças sigilosas. Isso facilitará, sobremaneira, eventual identificação do responsável por qualquer vazamento que venha a ocorrer no curso da medida. (CARLOS, 2014.p. 37)

Também é posto a disposição do agente infiltrado os meios de proteção à testemunhas previstos no art. 7º e 9º da Lei 9.807/99<sup>17</sup>, para a garantia de sua integridade a saber:

<sup>16</sup> BRASIL. Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 04 de abril. 2016

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

[...]

Art. 9º Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

§ 1º A alteração de nome completo poderá estender-se às pessoas mencionadas no § 1º do art. 2º desta Lei, inclusive aos filhos menores, e será precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Lei Nº 9.807, de 13 de Julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 04 de abril. 2016.

§ 2º O requerimento será sempre fundamentado e o juiz ouvirá previamente o Ministério Público, determinando, em seguida, que o procedimento tenha rito sumaríssimo e corra em segredo de justiça.

§ 3º Concedida a alteração pretendida, o juiz determinará na sentença, observando o sigilo indispensável à proteção do interessado:

[...]

§ 5º Cessada a coação ou ameaça que deu causa à alteração, ficará facultado ao protegido solicitar ao juiz competente o retorno à situação anterior, com a alteração para o nome original, em petição que será encaminhada pelo conselho deliberativo e terá manifestação prévia do Ministério Público.

Agiu bem o legislador ao dar garantias ao policial, e estendê-las também ao seu próprio grupo familiar, pois este também pode ser vítima de retaliação por parte da organização criminosa. Entendemos que o rol de direitos trazido pelo art. 14 é o mínimo e indispensável para a boa atuação do agente, e não excluí outros direitos que nele não estejam previstos, como a garantia de assistência psicológica antes, durante e depois da execução da medida, como o direito de ter um bom treinamento, afim de estar preparado para as adversidades a serem encontradas em campo e também o direito de ter a sua disposição todos os recursos materiais indispensáveis para o bom cumprimento da infiltração.

#### 4.9 Do relatório

A Nova Lei do Crime Organizado criou como um mecanismo de controle a confecção de relatórios por parte do policial infiltrado a serem dirigidos ao juiz quando do término da medida, e no curso da infiltração quando serão direcionados ao delegado de polícia ou ao Membro do Ministério Público, dispõe em seu art. 10<sup>18</sup>.

Art. 10. [...]

[...]

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 04 de abril. 2016

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Podemos visualizar duas hipóteses de relatório, o primeiro pode ser cobrado durante a infiltração, aleatoriamente ou em prazo predeterminados estabelecidos na autorização judicial, podendo ser dirigido ao delegado ou ao Ministério Público. Segundo André Carlos e Reis Friede:

Por razões absolutamente óbvias, entendemos que tal relatório, ainda que tenha sido requisitado pelo Ministério Público (na forma do art.10.º§5º, da Lei nº 12.850/13) 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. ( CARLOS, 2014.p.52)

Com toda vênia ousamos discordar dos ilustres autores, pois é silente a lei ao que tange a forma do relatório, sendo assim entende a doutrina, que o relatório não possui forma fixa e rígida, sendo possível qualquer formato, desde que cumpra o fim proposto, desta forma ao nosso entender nada impede que o agente entregue o documento ao próprio membro do parquet, ou que o faça através de uma comunicação telefônica, contanto, que seja fidedigno e verossímil aos fatos.

A segunda hipótese de relatório é aquele que deve ser entregue término da infiltração, onde o agente construirá um relato contendo uma descrição pormenorizada dos acontecimentos que deve ser elaborado de forma escrita, afim de que, com base nesse documento, o juiz possa aferir como se deu a atividade e se a mesma guiou-se pela estrita observância aos ditames legais e a autorização pretérita que lhe fora concedida.

#### **4.10 Da responsabilidade penal do Agente Infiltrado**

Parte sensível do tema, a possibilidade de responsabilização do Agente infiltrado ou a tese de sua Irresponsabilidade, tem ocupado grande espaço na doutrina. A preocupação em balizar a conduta do agente, que não raras vezes se depara em situações em que deve incorrer na prática de fatos típicos em concurso, seja ele em coautoria ou participação, com os membros da organização criminosa. Agiria de

forma desmedida o Estado se outorgasse um passe livre para o trânsito entre condutas lícitas e ilícitas, ao mesmo tempo em que comprometeria a eficácia da infiltração se priva-se o agente da prática de tipos penais.

