



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

LARYSSA WÊNIA LIMA DA SILVA

**A FUNÇÃO *COMPLIANCE* E OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES
INFILTRADOS**

**CAMPINA GRANDE
2018**

LARYSSA WÊNIA LIMA DA SILVA

**A FUNÇÃO *COMPLIANCE* E OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES
INFILTRADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva.

**CAMPINA GRANDE
2018**

É expressamente proibido 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 do trabalho.

S586f Silva, Laryssa Wênia Lima da.
A função *compliance* e os limites à atuação dos agentes infiltrados [manuscrito] : / Laryssa Wênia Lima da Silva. - 2018.
30 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas , 2018.

"Orientação : Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Organizações Criminosas. 2. Agente Infiltrado. 3. Direito
Penal.

21. ed. CDD 345

LARYSSA WÊNIA LIMA DA SILVA

A FUNÇÃO COMPLIANCE E OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES
INFILTRADOS

Trabalho apresentado no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 12/06/2018

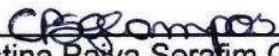
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu pai pelo suporte e incentivo, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus porque Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas. Graças sejam dadas a Ele, que nos deu o dom da vida e a capacidade necessária para alcançarmos os nossos sonhos.

Aos meus pais ofereço o meu mais profundo agradecimento, pois dedicaram e ainda dedicam a própria existência para me proporcionar uma vida digna. Ao meu irmão, pelo amor e pela companhia nas noites de avanço pelas madrugadas.

Aos meus avós e à minha família, pelo carinho, cuidado e zelo. A Márcio, por ser meu melhor amigo, companheiro inseparável e namorado insuperável, e à sua família, por sempre vibrarem com as minhas conquistas. Eu vos agradeço.

Agradeço imensamente aos amigos e colegas que fiz ao longo desta caminhada, em especial àqueles que foram meus parceiros no curso: Cesarina Guterres, Izaias da Silva, Juvêncio do Amaral, Kayse e João Gabriel, Laíne Sousa, Lucas Galdino, Mariani e Davi, Nathália Lima, Tarsila Lorena, Ralf da Nóbrega, Rebeca Cabral e Ramon Medeiros.

Agradeço a todos que fazem da 3ª Cível a melhor e mais divertida Vara do TJPB, e por terem me acolhido com tanto carinho. Aos amigos da DPU, grata sou pelo privilégio de servir os menos favorecidos ao lado de pessoas tão empenhadas e dedicadas e pelos sorrisos diários.

A Marcela Motta, que foi a minha primeira supervisora de estágio e que tanto me ensinou. A Elias Duarte de Azevedo, pelas correções, orientações, conselhos e paciência. Eu vos agradeço de todo o coração e vos levo como exemplo.

Sou profundamente grata aos professores Cristina Campos, Marcelo D'Angelo Lara, Raissa Melo e Rodrigo Ferreira pela disposição e boa vontade para ajudar quantas vezes fossem necessárias, bem como aos funcionários da coordenação do curso.

Agradeço ao professor Luciano Nascimento Silva pela sua dedicação aos alunos, à arte de ensinar e à Universidade Estadual da Paraíba, por nos motivar a estudar temas desafiadores e, sobretudo, por aceitar ser meu orientador.

A todos que torcem e vibram com minhas vitórias, o meu muito obrigada.

“(...) a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.”

Ricardo Lewandowski.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A FUNÇÃO <i>COMPLIANCE</i> E OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS	9
3	CONCEITO E ESTRUTURA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	10
4	A <i>COMPLIANCE</i> NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	11
5	QUEM SÃO OS AGENTES INFILTRADOS E OS REQUISITOS PARA SUA ATUAÇÃO	12
6	OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS.....	14
6.1	Limites constitucionais à infiltração	16
6.1.1	Direito à intimidade e vida privada.....	16
6.1.2	Presunção de inocência.....	18
6.1.3	Direito de não produzir provas contra si	20
6.1.4	Direito ao silêncio.....	21
6.2	Limites infraconstitucionais à infiltração	21
6.2.1	Princípio da proporcionalidade.....	21
6.2.2	Vedação ao flagrante preparado	23
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
	<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>28</u>

A FUNÇÃO COMPLIANCE E OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS

Laryssa Wênia Lima da Silva*¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da infiltração de agentes trazido pela Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13). O Direito Penal e Processual Penal encontram na figura do agente infiltrado uma nova forma de obtenção de provas. Contudo, apesar de inovador, esse novo meio pode ser demasiadamente restritivo de direitos e garantias, haja vista que a Lei 12.850/13 traz como único balizador à infiltração o princípio da proporcionalidade. Por meio deste trabalho procurou-se verificar quais os limites que a Constituição Federal impõe à infiltração de agentes, e as consequências de uma eventual violação desses limites. O presente trabalho aponta os limites que devem ser observados nas operações de infiltração, mesmo que a lei não as coloque em rol específico. Nisto consiste, portanto, a sua relevância jurídica. A relevância social relaciona-se à preservação dos direitos dos indivíduos, bem como ao aprimoramento das técnicas de investigação para o controle da criminalidade. Quanto à sua natureza, a pesquisa caracteriza-se como básica, tendo se desenvolvido a partir do método dedutivo. Além disso, possui caráter explicativo, sendo utilizada a pesquisa bibliográfica como procedimento técnico. Concluiu-se que o princípio da proporcionalidade não é o único limite à infiltração, bem como que os riscos e benefícios advindos dessa atividade devem ser sopesados. Esse meio de prova não deve ser utilizado de forma indiscriminada e devem ser preservados o máximo de direitos dos investigados.

Palavras-Chave: *Compliance*. Organizações criminosas. Agente infiltrado.

