



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

**LORENA DANIELY LIMA DE CASTRO**

**ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E AGENTE INFILTRADO:  
CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE À LUZ DA LEI 12.850/13**

**GUARABIRA – PB  
2014**

**LORENA DANIELY LIMA DE CASTRO**

**ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E AGENTE INFILTRADO:  
CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE À LUZ DA LEI 12.850/13**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação  
em Direito objetivando a aprovação no  
componente curricular Trabalho Conclusão de  
Curso - TCC.

UEPB – Universidade Estadual da Paraíba.  
Centro de Humanidades.

Orientador: Professor PhD. Luciano  
Nascimento Silva

**GUARABIRA – PB  
2014**

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.

C395o Lorena Danielylima De Castro Castro  
Organização criminosa e agente infiltrado:  
constitucionalidade e aplicabilidade à luz da lei 12.850/13  
[manuscrito] : / Lorena Daniely Lima De Castro. - 2014.  
30 p.  
  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2014.  
"Orientação: Luciano Nascimento Silva, Departamento de  
Direito".  
  
1. Criminalidade organizada. 2. Investigação criminal. 3.  
Meio de obtenção de prova. 4. Agente infiltrado. 5. Lei 12.850  
/13. I. Título. 21. ed. CDD 345.02

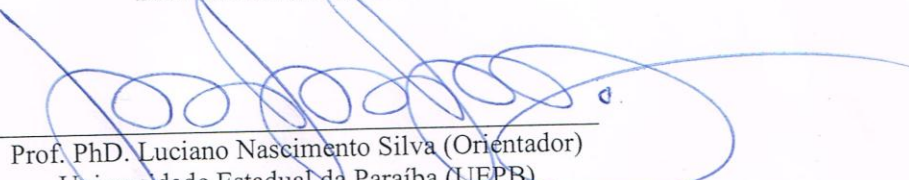
LORENA DANIELY LIMA DE CASTRO

**ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E AGENTE INFILTRADO:  
CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE À LUZ DA LEI 12.850/13**


Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação  
em Direito objetivando a aprovação no  
componente curricular Trabalho Conclusão de  
Curso - TCC.  
UEPB – Universidade Estadual da Paraíba.  
Centro de Humanidades.

Aprovado em: 26/11/2014

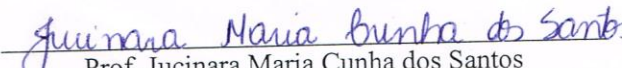
BANCA EXAMINADORA



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



Prof. Renan Aversari Câmara  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Jucinara Maria Cunha dos Santos  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha avó Maria Alves de Castro (*in memoriam*), pelo seu incentivo e orações incessantes durante todo o tempo em que tive a graça de desfrutar da sua presença amorosa.  
DEDICO.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família que sempre foi a minha base, o solo firme no qual encontrei impulso para iniciar e prosseguir na caminhada até aqui. Aos meus pais por serem exemplos a me encorajar em todos os desafios que tenho enfrentado.

Aos meus irmãos Castro Neto, Tatiana e Erika bem como aos meus cunhados Janilson Holanda, Ana Raquel e Luis Flávio por me dedicarem atenção, amizade e companheirismo em todos os momentos. Aos meus sobrinhos, Miguel, Túlio, Davi Luiz e Luiza por serem minha fonte ilimitada de alegria e descanso para alma.

Ao meu querido Heitor, meu grande amor, amigo e companheiro nesta jornada, por todo o apoio a mim dedicado, pela sua capacidade de me enxergar melhor do que eu mesma, e por me trazer sempre calma, confiança e motivos para permanecer firme.

Ao Dr. Osenival dos Santos Costa, Juiz da Comarca de Solânea-PB, pela sua acolhida no Fórum Adv. Alfredo Pessoa de Lima, sempre a me proporcionar grandes aprendizados, me fazendo enxergar o mundo jurídico com mais clareza e repassando sempre as suas experiências e lições sobre o direito e sobre a vida.