Muitos doutrinadores criticam a infiltração sob o argumento de que ela viola o direito à privacidade, e que suas desvantagens são maiores que as vantagens, numa referência, não só a violação de direitos dos investigados, como a própria situação de risco em que é colocado o agente policial. Ainda nesse entender, o Estado estaria praticando atos ilícitos, mesmo que seja com o intuito de preveni-los, algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Em que pese a coerência do pensamento, não o consideramos o mais correto, sobretudo por já ser pacífico o entendimento de que não há direito absoluto:

Sobre a ótica analítica, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, manifestou entendimento segundo o qual não existe um genuíno “direito fundamental absoluto”, devendo haver, diante do caso concreto, segundo a melhor regra de hermenêutica, o que a doutrina convencionou chamar de relativização interpretativa dos direitos constitucionais. No caso em epígrafe, não há como, pois, deixar de reconhecer a sinérgica importância da infiltração policial [...] (CARLOS, 2014. p. 11)

De tal modo que, também não devem ser consideradas ilícitas as provas decorrentes da infiltração, com fundamento em violação ao direito à intimidade, nesse sentido esclarecedoras são as palavras de Damásio Evangelista de Jesus<sup>19</sup>:

A princípio, segundo a concepção doutrinariamente aceita em relação à prova ilícita, a prova produzida a partir da infiltração do agente seria ilícita, porque incide sobre direitos fundamentais. É evidente que essa conclusão é demasiadamente formalista e inflexível, na medida em que desconsidera as características da sociedade atual, pós-industrial, a qual tem como um dos principais efeitos o fenômeno da criminalidade organizada. Não foi sem razão que o legislador introduziu a figura do agente infiltrado na Lei do Crime Organizado, justamente por partir do pressuposto que, em certos casos, é indispensável socorrer-se de recursos extraordinários de investigação, os quais, por sua vez, são mais restritivos a direitos fundamentais. A questão reside exatamente em definir os limites dessa restrição, a fim de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais a pretexto da necessidade de se salvaguardar a eficiência na persecução.

---

<sup>19</sup> JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Agente infiltrado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 825, 6out. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7360>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

A partir de então, inúmeras são as teses invocadas no intuito de justificar a conduta do policial atuando em infiltração, elas passam por três linhas principais, a primeira delas é que a conduta é atípica por carência do aspecto subjetivo. Na segunda, assevera-se que a conduta permanece típica e a excludente da responsabilidade perpassa por um segundo filtro, qual seja a ausência de ilicitude. Na terceira e última persiste o entendimento pelo aspecto típico e ilícito da conduta e a justificante estaria no terceiro elemento do fato típico, a culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

Antes de abordarmos cada um desses posicionamentos, cumpre avaliarmos a responsabilização do agente frente o art. 2º que traz consigo os seguintes verbos nucleares: promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. Logo, percebe-se, que o agente estaria incidindo no tipo penal previsto nesse artigo, uma vez que a lei 12.850/13 inovou ao criar o crime de organização criminosa, até então, forma de praticar crimes. É uníssona a doutrina ao dizer que o agente não responde por essa figura típica, tanto é, que o agente infiltrado não pode ser considerado para fins de número para compor organização criminosa, considerando se tratar de hipótese de estrito cumprimento do dever legal.

Voltamos agora para a análise, da irresponsabilidade penal por crimes praticados no bojo da infiltração. No estudo da primeira corrente sustenta-se que a conduta do agente é atípica, tendo por fundamento a ausência de dolo, de imputação objetiva e da tipicidade conglobante.

Ao invocar a ausência do dolo, afirmam que o agente quando da prática dos crimes, não possui o elemento volitivo, muito embora tenha consciência da ação por ele praticada. “O dolo é formado apenas por consciência e vontade, sendo um fenômeno puramente psicológico e pertence a conduta, devendo ser analisado desde logo, quando da aferição do fato típico” (CAPEZ, 2012. p. 226). Destarte, sua conduta não é a manifestação livre de sua vontade, e sendo o dolo consciência e vontade logo não há dolo e por conseguinte não haverá também tipicidade.

De outra parte, prega-se a inviabilidade de imputação objetiva, por não haver criação ou aumento de um risco proibido, bem ao inverso, ocorre a diminuição, uma vez que a ação do agente visa inutilizar o conglomerado criminoso, neutralizando a prática de infrações. A crítica que se faz a Teoria da Imputação Objetiva é que ela

não possui o condão de eliminar a tipicidade quando se trata do dolo indireto ou eventual e também a culpa.