1 INTRODUÇÃO

Propõe-se neste trabalho a análise de tema pouco abordado no Direito Penal: a figura do agente infiltrado quando inserido nas organizações criminosas e a relação entre a sua atividade e as garantias constitucionais.

Tal figura encontra-se prevista na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13) e caracteriza-se como meio de obtenção de provas de uso excepcional. Por meio deste trabalho, será possível observar que, apesar da previsão legal, o agente infiltrado não recebeu a devida delimitação para sua atuação.

A partir da interligação de mercados e da promoção do rápido desenvolvimento do comércio, foi desencadeada uma incessante corrida econômica

*Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. E-mail: laryssa_wenia@hotmail.com

em busca do domínio do mercado e, conseqüentemente, do lucro. Concomitantemente, deu-se a evolução da criminalidade.

Partindo da premissa de que o Direito acompanha as mudanças sociais, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar novos subsídios para o controle da criminalidade. Nesse contexto, inclui-se a figura do agente infiltrado.

Essa figura trazida pelo Direito Penal e Processual Penal mostra-se como uma resposta à necessidade de elaboração de meios eficazes de controle da criminalidade. A evolução da sociedade e do mercado de bens e serviços, decorrentes do fenômeno da globalização, exige uma proteção proporcional do Direito. Se há alguns anos o Direito Penal preocupava-se com os bens jurídicos individuais, com o advento da globalização, é preciso formular novas formas de proteção para preservar os bens jurídicos transindividuais, que extrapolam a esfera de um único indivíduo e alcançam toda a coletividade.

O cerne do problema consiste na relativização extrema de garantias e direitos em favor da manutenção e proteção das atividades econômicas e financeiras, sobretudo para garantir a presença de grandes empresas e investimentos estrangeiros no país. O ávido desejo de desfazer e punir organizações criminosas pode desencadear uma atuação irresponsável e ilegal do Estado, de forma a suprimir direitos e garantias fundamentais.

Em que pese o aumento da criminalidade, da complexidade e fluidez das organizações criminosas, o combate às práticas ilícitas não pode ocorrer de forma indiscriminada. É necessário que o Direito Penal e Processual Penal evoluam quanto aos meios de investigação e obtenção de provas, mas sem deixar de lado os direitos fundamentais dos indivíduos.

Este trabalho se propõe a analisar quais os limites à atuação do agente de polícia infiltrado. Com efeito, parte-se das hipóteses de que é preciso observar, sobretudo, o direito à intimidade e vida privada, o princípio da presunção de inocência; o direito de não produzir provas contra si; direito ao silêncio e princípio da proporcionalidade.

A escolha do tema deu-se em razão da novidade que representa esse meio de obtenção de prova, à sua rasa regulamentação e à escassez de estudos sobre o assunto. Assim, busca-se demonstrar os direitos e garantias que devem ser preservados quando da infiltração de agentes, bem como os riscos de sua eventual

violação, analisando a estrutura jurídica vigente e a sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Quanto à sua natureza, a pesquisa caracteriza-se como básica, tendo se desenvolvido a partir do método dedutivo. Além disso, possui caráter explicativo, pois o conhecimento da realidade partiu da observação e dos fatores que cooperaram para as situações jurídicas apresentadas. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como procedimento técnico, tendo em vista que seu desenvolvimento dar-se-á a partir da leitura de normas jurídicas, materiais publicados em livros, revistas e artigos científicos.

2 A FUNÇÃO COMPLIANCE E OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS

Compliance deriva do termo “*to comply*”, que no inglês significa “cumprir” ou “cumprimento”. A função *compliance*, desenvolvida, sobretudo, nas grandes empresas, busca o fiel cumprimento às normas internas, bem como à legislação externa de modo que sejam evitados desvios, fraudes ou crimes contra o sistema financeiro.

Mediante a *compliance* é possível controlar as operações e detectar falhas ou condutas inadequadas, de modo a promover o necessário controle das práticas indevidas. Nesse sentido escreveram Kuhlen, Montiel e Gimeno que

Los programas de cumplimiento constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores, etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones. (2013, p. 30)

Acrescente-se que a *compliance* não está limitada ao âmbito empresarial. Assim como nas grandes empresas e bancos, outras organizações e instituições trabalham com grande fluxo de capital, possuem estruturas organizadas e hierarquizadas, bem como buscam proteger a sua estrutura de possíveis perdas e invasores que possam comprometer suas atividades e, conseqüentemente, seu lucro.

Nessa definição é possível incluir as organizações criminosas, cuja estrutura assemelha-se a de grandes empresas realizando, contudo, atividades ilícitas, tais como o tráfico de drogas e de armas.

O fenômeno da globalização, conhecido como integração entre os povos de todo mundo, garantiu a expansão das fronteiras, do comércio e internacionalização das culturas, mas, na mesma proporção, propiciou o aumento da criminalidade, sobretudo, da criminalidade organizada. Esta, por sua vez, rompe as fronteiras dos países e alcança integrantes em todo o mundo, por meio de atividades ilícitas.

3 CONCEITO E ESTRUTURA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Até a promulgação da Lei 12.850/2013 não havia no direito brasileiro uma definição legal para as organizações criminosas. Inicialmente, o Código Penal previa apenas o crime de quadrilha ou bando, o qual era previsto no seu artigo 288.

Contudo, a lei 12.850/2013 alterou o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), além de revogar a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995. Deste modo, o art. 288 do Código Penal passou a vigorar com o novo tipo penal de “associação criminosa” e não mais de “quadrilha ou bando”, como previa a Lei de 1995. Em virtude da referida mudança, consideram-se organizações criminosas:

[...] a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013)

Do texto legal depreende-se que, conforme tratado anteriormente, as organizações criminosas apresentam estruturas semelhantes às de empresas, de modo que são caracterizadas pela hierarquia e divisão de tarefas. Caracterizam-se ainda por se infiltrarem também nas estruturas políticas e públicas dos países, corrompendo e recrutando pessoas influentes dos mais variados cargos e funções para que possam garantir os interesses do grupo criminoso.