Aos colegas e amigos Cinthya Anjos, Rivando Viana e Herbert Lima que foram grandes parceiros e que, durante o estágio, pacientemente compartilharam comigo o conhecimento jurídico que notavelmente possuem.

Ao Professor Dr. Luciano Nascimento Silva, que atenciosamente orientou-me na produção deste trabalho. Reitero a este a minha estima e irrestrita admiração profissional.

Aos demais professores e funcionários do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba - Campus III, que de forma singular contribuíram para a construção do saber jurídico de cada aluno e nos acompanharam durante toda a caminhada.

Aos amigos e colegas de sala por compartilharem comigo tantas horas e tantos bons momentos além de dividirem suas experiências e conhecimento, primando sempre pelo bom desempenho em conjunto.

Enfim, a todos aqueles que de alguma maneira contribuíram para conclusão desta etapa.

*“Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será”*  
*Cesare Beccaria*

Lorena Daniely Lima de Castro <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Aluna da graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – Campus III  
Email: lorenadcastro@hotmail.com

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise acerca da medida de infiltração de agentes como meio de obtenção de provas nos delitos que envolvem organizações criminosas, assim definidas atualmente na Lei nº 12.850/13. Para tanto, inicialmente, se faz uma explanação sobre o avanço da criminalidade organizada no Brasil como um poder paralelo que se opõe ao Estado, dotado de uma estrutura bem gerenciada e integrada. Descreve a retrospectiva de como se chegou até a legislação vigente sobre o tema, abordando as críticas doutrinárias com relação às obscuridades presentes nos diplomas anteriores, além das principais características da medida, como os requisitos para a infiltração, os limites de atuação quando do momento da execução, as providências de proteção ao agente policial, entre outros aspectos. Ressalta-se também os requisitos de validade das provas obtidas no decorrer da medida de infiltração com base no conceito de provas admitidas dentro do Direito Penal. Ademais, analisa a aplicabilidade dos ditames da Lei nº 12.850/13 no ordenamento jurídico brasileiro, pondo em evidência a necessidade da utilização dos princípios constitucionais da legalidade e proporcionalidade, além do acompanhamento jurisdicional como forma de evitar que sejam desrespeitadas as garantias ou os limites da atuação do agente infiltrado, bem como os direitos fundamentais dos investigados.

**Palavras-chave:** Criminalidade organizada. Investigação criminal. Meio de obtenção de prova. Agente infiltrado. Lei 12.850/13.

## RESUMÉN

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis del grado de infiltración de agentes como medio de obtención de pruebas en los delitos relacionados con las organizaciones criminales, por lo que actualmente se define en la Ley N ° 12.850 / 13. Para este propósito, inicialmente, se hace una explicación acerca del progreso del crimen organizado en Brasil como un poder paralelo que se opone al estado, dotado de una estructura bien administrada e integrada. Describe una retrospectiva de cómo hemos llegado a la legislación vigente en la materia, abordando las críticas doctrinales respecto a los vacíos legales presentes en la legislación anterior, además de las principales características de la medida, como los requisitos para la infiltración, los límites de la acción al momento de la ejecución, la aplicación de las medidas para proteger el oficial de policía, entre otros. También se puso de relieve los requisitos para la validez de las pruebas obtenidas durante la medición de la infiltración basados en el concepto de pruebas admitidas en el Derecho Penal. Por otra parte, analiza la aplicabilidad de los dictados de la Ley N ° 12.850 / 13 en el ordenamiento jurídico brasileño, destacando la necesidad de utilizar los principios constitucionales de legalidad y de proporcionalidad, así como la supervisión judicial con el fin de evitar la trasgresión a las garantías o a los límites del papel del agente secreto, así como los derechos fundamentales de los investigados.