Há ainda aqueles que levantam a análise material da tipicidade, e para tanto utilizam o conceito da tipicidade conglobante, sobre ela nos ensina Capez:

De acordo com essa teoria, o fato típico pressupõe que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, globalmente considerado. Assim, quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, permitir o comportamento, o fato será considerado atípico. O direito é um só e deve ser considerado como um todo, um bloco monolítico, não importando sua esfera ( a ordem é conglobante). Seria contraditório permitir a prática de uma conduta por considerá-la lícita e, ao mesmo tempo, descrevê-la em um tipo como crime. ( CAPEZ, 2012. p. 220)

As críticas que seguem a teoria da tipicidade conglobante apoiam-se no preceito que em sua essência extraordinária a medida visa a obtenção de provas, e não delibera favoravelmente sobre a prática de infrações, em suma, a infiltração policial não tem como objeto a prática ilícitos e sim de obtenção de provas, portanto não há de se falar em tipicidade conglobante, uma vez que o ordenamento é uníssono quanto a prática de delitos, ou seja, em situações normais o ordenamento não permite o cometimento de infrações. Segundo Henrique Viana<sup>20</sup>:

“Nesse contexto, também se apresenta equivocado o entendimento pelo qual a responsabilidade do agente “encoberto” deve ser afastada por ausência de tipicidade conglobante. A idéia de antinormatividade não encontra aplicação na medida de investigação criminal sob comento. No âmbito da infiltração policial não há qualquer norma que imponha ou fomente a prática de delitos. O instituto Infiltração não tem, enquanto instrumento extraordinário dos órgãos de persecução criminal, visa, em última análise, à obtenção de provas das práticas das organizações criminosas e da sua autoria.

Para uma segunda corrente, a natureza jurídica da irresponsabilidade penal do agente infiltrado encontra base na ausência de ilicitude, sob molde do estrito cumprimento do dever legal art. 23, III, do Código Penal, segundo Fernando Capez para a caracterização da justificante: pag316 “ exige-se que o agente se contenha dentro dos rígidos limites do seu dever, fora dos quais desaparece a excludente”. Aque-

<sup>20</sup> MORAES, Henrique Viana Bandeira. Responsabilidade penal dos agentes infiltrados. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3460, 21 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23300>>. Acesso em: 8 abr. 2016

les que tecem críticas a tal posicionamento centram-se na ideia de que não há estrito cumprimento do dever legal, pois não conseguem enxergar na prática delituosa o cumprimento de um dever, visto não ser razoável dizer que um policial possua dever de praticar ilícitos. André Carlos e Reis Friede, em oposição, afirmam se tratar de cumprimento do dever legal sim, uma vez que se cumpre a determinação expedida pelo juiz, como se pode inferir da leitura abaixo:

Por conseguinte, O Estado sabe perfeita e previamente que não poderá exigir do policial infiltrado outro comportamento, a não ser que o mesmo contribua, embora com finalidade diversa, para a prática delituosa, objetivando, em última análise, dismantelar a organização criminosa. Por conta disso, entendemos que a ação de concorrer para a prática delitiva, cumprimento exatamente aquilo que restou consubstanciado na ordem judicial, configura nítida hipótese de estrito cumprimento de dever legal. (CARLOS, 2014. p. 82)

Em que pese o posicionamento dos ilustres autores, ousamos discordar no sentido de que, longe de ser autorização para delinquir a autorização judicial é, sobretudo meio de controle, que visa coibir excessos e desproporcionalidades quando da atuação policial, sendo as balizas para a atuação do agente, em última análise não é uma autorização para prática de crimes.

Por último, temos a solução apresentada pela própria Lei 12.850/13, que respalda a irresponsabilidade penal do agente infiltrado no terceiro elemento da teoria analítica do crime, a culpabilidade, vejamos o artigo da Lei<sup>21</sup> :

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Uma das dificuldades encontradas é estabelecer os parâmetros do que é ou não exigível, certo é, que caberá ao juiz na análise do relatório apresentado no final da operação aferir se era possível ação diversa, e entendo ser possível, punir o a-

---

<sup>21</sup> <sup>21</sup> BRASIL. Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, Disponível em:

gente pelo excesso de sua conduta. Rogério Sanches<sup>22</sup> afirma ser elogiável à escolha da inexigibilidade de conduta diversa como embasamento jurídico para a irresponsabilidade penal do agente infiltrado:

Com essa solução, sendo o agente infiltrado induzido, instigado ou auxiliado 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, a punição dos partícipes (integrantes da organização) pelo delito praticado.