Considerando a forma como se estruturaram e a forma como se desenvolveram ao longo do tempo, foi preciso que as políticas de controle a essas organizações, bem como às atividades ilícitas por ela desenvolvidas, desenvolvessem-se na mesma velocidade e com a eficácia suficiente para combatê-las.

Com vistas a controlar as organizações existentes, países de todo o mundo, sobretudo Estados Unidos da América e alguns Estados europeus, aderiram à figura

do agente infiltrado (MATHIS, 2014, p. 71). Este, por sua vez, corresponde a um agente policial que se infiltra nas organizações, passando-se por um de seus membros de modo a obter provas que não seria possível conseguir por outros modos.

Corresponde, portanto, a um meio excepcional de obtenção de provas, uma vez que tais operações envolvem direitos e deveres do policial, bem como as garantias fundamentais dos investigados.

4 A COMPLIANCE NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Na estrutura das organizações criminosas, cada indivíduo possui uma atividade e, em regra, está subordinado a um superior. Para o perfeito desenvolvimento do grupo criminoso, é imprescindível que as ordens sejam seguidas à risca, de modo que o indivíduo que se negar a cumpri-las, ou que a cumpra de forma incorreta, corre o risco de pagar com a própria vida (MESSA, 2012, p. 99-100 *apud* JOHN, 2014, p. 11-12).

Quanto à atuação dos agentes de polícia infiltrados, a situação não é diferente. Uma vez inseridos no grupo, estarão a todo tempo sujeitos às ordens de seus superiores dentro da própria organização criminosa. Deste modo, estarão constantemente envolvidos na atividade ilícita e subordinados às regras e punições do referido grupo.

As organizações criminosas geralmente estão envolvidas com o tráfico ilícito de entorpecentes, de drogas e com a prática de lavagem de capitais (MENDRONI, 2012, p.21 *apud* JOHN, 2014, p. 15). Entretanto, para que seja mantida a atividade principal da organização, muitas vezes os indivíduos praticam crimes meios, tais como o assassinato de autoridades que ponham em risco a continuidade da organização. É nesse contexto que a função *compliance* encontra destaque.

O fato de um dos integrantes não participar das atividades ilícitas realizadas pela organização pode levantar as suspeitas de que seja um agente infiltrado.

O envolvimento com o meio criminoso sujeita o agente infiltrado às mesmas ordens e normas dos demais indivíduos. Conseqüentemente, o referido agente deverá exercer a função *compliance* na organização, de modo que será impelido a praticar todas as “normas” que regulam o grupo, estejam elas em conflito ou não com o ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, escreveu Montoya:

Las operaciones encubiertas incluyen desde una simple compra de narcóticos hasta la más sofisticada creación tendiente a enfrentar a una completa organización que se mueve a nivel mundial. Donde el hombre que trabaja no solamente debe asemejarse al hombre común, al drogadicto típico sino también a un financista, a un banquero, con una cobertura que abarca, desde la forma de vida que debe llevar en lo que hace a sus propiedades, vehículos, residencias, veraniegas, cuentas bancarias, etc., para acercarse a lo más alto de las organizaciones con las cuales tiene que luchar, a fin de no desentonar en el medio en el que se manejará, por cuanto ello le puede costar la vida. Se debe tener en cuenta que el hombre que actúa en forma encubierta ha sido debidamente entrenado, que es un experto no solamente como investigador, sino que también debe moverse con una identidad distinta, que abarca los diversos aspectos de su vida de relación, que tiene datos personales ficticios que comprenden distintos hechos que se extienden desde su nacimiento al día en que entre en una operación, en la cual todos los detalles tienen que ser observados cuidadosamente. Sin olvidar que debe vivir lejos de su familia, de sus conocidos y de todo aquello que lo ligue a su vida de todos los días, a fin de que la cobertura no sea descubierta. Documentación, propiedades, forma de vida, vecindario, etc., todo ello adquiere una significación especial en determinados ambientes. (2001, p. 30, *apud* JOSÉ, 2010, p. 73)

Não por outra razão, visando garantir que o agente não seja culpabilizado pelos atos ilícitos eventualmente cometidos, a Lei 12.850/2013 prevê em seu art. 13, parágrafo único, que o agente não responderá pelos crimes cometidos no âmbito da organização, mas apenas pelos excessos praticados.

Em que pese a previsão de que responderá pelos excessos eventualmente praticados, destaque-se que a atividade policial, bem como o processo penal, está sujeito às normas constitucionais, sobretudo no que concerne aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

5 QUEM SÃO OS AGENTES INFILTRADOS E OS REQUISITOS PARA SUA ATUAÇÃO

A mais importante inovação trazida pela Lei 12.850/13 foi a definição do que seriam as organizações criminosas. Apesar disso, merece destaque também a figura do agente infiltrado, que foi trazida como um dos meios de combate ao crime organizado.

Assim como a criminalidade organizada evoluiu com o passar dos anos, o processo penal precisou aprimorar os meios de investigação e, sobretudo, de aquisição de provas e captura de indivíduos.

A necessidade de conhecer o território inimigo torna o agente infiltrado uma figura de fundamental importância no combate à criminalidade. Nos dizeres de Mendroni:

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, modus operandi, nomes – principalmente dos cabeças da organização, nomes dos testas-de-ferro, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, etc. (2007, p. 54, *apud* JOSÉ, 2010)

No direito brasileiro, a figura do agente infiltrado só passa a existir a partir da Lei nº 10.217/2001, editada no Brasil após a assunção de compromissos internacionais mediante convenções e tratados.