**Palabras clave:** criminalidad organizada. Investigación criminal. Medio de obtención de prueba. Agente infiltrado. Ley 12.850/13



## 1 INTRODUÇÃO

A expansão acelerada dos crimes praticados por organizações criminosas nas últimas décadas obrigou o Estado a buscar meios excepcionais para combatê-las, em razão do seu caráter anômalo, uma vez que possui características peculiares em relação à criminalidade comum. Assim, os métodos tradicionais de investigação e de combate ao crime tornaram-se nulos diante do nível de planejamento, organização e aparato bélico que possuem estes grupos, chegando muitas vezes a concorrer paritariamente ou até mesmo superar a estrutura do próprio Estado.

A partir do surgimento da Lei nº 9.034/1995 surgiram novas técnicas investigativas com o fim de fornecer mais eficiência à justiça penal, dentre elas, a de infiltração de agentes policiais como meio de angariar provas para possibilitar a instauração e deslinde da persecução penal nestes delitos. A referida lei pecou por regulamentar a técnica de infiltração de agentes de maneira sucinta e omissa deixando de abordar em seu conteúdo aspectos fundamentais para a execução da medida, como prazo mínimo ou máximo para sua implementação, limites da atuação do agente infiltrado, possibilidade da prática delitiva, entre outros.

Após algumas modificações pouco relevantes, a Lei nº 9.034/1995 foi revogada pela nova Lei de Combate ao Crime Organizado, Lei nº 12.850 publicada em 02 de agosto de 2013, que veio solucionar quase em sua totalidade as falhas legislativas existentes até então neste sentido, apontando com mais clareza o caminho a ser seguido para que a medida seja colocada em prática e deixando menos espaços para interpretações controvertidas sobre a figura do agente infiltrado.

Assim, o presente trabalho visa contemplar o método de infiltração policial no combate ao crime organizado, abordando as características, requisitos e limitações que se encontram no novo diploma legal. Pretende ainda realizar apontamentos acerca da constitucionalidade da medida, observando algumas polêmicas que permeiam esta forma investigativa, pois em que pese representar uma importante e eficaz ferramenta à disposição da investigação criminal, ainda existem muitas dúvidas em relação a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto, tomando como base a aplicação do princípio da proporcionalidade, corolário da interpretação constitucional, pretende-se analisar as afrontas a direitos e garantias fundamentais que podem surgir no decorrer da medida de infiltração, motivo pelo qual a própria lei faz questão de ressaltar o seu caráter de subsidiariedade em relação a outras técnicas investigativas.

Para a elaboração do presente trabalho utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, através de consultas à doutrina e legislação pertinente.

## 2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O Direito Penal tem evoluído e se modificado no decorrer da história em consonância com as espécies de bens jurídicos a serem tutelados bem como de acordo com os perfis dos indivíduos que cometem delitos. Inicialmente, preponderava a proteção a bens jurídicos individuais na atuação repressiva contra delitos simples como roubos, furtos, homicídios e estelionatos. No entanto, modernamente, há uma maior preocupação com relação à tutela de bens jurídicos difusos<sup>2</sup> que representam os crimes praticados contra toda a coletividade.

Havia também uma maior preocupação com relação aos crimes cometidos de maneira individual, tanto que no que concerne à criminalidade plurissubjetiva o Código Penal previa, em sua origem, basicamente, o concurso de pessoas, o crime de quadrilha ou bando e o crime de rixa. Na realidade atual, a preocupação gira também em torno dos delitos praticados por organizações criminosas como o tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, além dos crimes praticados por intermédio de empresas, como os delitos contra a ordem econômica, prevendo-se inclusive a criminalização da pessoa jurídica.