Pela Teoria da Acessoriedade Média ou Limitada adotada no Brasil<sup>23</sup> para que seja tipificada a conduta do partícipe, basta que ela seja típica e ilícita, assim se acolhêssemos uma excludente de tipicidade ou de ilicitude, quando o agente infiltrado praticasse crime e os membros da organização criminosa concorressem na modalidade participação, não se haveria de falar em punição para eles, uma vez que a própria conduta do autor não estaria preenchida de tipicidade ou ilicitude, a depender da excludente escolhida. Nesse sentido, estando a irresponsabilidade albergada na ausência de culpabilidade pode-se punir os partícipes, pois a Teoria da Acessoriedade Limitada exige apenas a tipicidade e a ilicitude.

Após percorremos todas essas correntes que buscam justificar a não punição do agente infiltrado pela prática de crimes, observamos que nenhuma delas é isenta de críticas, o que justifica todo o debate em torno da matéria em comento. Porém, o que é de mais valia para a questão em apreço, é que poderá o agente cometer cri-

<sup>22</sup> SANCHES, Rogério. A Figura do Agente Infiltrado e sua responsabilidade penal. Revista Carta Forense Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745> > Acesso em: 8 abr. 2016.

<sup>23</sup> Segundo entendimento da contes Superiores, do qual se pode aferir da leitura do julgado transcrito: O paciente e os corréus foram denunciados como incurso nas penas do art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 29, ambos do CP, porque, em concurso e previamente ajustados, ceifaram a vida da vítima. O autor do homicídio foi absolvido pelo Conselho de Sentença em razão do reconhecimento de ter agido sob a excludente de ilicitude do art. 23, II, do CP (legítima defesa), decisão transitada em julgado. O impenetrante alega a impossibilidade de condenação do partícipe ante a inexistência de crime. Diante disso, a Turma concedeu a ordem para anular o julgamento do paciente, estendendo-lhe os efeitos da decisão absolutória proferida em favor do autor material do ilícito, ao argumento de que, entendendo o Tribunal do Júri, ainda que erroneamente, que o autor material do crime não cometeu qualquer ato ilícito, o que ocorre quando reconhecida alguma excludente de ilicitude, no caso, a legítima defesa, não pode persistir a condenação contra o mero partícipe, pois a participação, tal como definida no art. 29 do CP, pressupõe a existência de conduta antijurídica. A participação penalmente reprovável há de pressupor a existência de um crime, sem o qual descabe cogitar punir a conduta acessória. BRASIL. STJ. HC 129.078-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/8/2009. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0404.rtf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0404.rtf)>. Acesso em: 20 de abril. 2016.

mes e estará isento de pena, contanto que guarde estrita proporcionalidade e razoabilidade entre sua conduta e a situação a que se depara, não podendo tirar proveito da infiltração para obter qualquer tipo de vantagem com o cometimento de injustos penais, valendo-se de torpeza, também não poderá agir como agente provocador:

Nesta hipótese, o agente infiltrado, integrando-se na organização criminosa, passa a atuar como indutor de ações ou omissões delituosas, atuando então, como verdadeiro agente provocador, figura jurídica não admitida pelo Direito brasileiro.(CARLOS,2014.p. 83).

Caso quebre esses deveres de conduta a prova obtida será ilícita e inservível para o processo e, portanto, deverá ser descartada.

## 5 INFILTRAÇÃO POLICIAL NO DIREITO COMPARADO

Assim como surgiu o fenômeno da criminalidade transnacional, de outra banda, também se tem o fenômeno da intercomunicação do direito, algo que não é recente, principalmente para nós, que implantamos o nosso ordenamento positivado com os olhos em legislações europeias, uma vez que nossos códigos buscam inspiração nesses ordenamentos de tradição *civil Law*. O próprio fato de termos mecanismo internacionais que orientam e coordenam, através da propositura de Tratados Internacionais, a criação de normas cada vez mais homogêneas. Mas de fato é nesse período de pós modernidade e de alta interação entre as pessoas que intercomunicação do direito traduz sua real importância para qualquer estudo a ser considerado.

Nesse mesmo pensamento esclarecedoras são as palavras de Julio Pinheiro<sup>24</sup>

:

Direito comparado é expressão que resulta, claramente, da junção de dois termos: direito, que, no caso, se refere a sistema jurídico, e comparado, que tem a ver com a comparação, na busca por semelhanças e diferenças entre objetos comuns pesquisados, sejam eles um sistema jurídico sejam eles um instituto jurídico. Neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida escreve que, a princípio, “o direito comparado (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas”.<sup>[7]</sup> Decerto, pela hipótese de trabalho já apresentada, não se diz, de maneira alguma, que não exista nem que nunca tenha existido o que se nomeia comumente direito comparado, a fim de evitar qualquer mal-entendido, repetem-se as palavras de Pizzorusso: “[...] ainda que a comparação entre os diferentes ordenamentos jurídicos tenha sido praticada pelos juristas desde a Antiguidade, a reflexão sistemática sobre ela e a tentativa de individualizar um campo específico de estudos e de ação prática próprio do “direito comparado” é relativamente recente e seu início pode-se remontar aos últimos anos do século XIX<sup>[8]</sup>”