Entre essas convenções merece destaque a Convenção de Palermo, introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 5.015/2004, que consistiu em um grande acordo internacional, mediante o qual os países subscritores foram instados a promover uma maior integração na busca de uma repressão eficaz ao crime transnacional (LIMA, 2013, p. 34).

Em agosto de 2013, com o advento da Lei nº 12.850, a infiltração de agentes passou a ser melhor descrita em relação ao dispositivo legal anterior, embora ainda seja insuficiente.

Conforme conceito proposto por Silva:

A infiltração de agentes consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção de provas, através da qual o Estado, mediante prévia autorização judicial, se infiltra numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento. Apresenta, segundo a doutrina, três características básicas: (i) a dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; (ii) o engano, posto que toda a operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; (iii) e finalmente a intenção, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial. (2014, p. 92, *apud* CAMARGOS, 2016)

Ante a necessidade de preservação dos direitos e garantias constitucionais, a função de agente infiltrado não pode ser realizada por qualquer pessoa. Nesse interim, é preciso ressaltar que há requisitos imprescindíveis a serem preenchidos antes que haja a infiltração.

A *priori*, destaque-se que a infiltração só pode ser realizada pela polícia judiciária, quais sejam: as polícias civil (art. 144, §4º, CF) e federal (art. 144, §1º, inciso I, CF). Mas, para isso, é indispensável a voluntariedade do agente para se

infiltrar na organização, haja vista que a operação envolve muitos riscos, sobretudo o de ser descoberto e penalizado pelo grupo criminoso.

Em que pese o caráter voluntário da infiltração, o agente que se dispuser a ingressar na organização criminosa fará *jus* à proteção à imagem, voz, identidade, entre outros aspectos que garantam a sua segurança, durante e depois da infiltração.

Entre as garantias das quais o agente de polícia infiltrado dispõe, merece mais atenção o cerne deste trabalho, que consiste na ausência de limitações impostas pela Lei 12.850/13 à atuação do agente dentro da organização.

O art. 13 da lei supracitada garante ainda que o agente não seja punido caso cometa infração penal no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa. Como determinado no §2º do art. 10 da Lei de Organizações Criminosas, a figura do agente infiltrado possui caráter subsidiário, ou seja, só será possível a sua atuação nos casos em que não houver outros meios plausíveis para obtenção de prova.

Ainda concernente ao preenchimento de requisitos necessários à infiltração, deve-se destacar a obrigatoriedade do agente em prestar constantes informações, sempre que solicitado pelo juiz, ao longo das investigações (LIMA, 2013, p. 13-15).

6 OS LIMITES À ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS

Apesar dos riscos oferecidos, a figura do agente infiltrado pode significar um grande avanço do Direito Penal e Processual Penal no combate ao crime organizado.

Em que pese a necessidade de confrontar a criminalidade organizada, o processo penal não pode se desfazer dos princípios constitucionais, norteadores do nosso Estado Democrático de Direito. Logo, devem ser observadas as limitações impostas pelo texto constitucional, haja vista que no nosso ordenamento jurídico o jargão “os fins justificam os meios” não encontra guarida.

Não por outro motivo, a infiltração de agentes é medida excepcional, ou seja, só deve ser utilizada quando não houver mais quaisquer outros meios de prova. Conforme dispõe o art. 13 da Lei 12.850/13 em seu parágrafo único:

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. (BRASIL, 2013)

O rol de meios de obtenção de provas para o combate à criminalidade organizada encontra-se disposto no art. 3º da Lei de Organizações Criminosas:

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

I - colaboração premiada;

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

III - ação controlada;

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

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

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

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

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (BRASIL, 2013)

No inciso VII do dispositivo supramencionado, encontra-se a figura do agente infiltrado. Em que pese a sua expressa previsão, o dispositivo não especificou exatamente quais seriam as limitações à atuação desse agente no âmbito da infiltração.

A Lei n. 12.850/13 limita-se a delinear as formalidades necessárias para autorização da infiltração. Na seção destinada aos agentes, são tratados aspectos como o procedimento perante a autoridade judiciária e os direitos do infiltrado. Todavia, trata-se de delimitação meramente formal, uma vez que o legislador não se preocupou em estabelecer as condutas passíveis de prática pelo infiltrado, ante a necessidade de exercer a sua função *compliance* dentro da organização.

O art. 13 da lei 12.850/2013 estabelece o princípio da proporcionalidade como única limitação ao exercício da infiltração. Ademais, também é apresentado como o princípio norteador do juiz ao identificar se houve excesso nos atos praticados pelo agente.

A infiltração deve ser um meio utilizado com parcimônia, haja vista que o processo penal está envolto por princípios constitucionais dos quais não se pode abrir mão. Deste modo, não se pode impor como única limitação à atuação dos agentes infiltrados apenas o princípio da proporcionalidade.

6.1 Limites constitucionais à infiltração

A constituição é a norma fundamental do Estado Democrático de Direito, pois nela está alicerçado todo o ordenamento jurídico.

Como é cediço, na Constituição Federal Brasileira de 1988, está previsto, no art. 5º, um rol de direitos e garantias fundamentais, além dos demais direitos resguardados ao longo do seu texto, bem como nas leis infraconstitucionais.

Quanto à proteção dos direitos fundamentais, escreveu Alexy que:

Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre. Se se combinam liberdade e proteção no conceito de liberdade protegida, então, esse tipo de liberdade protegida é composto pela associação entre uma liberdade não-protegida e um direito ao não-embaraço de ações. O direito ao não-embaraço é um direito a uma ação negativa. Aos direitos a ações negativas correspondem proibições dessas ações. Proteções por meio de proibições podem ser chamadas de "proteções negativas". Quando se fala em direitos fundamentais como "direitos de defesa", quer-se, em geral, fazer referência aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais. (2015, p. 234)

Como o próprio nome sugere, as garantias fundamentais são indispensáveis ao indivíduo, sem qualquer distinção. Porquanto, é dever do Estado efetivá-los e impedir quaisquer violações, seja por meio de ações negativas ou afirmativas.