Todavia, questiona-se a natureza do direito comparado. É esta a grande problemática acerca do tema ora apresentado, alguns autores afirmam ser o direito comparado apenas um método de estudo, através do qual se compara institutos jurídicos de ordenamentos distintos em busca do aperfeiçoamento dos mesmos. Outra corrente considera, no entanto, o direito comparado como ciência autônoma, com

<sup>24</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Natureza jurídica do Direito Comparado . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23674>>. Acesso em: 4 maio 2016.

objeto próprio, tal qual o direito penal e o direito civil. Nas palavras de Francisco Oúvídio<sup>25</sup>:

O direito Comparado atende, assim, aos requisitos substanciais da ciência: conhecimentos adquiridos de maneira metódica, sem o caráter de improvisação; validade universal dos conhecimentos produzidos; e que esses conhecimentos tenham passado pelo crivo da observação sistemática. A utilização do método comparativo preenche o primeiro requisito; as «sínteses conceituais» operadas pela atividade juscomparativista podem ser aplicadas no estudo dos diferentes ordenamentos jurídicos do passado ou da atualidade, cumprindo com o segundo requisito; enquanto que a utilização dos métodos e procedimentos consagrados pela ciência jurídica comparativista garante a observação sistemática dos fatos. Por último, não deixa de ser oportuna a lembrança das observações de Zweigert, de que «(...) dentro dos quadros do direito, o direito comparado é a única ciência», bem como a de Kutz, para quem «nenhum estudo merece o nome de ciência se se limita a fenômenos que se verificam dentro das suas fronteiras naturais (...). O direito comparado oferece a única via pela qual o direito pode tornar-se internacional e conseqüentemente uma ciência.

De toda sorte, é preciso deixar claro que para aqueles contrários a esse entendimento afirmam, que uma vez que, a partir do direito comparado, temos uma avaliação comparada de institutos, isso por si só invalidaria a tese de ciência, pois estamos diante de um método que compara direitos e não de um ramo do direito em si.

Longe de toda essa discussão é inegável o contributo do estudo comparado, para qualquer tema que se proponha a analisar, dito isto, apesar de nos inclinarmos para o entendimento do direito comparado como método, não desmerecemos o seu status para a construção de qualquer ciência investigativa, no estudo da infiltração policial também não é diferente, pois a partir da observação do mecanismo nos diferentes países poderemos construir um modelo satisfatório que equilibre as garantias constitucionalmente estabelecidas e as necessidades da persecução penal.

### **5.1 Infiltração Policial no direito Norte Americano**

Em que pese à importância do estudo comparado, para o aperfeiçoamento dos institutos e instituições, deve-se levar em consideração, a disparidade de realidades. No direito

---

<sup>25</sup>OUVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado.Revistas USP. Disponível em<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67009/69619>>Acesso em: 4 maio 2016.

americano há diversos órgãos com competência investigativa, consideramos para esse estudo a infiltração aplicada pelo FBI e o seu código *Code of Federal Regulations*, dito isto, esclarecemos que alguns procedimentos podem ser diferentes quando implementados por órgãos diversos.

Notadamente quando comparamos institutos jurídicos no Brasil e nos Estados Unidos, devemos considerar que são países com tradições jurídicas diferentes, enquanto o modelo brasileiro se baseia no sistema romano-germânico ou Civil Law, o americano busca inspiração no sistema jurídico anglo-saxão ou Common Law. Apesar dessa disparidade, foi nos Estados Unidos que a infiltração policial foi usada em maior escala e por consequente se desenvolveu de forma vertiginosa, por isso, merece que voltemos nosso olhar para apreciação do instituto em solo Norte Americano.

Incontáveis são as diferenças entre a infiltração no direito americano e no ordenamento brasileiro, mas antes de analisá-la, precisamos tecer algumas considerações sobre o modelo de direito penal americano, preliminarmente temos latentes diferenças já no que tange a tarefa de investigação, enquanto a Constituição Federal Brasileira de 1988 resguarda essa função para as polícias Cíveis e Federal em seu art. 144 §1º, I e §4º<sup>26</sup>:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

(...)