6.1.1 *Direito à intimidade e vida privada*

O ser humano, naturalmente, é um ser sociável. Embora estabeleça laços afetivos, relacionamentos profissionais e amorosos, o homem não perde seu direito à intimidade.

A intimidade corresponde à esfera de sua vida privada à qual deseja dar sigilo. O íntimo significa aquilo que é secreto. Por mais laços afetivos e relacionamentos que o homem possua, sempre haverá uma parcela de sua vida em secreto. É esta parcela da vida do indivíduo o objeto de proteção do direito à intimidade.

O direito à intimidade e à vida privada são de tamanha relevância que foram garantidos pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens em 1948 como direitos humanos básicos. Este diploma dispõe em seu artigo 12 que “Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação” (Decreto n. 592, 1992).

Neste mesmo sentido, dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, que *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. Portanto, são censuráveis quaisquer meios mediante os quais se intente violar tais direitos.

Merece destaque ainda os dizeres de Silva, segundo o qual:

O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao segredo da vida privada, nota Kayser: a divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida social e familiar; a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a conservação de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos. (2013, p. 210)

Na atividade de infiltração de agentes, é evidente a violação à intimidade dos investigados, dado que o policial infiltrado utiliza-se de meio ardiloso para conquistar a confiança do indivíduo, de modo a subtrair dele informações relevantes para a investigação (MATHIS, 2014, p. 38). Nada disto ocorreria se o indivíduo soubesse que o novo integrante do grupo tratava-se de policial.

Logo, as provas obtidas por meio da infiltração são fruto da clara transgressão do direito à intimidade e vida privada, pois foram conquistadas através da falsa confiança construída com o indivíduo.

Ademais, o referido meio de obtenção de provas não se limita à invasão da intimidade dos investigados, mas de todos aqueles que o cercam, mesmo que não façam parte da organização. Trata-se, portanto, de ferramenta consideravelmente invasiva, pois abre as portas da vida privada dos indivíduos para que o Estado possa vigiá-los (JOHN, 2014, p. 62).

Destarte, a utilização desse meio de prova deve ser sopesado para que o sacrifício desse direito só ocorra em casos graves e específicos, e não

indiscriminadamente, sobretudo por atingir o bem jurídico de pessoas alheias à investigação.

6.1.2 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência encontra fundamento no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Consiste na preservação do *status* de inocente do indivíduo até que haja sua condenação definitiva, ou seja, quando não forem mais cabíveis quaisquer recursos.

Tal garantia busca preservar os demais direitos fundamentais envolvidos nesse contexto, tais como o devido processo legal e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Destaque-se, sobretudo, que o princípio da presunção de inocência atribui à acusação o ônus de provar a culpabilidade do indivíduo. Para isso, o órgão acusatório deverá valer-se dos meios legais de obtenção de provas, respeitando a condição de inocente do indivíduo de modo a não sujeitá-lo a violações de direitos (MATHIS, 2014, p. 40).

Isto posto, no caso da atuação dos agentes de polícia infiltrados, mesmo estando em fase de investigação, esse tipo de operação viola o princípio da presunção de inocência, porquanto invade a intimidade do indivíduo com vistas a obter provas de uma suposta atividade ilícita.

Frise-se que, segundo o princípio da presunção de inocência, deve-se estabelecer um processo garantista e igualitário entre acusação e defesa. A infiltração, portanto, coloca o investigado em situação de vulnerabilidade de direitos e desigualdade.

Nesse mesmo sentido, Ricardo Lewandowski no julgamento do HC 137063/SP², em manifestação contrária ao início do cumprimento da pena antes da condenação definitiva e, portanto, contrariamente às tentativas de relativizar o princípio da presunção de inocência, defendeu em seu voto:

² Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, de modo que passou a admitir a prisão após condenação em segunda instância. Contudo, tal entendimento ainda pode ser modificado, haja vista que o julgamento das ADCs nº. 43 e 44 ainda não entraram em pauta.

Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais. (STF, 2017, p. 5)

Embora o direito brasileiro permita a relativização de garantias e direitos fundamentais, isto não deve ocorrer de forma indiscriminada e sem qualquer parâmetro. É imprescindível que, para que haja a infiltração, os investigados sejam individualizados e particularizados, de modo que uma eventual restrição de direitos seja limitada à sua pessoa.

A presunção de inocência é garantia prevista também na legislação internacional, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2) e do *Pacto de San José da Costa Rica*, que dispõe em seu art. 8º “2. *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*” (Decreto n. 678, 1992).

Ante a alta reprovabilidade social das condutas ilícitas das organizações criminosas, pode-se inferir que a relativização do princípio da presunção de inocência é decorrente da necessidade de combate e resposta à sociedade para esse caos social. Contudo, merece destaque o posicionamento de Suannes, segundo o qual:

Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol de seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inecente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado. [sic] (1999, p.232, *apud* JOSÉ, 2010)

Portanto, a utilização da infiltração como meio de prova não pode ser justificada através da gravidade ou hediondez do crime que se investiga, mas apenas quando verificadas a indispensabilidade da medida e a ponderação entre os prejuízos e benefício decorrentes.

6.1.3 Direito de não produzir provas contra si

O direito de não produzir provas contra si, do latim *nemo tenetur se detegere*, traz a garantia da não produção de provas contra si e decorre do princípio da não autoincriminação.

Este, por sua vez, constitui o rol de direitos de primeira geração, ou seja, o direito à resistência contra ameaças do Estado de limitação a essa garantia.

O *nemo tenetur se detegere*, assim como o princípio da presunção de inocência, garante que o ônus de provar a ilicitude praticada pelo investigado seja tão somente da acusação, de modo que o indivíduo não seja impelido a produzir provas em seu desfavor. Veda também a prática de tortura ou o emprego de outros meios que coloquem em risco a integridade física e moral do indivíduo (MATHIS, 2014, p. 44).

A infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas tem como principal objetivo a colheita de provas, com vistas a fundamentar uma eventual condenação contra os sujeitos investigados. Isto posto, verifica-se que as provas obtidas por meio da infiltração implicam a relativização do direito à não produção de provas contra si, haja vista que os indivíduos dão continuidade às suas atividades diárias sem imaginar que estão sendo investigados.

Logo, produzem, contra sua vontade, as provas que serão fundamento de uma eventual condenação, em notória violação ao princípio da não produção de provas contra si. Nesse sentido prelecionam Valente, Alves e Gonçalves:

A figura do agente infiltrado consubstancia, intrinsecamente em si mesma, uma técnica de investigação de moral duvidosa, uma vez que é o próprio suspeito que, actuando em erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal, produz, involuntariamente, a prova da sua própria condenação. (2004, p. 83, *apud* JOSÉ, 2010, p. 84)

No contexto da infiltração de agentes, em que pese a necessidade de investigar e pôr fim às organizações criminosas, não se deve limitar os direitos dos acusados de forma indiscriminada. É direito do acusado recusar-se a cooperar com a investigação. A infiltração, portanto, o obriga a participar da produção de provas, sem o seu consentimento.

Quanto à preservação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, deve-se limitar o uso das provas eventualmente obtidas ao seu uso no processo que deu azo à infiltração.

6.1.4 Direito ao silêncio

O direito ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXII da CF, decorre do direito à não produção de provas contra si. Logo, é vedada qualquer conduta que vise impelir um indivíduo a falar algo que possa, eventualmente, comprometer-lhe em um processo criminal.

No caso da infiltração de agentes, os investigados, acreditando estar convivendo com mais um de seus comparsas, produzem informações e provas que poderão ser usadas para sua própria condenação. Corroborando com esse entendimento, escreve Fonseca-Herrero que:

La obtención de información de relevância punible viene motivada por el establecimiento de una falsa relación de confianza, posibilitada por la circunstancia de ocultar la verdadera condición y utilizar una ficticia identidad, no lo es menos, que la sola adopción de la medida del agente encubierto, debido al engaño facilitado por el aparato estatal, resulta lesiva de derechos fundamentales, a saber, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la intimidad en sentido amplio y, en su caso, el derecho a la intimidad en sentido estricto. (2004, p. 134, *apud* JOSÉ, 2010, p. 122)

O direito ao silêncio pode ser caracterizado, na ordem de gerações dos direitos fundamentais, como direito de primeira geração, uma vez que consiste na liberdade do indivíduo para agir, gerando, por outro lado, o dever do Estado de não interferir no exercício dessa liberdade (BENEVIDES, 1994, p. 179-188).

É preciso observar que o direito ao silêncio consiste em uma das ramificações do direito à não produção de provas contra si. Logo, assim como aquele, este também deve ser preservado, sob o risco de tornar o processo desigual e injusto.

6.2 Limites infraconstitucionais à infiltração

6.2.1 Princípio da proporcionalidade

Como já exposto, a Lei de Organizações Criminosas traz o princípio da proporcionalidade como única limitação à atuação dos agentes infiltrados. No art. 13 da mencionada norma, está previsto que as condutas ilícitas, eventualmente praticadas pelo agente, no âmbito do grupo criminoso, deverão ser avaliadas de acordo com o princípio da proporcionalidade, sendo vedados os excessos.

Diante disso, observa-se que tanto o agente infiltrado quanto o juízo têm como único balizador o princípio da proporcionalidade. Verifica-se, portanto, a vulnerabilidade à qual o processo penal é submetido diante desse meio de obtenção de prova.

Embora não seja expressamente previsto na Magna Carta, alguns doutrinadores afirmam que o princípio da proporcionalidade tem *status* de princípio constitucional extraído de outros princípios, dentre os quais: a Supremacia do Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2010, p. 52, *apud* MATHIS, 2014, p. 46).

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, trata-se de uma garantia por meio da qual busca-se a ponderação de direitos frente a um caso concreto. Para isso, é preciso que sejam observados três requisitos essenciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O requisito da adequação relaciona-se à possibilidade de satisfação do objetivo pretendido mediante o meio empregado. É preciso ter certeza de que o meio empregado contribui para a obtenção do resultado pretendido (BARROS, 2000, p. 76, *apud* MATHIS, 2014, pág. 48). No caso da infiltração de agentes, é indispensável analisar se, no caso concreto, este seria o meio de obtenção de provas compatível com a operação.

Quanto ao critério da necessidade, o princípio da proporcionalidade exige que a conduta seja realmente necessária, ou seja, que não haja outras formas de conseguir o objetivo pretendido (BARROS, 2000, p. 76, *apud* MATHIS, 2014, pág. 48). É preciso, portanto, a análise e esgotamento dos demais meios de obtenção de provas previstos no art. 3º da Lei 12.850/13. Não por outra razão, a infiltração de agentes deve ser utilizada excepcionalmente.

Após passar pelos filtros da adequação e necessidade, é indispensável que se verifique a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que seja estabelecido um meio menos restritivo de direitos.

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito deve ser entendido como uma lei de ponderação, de modo que quanto mais intensa for a intervenção dos direitos fundamentais, maiores devem ser os fundamentos que justifiquem essa intervenção (LIMA, 2013, p. 218).