§ 4º Às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Nos Estados Unidos, não há distinção entre polícia civil e militar, cabendo ambas atribuições aos departamentos de policial, há ainda agências federais de inves-

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 de mar. 2016.

tigação tal como o FBI e outras, no que consiste em uma verdadeira pulverização da função investigativa entre esses órgãos, além do que, o próprio direito material varia entre os Estados Americanos em virtude do seu modelo de federalismo, segundo Dirley da Cunha Júnior:

[...] na formação da Federação norte-americana, os Estados então soberanos, abdicaram de suas soberanias em favor do novo Estado criado a partir da união, porém mantiveram-se titulares de ampla autonomia política. Essa federação, quanto à sua formação, é considerada como centrípeta ou por agregação, tendo em vista que originada a partir de um sentimento ou força central que agregou e uniu vários Estados em torno de um propósito destinado à organização de uma nova forma de Estado, o Estado Federal. (CUNHA, 2011.p 522)

Nos Estados Unidos o agente infiltrado ou *undercover agent* é aplicado não somente no âmbito das investigações acerca de organizações criminosas, mas também de injustos penais como os crimes de colarinho branco, corrupção, terrorismo entre outros. Logo, percebemos que lastro de utilização da infiltração é bem mais amplo do que aqui no Brasil. Para implementação da medida é necessário um rigoroso estudo sobre sua viabilidade, onde devem ser considerados:

Nesse aspecto, tanto o guia do FBI quanto o *Code of Federal Regulation* determinam a necessidade de se fazer um relatório requerendo a aprovação do uso da medida investigatória, devendo relatar os riscos da operação (quanto à integridade do agente, danos à propriedade, custos financeiros, dano à imagem ou outras formas de lesão), os riscos de responsabilização civil do governo ou da ocorrência de alguma perda ao governo, os fatos relacionados às quebras de garantias constitucionais (sigilo de dados, telefônico etc.) e as possíveis condutas típicas praticadas pelos policiais infiltrados. (SOUSA, 2015.p.67)

Os inúmeros requisitos exigidos formam uma espécie de barreira para evitar o uso desnecessário da infiltração, além do que funcionam como uma forma de controle prévio, resta dizer ainda que o FBI possui um órgão específico para a revisão das operações que envolvam agentes infiltrados, que deverá ser consultado para infiltrações de alta complexidade, sendo condicionado o aval para a medida, a prévia autorização desse órgão.

Na escolha do policial, é destaque a possibilidade de que ele pertença aos quadros do município, como decorrência do modelo altamente distribuído de investigação já explicitado nesse trabalho, o que por sua vez não ocorre no Brasil. Ademais, há uma preferência pela escolha dos recém ingressos na carreira policial, como necessidade de sigilo para a operação, pois os policiais que não possuem longo período de atuação nas ruas dificilmente serão reconhecidos pelos criminosos. A seleção dos agentes leva em consideração também o biótipo e as características psicológicas, além do que deve o agente possuir o chamado *roping*, que consiste na capacidade persuasiva do infiltrado, característica fundamental para a angariação de subsídios probatórios, pois através do seu poder de convencimento será levado a descobrir o sistema de atuação da organização criminosa e também ganhar a confiança dos seus membros.

Uma vez infiltrado, o agente deverá manter correspondência com o Promotor de justiça, responsável pela fiscalização de sua atuação, ponto peculiar visto que o juiz não interfere nesse momento, nas palavras de Marllon Sousa:

“ Constata-se, dessa forma, que não existe um controle jurisdicional da autorização ou execução da medida de infiltração policial no ordenamento americano, ficando à competência do Poder Judiciário a verificação da validade ou não da prova colhida no seio da infiltração policial, bem como para aferir eventual responsabilidade por excessos cometidos. Este aspecto denota não só maior agilidade na execução da medida, como também maior autonomia aos órgãos de investigação, cuja fiscalização fica a cargo da Procuradoria de Justiça.” (SOUSA, 2015.p.70)

Nota-se que no sistema brasileiro o juiz acompanha o transcorrer da medida e não apenas quando concluída e judicializada através de um processo. Alerta-se que até para a instauração da infiltração é condição necessária a autorização judicial, o controle do judiciário no modelo brasileiro é prévio, concomitante e também posterior em virtude do princípio da inafastabilidade jurisdicional, segundo o qual nenhuma ilegalidade será afastada da apreciação do poder judiciário. Prosseguindo essa análise, adentramos em tema sensível na doutrina e jurisprudência americana, qual seja o da legalidade das provas obtidas pelo agente infiltrado. A infiltração como meio de angariação de provas, também encontra grandes controvérsias e em torno dela surgiram algumas teses defensivas, a principal delas é a *entrapment defense*. Nas palavras de Marllon Sousa :