No que concerne à infiltração de agentes, é preciso atentar para o respeito e a garantia dos direitos inerentes aos investigados, de modo que a relativização dos

direitos destes indivíduos não se torne corriqueira e banal. Nesse sentido, escreveu Streck que:

A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente. Assim sendo, não deve haver a prevalência de um só valor ou de um grupo de valores que uma determinada tradição dogmática tratou de conferir um alto grau de verossimilhança. É desejável que haja uma flexibilidade na escala hierárquica de valores constitucionalizados, mediante soluções históricas e contextualizadas que permitiam o desenvolvimento dos princípios constitucionais e garantam a homogeneidade do projeto de sociedade, Estado e Direito positivado. (2004, p. 224)

A operação policial deve objetivar a repressão às organizações criminosas, mas comprometer o mínimo de direitos possíveis, preservando, portanto, as garantias constitucionais e infraconstitucionais.

6.2.2 Vedação ao flagrante preparado

Os riscos à infiltração de agentes não se resumem à possibilidade de violação de direitos e garantias fundamentais. Somado a isso, existe o risco de desvirtuamento da conduta do infiltrado que, de forma autônoma e independente, colabore com a prática de atividades ilícitas com o fim de produzir provas para eventual condenação da organização.

É cediço que o agente infiltrado deve submeter-se às normas da organização. Por outro lado, é vedado que tenha qualquer conduta pioneira na prática dos ilícitos, ou seja, o policial infiltrado não pode instigar a conduta criminosa, pois o flagrante preparado não é permitido pela ordem jurídica brasileira.

Conceituando o que seria o flagrante preparado, preceitua Capez que:

[...] no flagrante preparado, também conhecido como delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador, a ação da polícia consiste em incitar o agente à prática do delito, retirando-lhe qualquer iniciativa e, dessa maneira, afetando a voluntariedade do ato. Nesse caso, ao contrário do flagrante prorrogado, não existe mera expectativa, porque a polícia interfere decisivamente no processo causal. O agente torna-se simples protagonista de uma farsa, dentro da qual o crime não tem, desde o início, nenhuma possibilidade de consumar-se. A polícia provoca a situação e se prepara para impedir a consumação. Por essa razão, a jurisprudência entende que há crime impossível (Súmula 145 do STF). (2015, p. 278)

Observa-se, sobretudo, que há o risco de fracasso da operação devido à impossibilidade de prisão em flagrante dos envolvidos na organização.

No contexto da infiltração de agentes, o flagrante deve ocorrer quando o policial tem informações acerca da execução de determinado crime e, após comunicar à autoridade policial, estes preparam a ação necessária à captura dos membros da organização no momento da consumação do crime. Trata-se, portanto, da espécie de flagrante esperado.

Segundo Brasileiro (2016), o flagrante esperado trata-se de uma operação na qual o policial ou terceiro limita-se a aguardar o cometimento do delito para efetuar a prisão em flagrante, sem que para isso haja qualquer induzimento ou instigação ao crime.

O flagrante esperado encontra respaldo, sobretudo, na Lei 12.850/13 em seu art. 3º, inciso III, que cita a possibilidade da “ação controlada” como meio de obtenção de provas. A definição para o referido termo encontra-se no art. 8º, segundo o qual:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. (BRASIL, 2013)

A ação controlada é um gênero do qual o flagrante esperado é espécie. Esse tipo de ação, como escreve o exímio autor Renato Brasileiro, é estrategicamente mais produtivo sob o ponto de vista da colheita de provas, considerando-se que evitar a prisão prematura de integrantes menos graduados de determinada organização criminosa pode permitir o monitoramento, identificação e prisão dos demais membros, sobretudo daqueles que exercem o comando da *societas criminis* (BRASILEIRO, 2016).

Ante o exposto, observa-se que é preciso estabelecer os objetivos e os meios de investigação, de modo que seja realizada através de instrumentos hábeis e válidos de obtenção de provas e de prisão em flagrante. Porquanto, a conduta perpetrada pelo infiltrado com vistas a preparar um possível flagrante colocará a perder todo o procedimento de infiltração.

Neste sentido, preceitua a Súmula n. 145 do STF que: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” Destarte, se as técnicas empregadas pela polícia impedem a execução do crime,

“considera-se que o agente não tem qualquer possibilidade de êxito, aplicando-se a regra do crime impossível, art. 17 do CP” (LOPES, 2016). Sobre esse mesmo tema, Capez assevera:

Trata-se de modalidade de crime impossível pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado. Assim, podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante. (2015, p. 278)

Dessas observações pode-se inferir que a prisão em flagrante “em si” não é a prioridade da Lei de Organizações Criminosas, tampouco da atuação dos agentes infiltrados. O capítulo no qual é citada a ação controlada refere-se a essa atuação apenas como um dos meios de prova possíveis. Deste modo, a infiltração dos agentes de polícia é pautada na necessidade de obtenção das mais variadas provas e na maior quantidade possível delas. O flagrante prematuro pode impedir que o policial infiltrado tenha acesso a mais informações, provas e membros da organização criminosa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi se desenvolvendo, a globalização promoveu também a expansão do crime organizado que, assim como as grandes empresas do mercado, visam o lucro e os privilégios dele decorrentes. Diante desse cenário, a evolução dos meios de investigação e combate às organizações criminosas precisou ocorrer de forma proporcional para controlar as práticas ilícitas e, conseqüentemente, proteger o mercado e a sociedade.

É cediço que a Lei de Organizações Criminosas promoveu importantes inovações no ordenamento jurídico brasileiro. Além do conceito para “organizações criminosas”, apresentou novos institutos capazes de auxiliar as autoridades no combate ao crime organizado.

Entre esses institutos, encontra-se a figura do agente policial infiltrado, que, como visto, é um meio mediante o qual o policial é inserido na própria organização agindo como se a ela pertencesse com o objetivo de obter informações privilegiadas sobre o grupo e, por conseguinte, obter provas para servirem de fundamento em eventual processo criminal.

Apesar do benefício advindo da infiltração, por este ser um meio direto de obtenção de provas, traz consigo riscos à integridade do policial infiltrado, bem como à proteção dos direitos e garantias dos investigados.

Conforme analisado ao longo do trabalho, a única limitação imposta pela Lei de Organizações Criminosas consiste no princípio da proporcionalidade previsto no art. 13, segundo o qual o agente deverá guardar a “devida proporcionalidade” na sua atuação. Trata-se de critério genérico e, portanto, passível de várias interpretações.

Desde modo, deve-se atentar para o fato de que a Lei de Organizações Criminosas não pode ser o único balizador das condutas dos agentes infiltrados, tampouco quando se refere à obtenção de provas para persecução penal.

Como visto, a inserção de um agente policial em organização criminosa implica a violação do direito à intimidade e vida privada dos indivíduos, uma vez que o agente ludibria os investigados a fim de ser aceito no grupo como um de seus integrantes e, por meio desse ardid, obtém as informações das quais necessita.

As limitações da Lei de Organizações Criminosas mostram-se insuficientes para garantir a legalidade da atividade de infiltração dos agentes. É preciso que sejam observadas as garantias de ordem constitucional, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais.

A gravidade das condutas praticadas pela organização criminosa e a necessidade de confrontar essas instituições não podem ser invocados como justificativas para relativização ou supressão de direitos e garantias dos indivíduos.

Destarte, é imprescindível que os benefícios, as consequências e os direitos que precisem ser restringidos sejam ponderados, de modo que o resultado não traga danos irreparáveis aos envolvidos e sejam sacrificados o mínimo possível de direitos.

A infiltração deve ser concebida dentro de parâmetros constitucionais, e não de forma irrestrita. O processo penal deve ser justo quanto à aplicação de penalidades, mas também em relação às garantias dos processados. O princípio da proporcionalidade controla os excessos, mas não é suficiente.

A infiltração deve ser a *ultima ratio*, ou seja, somente utilizada quando as demais formas de obtenção de provas não forem suficientes e desde que seguido o procedimento previsto na lei.

Assim, deve ser um meio utilizado com parcimônia, haja vista que o Processo Penal está envolto por princípios constitucionais dos quais não se pode abrir mão.

Deste modo, não se pode impor como única limitação à atuação dos agentes infiltrados o princípio da proporcionalidade.

Acreditamos ser necessária a regulamentação legal suficiente para delimitar ao máximo a atuação dos agentes, de modo que não haja “carta branca” para o cometimento de delitos ao exercer a função *compliance* nas organizações.

THE COMPLIANCE FUNCTION AND THE LIMITS TO THE UNDERCOVER AGENTS OPERATION

ABSTRACT

This work's objective is to analyze the institute of undercover agent brought by the Organized Crime Law (Law nº 12.850/13). The Criminal Law and Processual Criminal Law find in the undercover agent figure a new way for getting proves. However, although innovative, this new way can be overmuch restrictive for rights and guarantees, considering that the Law nº 12.850/13 brought by the proportionality principle as the only beacon for the infiltration. Through this work, sought to verify what are the limits that the Federal Constitution imposes to the undercover agent, and the consequences of an eventual violation of these limits. This work points out the limits that must be observed in infiltration operations, even if the law does not place them in a specific role. That is its legal relevance. The social relevance is related to the preservation of the individuals' rights, as well as to the improvement of investigative techniques against the crime. As to its nature, this research is characterized as basic, because it was developed through the deductive method. In addition, it has an explicative character, because it used the bibliographic research as technical procedure. It was concluded that the proportionality principle is not the unique limit for the infiltration as well as the risks and benefits came from this activity should be weighed. This way of taking evidences should not be used indiscriminately and the maximum of the investigated rights should be preserved.

Keywords: Compliance. Criminal organizations. Undercover agent.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Penal (1940)**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília-DF, 1940.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília – DF, 1941.

_____. **Decreto n. 592**, de 06 de jul. de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.. Brasília, p. 01-13, jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. **Decreto n. 678**, de 06 de nov. de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, p. 01-01, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018

_____. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado Transnacional. Brasília – DF, 2004.

_____. **Lei de n. 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal. Brasília – DF, 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HABEAS CORPUS. HC 736063 SP 0056388-72.2016.1.00.0000. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 14/09/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498885936/habeas-corp-us-hc-137063-sp-sao-paulo-0056388-7220161000000>> Acesso em: 26 de maio de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>
> Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Os direitos humanos como valor universal**. Lua Nova, São Paulo, n. 34, p. 179-188, Dec. 1994. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000300011&lng=en&nrm=iso>. access on 03 June 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000300011>.

CAMARGOS, Leandro. **O agente infiltrado como forma de obtenção de provas de infrações penais praticadas no âmbito das organizações criminosas**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47255/o-agente-infiltrado-como-forma-de-obtencao-de-provas-de-infracoes-penais-praticadas-no-ambito-das-organizacoes-criminosas>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191 p. Dissertação (Dissertação de mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del Derecho penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LIMA, Marcos Aurélio Costa de. **Infiltração policial: pensando um modelo**. 2013. 56 p. Monografia (Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia)- Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro, 2013.

LIMA, Sônia Silva Brito. **O agente infiltrado: O Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado de Direito e na Experiência Brasileira**. 2013. 399 p. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

MATHIS, Ana Victoria de Paula Souza de. **Os limites constitucionais da infiltração de agentes**. 2014. 201 p. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

JOHN, Lucas. **O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro**. 2014. 78 p. Monografia (Bacharel em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2014.

OLIVEIRA, Francisco Brunno Soares de. **Súmula 145 do STF – A proibição do flagrante preparado**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7643>. Acesso em: 22 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *In: Revista do Ministério Público*, Rio Grande do Sul, n. 53, p. 223-251, maio. 2004.