A *entrapment defense* é uma tese defensiva pela qual se intenta a anulação de todas as provas colhidas numa investigação, na qual o uso da infiltração policial é maculado por excesso na ação do agente infiltrado, de modo a tornar a ação do investigado mero desdobramento de cenário preparado pelo instigador do ato. Seria algo muito assemelhado ao nosso flagrante preparado por ato do agente provocador. (SOUSA, 2015.p.72)

Nesse sentido, age em excesso toda vez que atuando no bojo da infiltração o agente instiga e incentiva a prática de condutas criminosas, tornando espúrio todo conjunto probante colhido a partir da conduta incentivadora, nessa linha há uma outra teoria norte americana, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), assim explicada nas palavras de Nestor Távora : “ A produção de prova ilícita pode ser de extrema prejudicialidade ao processo. Os efeitos da ilicitude podem transcender a prova viciada, contaminando todo material dela decorrente” pag 395. A tese da *entrapment defense*, tem sido largamente utilizada pela defesa no ordenamento norte-americano para apontar irregularidades em sede da infiltração policial, e assim invalidá-las, por isso a construção de todos os mecanismos de controle trazidos no *Code of Federal Regulations* do FBI, já apresentados nesse trabalho, que visam assegurar o reto transcorrer da medida.

Quanto à prática de ilícitos penais pelo agente, prevalece que ele não será punido por tais feitos, desde que tenha respeitado a proporcionalidade e tenha autorização de seu superior hierárquico. De toda maneira, é proibido ao infiltrado obter qualquer vantagem a partir da conduta ilícita, bem como favores sexuais, agir como agente provocador ou ameaçar investigados no intuito de obtenção de provas.

## 5.2 Infiltração Policial na Espanha

O Instituto da infiltração policial está hospedado no ordenamento jurídico de diversos países europeus, na Alemanha o agente infiltrado (*Verdeckter Ermittler*) está previsto no Código de processo Penal (*Das Strafprozessordnung- StPO*) em seus parágrafos 110a e 111b, na França está disposto nos arts. 706-81 a 706-87 do Código de Processo Penal francês (*Code de Procédure Pénale*), em Portugal a Lei 101 de agosto de 2001 dispõe sobre as chamadas Ações encobertas, já na Itália a utilização de agentes infiltrados está prevista no artigo 97 do Decreto n. 309/90; no artigo 12-*quarter* da Lei n. 356/92 e no artigo 14 da Lei n. 269/98)46.

A Espanha não diferente dos demais países europeus, a infiltração policial também encontra albergue em sua legislação, ela é produto da Convenção das Na-

ções Unidas<sup>27</sup> contra o Tráfico de Drogas de 1988 (Convenção de Viena). O Tratado compeliu seus signatários a criarem mecanismos internos de repressão à criminalidade organizada e a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. Com isso, em 13 de janeiro de 1999 por intermédio da Lei Órgânica nº5<sup>28</sup>, acrescentou-se o art 282 bis ao Código de Processo Penal Espanhol (Ley de Enjuiciamiento Criminal):

Artículo segundo.

Se añade en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo 282 bis con la siguiente redacción:

«1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al

<sup>27</sup> Ante este nuevo reto, los sucesivos Gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico. Asimismo, la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, ha sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales. En esta línea, destaca la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en donde se insta a las Partes firmantes de la misma, entre ellas España, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional. ESPANHA. LEY ORGÁNICA 5/1999, de 13 de enero. Disposiciones Generales. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1999/01/14/pdfs/A01737-01739.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2016.

<sup>28</sup> ESPANHA. LEY ORGÁNICA 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1999/01/14/pdfs/A01737-01739.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2016.

proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- h) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal. BOE núm. 12 Jueves 14 enero 1999 1739
- i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.»

Da leitura da legislação Espanhola podemos destacar alguns pontos importantes, o primeiro deles é que diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, na Espanha a infiltração policial, assim como no Brasil, é voltada exclusivamente para o combate à criminalidade organizada, definida na legislação espanhola como a reunião de três ou mais pessoas para a prática permanente ou de forma reiterada de alguns daqueles delitos previstos no extenso rol da lei como por exemplo: tráfico de seres humanos, de armas, de fauna e flora, crimes relacionados à prostituição entre outros. Observe que diferente do Brasil em que o quorum mínimo para a configuração de uma organização criminosa é quatro pessoas, na Espanha com apenas a participação de três integrantes já estaríamos diante de uma organização criminosa.

Para que seja possível a infiltração policial se faz necessário a autorização judicial que explicita sua real imprescindibilidade, uma peculiaridade da disciplina espanhola sobre o tema é que também o promotor de justiça poderá autorizar a medida desde que a fundamente e dê ciência ao órgão judicial competente. A autorização, seja ela expedida pelo juiz ou pelo o promotor de justiça, deve ser sigilosa como forma de garantia a boa aplicação da medida e seu prazo será de seis meses podendo ser prorrogado por períodos iguais.

Quanto ao agente, esse deverá pertencer aos quadros da polícia judiciária e poderá manter a identidade falsa, assumida durante a investigação, caso precise atuar como testemunha no processo. Ele também não será responsabilizado penalmente quando suas condutas forem necessárias para o desempenho da infiltração e guardem a devida proporcionalidade, para que evite-se sua responsabilização também não poderá atuar como agente provocador, pois não admite a legislação espanhola que o policial no bojo da infiltração atue estimulando a prática de condutas ilícitas.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do problema da criminalidade organizada os novos meios de obtenção de provas trazidos pela lei 12.850/13 são importantes instrumentos para o aparelhamento da persecução penal, permitindo ao Estado fazer frente a delinquência moderna. Em nosso estudo pudemos observar que eles devem ser utilizados com cautela principalmente no que tange a infiltração policial. O Estado Democrático de Direito fundamenta-se no primado dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, nesse sentido veio em boa hora a edição da Nova lei do crime Organizado, no intuito de criar parâmetros legais que definiram como deve ocorrer a operacionalização da infiltração policial, sobretudo vinculando-a a um permanente acompanhamento judicial. Do posicionamento dos críticos que alegam a suspeição do juízo por conceder a autorização, discordamos por entender que em outras vezes o juiz é chamado a atuar no processo, como na decretação de prisão preventiva e nem por isso há de se falar em impedimento.

Proveitosa é a análise do direito comparado para o aperfeiçoamento da medida de infiltração, a título do que ocorre nos Estados Unidos deveria o nosso ordenamento trazer disposições sobre o processo de escolha e treinamento do agente infiltrado, ainda assim seria importante a criação de órgãos especificamente voltados para a seleção, treinamento, supervisão, acompanhamento do agente infiltrado, no âmbito das policias civis e na policia federal, semelhante ao que ocorre no modelo norte americano.

Em relação a perspectiva da responsabilidade penal do agente infiltrado, agiu de todo bem o legislador em não punir sua conduta albergando-a na ausência de culpabilidade, ao passo que viabilizou a punição dos partícipes pela Teoria da Accessoriedade Limitada. Em que pese haver inúmeras teses passíveis de defesa da irresponsabilidade penal, o importante é que soube o Estado brasileiro ponderar entre a necessidade de *jus puniedi* e as garantias fundamentais, de forma que mesmo defendendo-se uma excludente diferente da inexigibilidade de conduta diversa, não se pode jamais falar em liberdade total do agente. Preocupado nesse sentido, agiu bem o estado ao vedar a atuação como agente provocador ou mesmo valer-se de sua própria torpeza para a obtenção de vantagem. Por todo exposto,

podemos aduzir que longe de ser o meio de prova menos agressivo é de toda sorte um meio necessário, que observado os limites legalmente estabelecidos e obedecendo fielmente a determinação judicial, estará em completa consonância com o texto constitucional e com os fins para qual foi proposto, assim a infiltração policial é hoje um importante instrumento de defesa social contra os riscos criados pela sociedade moderna.

## REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Mário Leite de. **Definição de crime organizado**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2133, 4 maio2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12742>>. Acesso em: 11 abr. 2016

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 de mar. 2016.

BRASIL, **Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 24 mar.2016

BRASIL. **Lei Nº 9.807, de 13 de Julho de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 04 de abril. 2016.

BRASIL, **Lei Nº 10.217, de 11 de abril de 2001**.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 24 mar.2016

BRASIL.**Lei Nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm)>. Acesso em 28 de mar 2016.

BRASIL. **Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 26 de mar. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm) 16 /04/16;> Acesso em: 16 de abril de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídicos-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CUNHA, Dirley Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/932>>. Acesso em: 4 maio 2016.

ESPANHA. **Ley Orgânica 5/1999, de 13 de ener**. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1999/01/14/pdfs/A01737-01739.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2016

JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente infiltrado**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 825, 6 out. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7360>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Responsabilidade penal dos agentes infiltrados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3460, 21 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23300>>. Acesso em: 8 abr. 2016

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004. NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira . **O conceito de organização criminosa no direito brasileiro** . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n.

4047, 31 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29094>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Jähr, 2002.

SANCHES, Rogério. **A Figura do Agente Infiltrado e sua responsabilidade penal**. Revista Carta Forense Disponível e: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745> . >. Acesso em: 8 abr. 2016.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Natureza jurídica do Direito Comparado** . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23674>>. Acesso em: > 4 maio 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2013.