Esta realidade que vem sendo enfrentada no atual cenário do Direito Penal apresenta-se como um grande desafio tanto para o legislador como para o operador do direito, que caminha no intuito de buscar um conceito determinado que se adéque ao nível de complexidade que cerca o tema. Neste sentido, ao tratar das características das organizações criminosas, Silva (2009, p. 19) descreve:

Ainda a estrutura piramidal das organizações criminosas e sua relação com a comunidade são apontadas como características de fenômeno. A divisão de tarefas nesses grupos segue a estrutura empresarial, pois em sua base há elevado número de “soldados” responsáveis pelas mais variadas atividades, os quais são gerenciados regionalmente por integrantes de média importância que, por sua vez, são comandados e financiados por um *boss*, que não raras vezes se utiliza de sofisticados meios tecnológicos para integrar todos os seus membros. Outrossim, quando necessário, para ganhar a simpatia da comunidade em que atuam e facilitar o recrutamento de seus integrantes, realizam ampla oferta de prestações sociais, aproveitando-se da omissão do aparelho do Estado e criando na prática um verdadeiro Estado paralelo.

Desta maneira, busca o Direito Penal encontrar as respostas adequadas a esta modalidade moderna de delito, sendo imprescindível a adoção de procedimentos especiais em face de uma demanda que se mostra excepcional pelas características peculiares que detém. Medidas que são, segundo Greco Filho (2014, p.10), “a aceitação de que certa criminalidade se põe como um poder

---

<sup>2</sup> Os bens jurídicos difusos pertencem à sociedade de uma forma abrangente, não podendo ser individualizados, tais como as relações de consumo, o meio ambiente, a economia popular, a saúde pública e a proteção da infância e juventude.

paralelo, um Estado paralelo que rejeita o Estado regular e que, portanto, precisa ser combatido com medidas especiais”.

Essas organizações exigem cada vez mais atenção das autoridades e da própria sociedade, não apenas por causarem uma situação de instabilidade social e política, mas especialmente pelo fato de muitas delas utilizarem meios altamente violentos para a prática de delitos, compondo grupos armados com estrutura bélica comparável ou até mesmo superior, em alguns casos, ao da força policial do Estado.

A disseminação acelerada do crime organizado ressaltou a existência de uma legislação desprovida de meios a autorizar investigações mais rigorosas e sofisticadas. Nota-se que, diante da modernização deste fenômeno criminoso, surgiu a necessidade de uma lei que viesse a programar soluções mais efetivas de controle do crime organizado. No entanto, a evolução legislativa e conceitual no que diz respeito às organizações criminosas no Brasil passou por algumas etapas até chegar ao conceito hoje estabelecido na recente lei 12.850/13. A figura teve tratamento específico no ordenamento jurídico nacional a partir da lei 9.034/95 que trazia em seu bojo uma série de meios operacionais para atuação do estado na prevenção e repressão dos crimes praticados pelas organizações criminosas.

Entre as medidas operacionais previstas estavam a ação controlada, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em tarefas de investigação.

No entanto, como comenta Silva (2009, p. 25), “quando da elaboração da referida lei o legislador não partiu de uma noção de organização criminosa, não definiu o crime organizado por seus elementos essenciais, não arrolou as condutas que constituíram a criminalidade organizada nem procurou aglutinar essas orientações para delimitar a matéria”. Assim, embora tenha trazido importantes contribuições e inovações em alguns aspectos, a norma recebeu fortes críticas por não carregar uma definição legal do que seria organização criminosa, apresentando assim um déficit de taxatividade com relação à matéria que se propõe a tratar. Ademais, a referida lei prevê medidas operacionais importantes, como as mencionadas anteriormente, de forma incompleta e obscura, deixando uma lacuna normativa a ser preenchida pelas interpretações doutrinárias.

Numa tentativa frustrada de diminuir a singeleza na regulamentação das inovadoras técnicas investigativas trazidas pela Lei nº 9.034/95, foi editada a Lei nº 10.217/01, que alterou parte do seu texto. No entanto, a referida lei não se mostrou suficiente para sanar o problema conceitual do crime organizado no direito brasileiro. Note-se que o legislador deixou de expressar o que viria a ser organização criminosa, tendo apenas retirado o equívoco existente na antiga redação do art. 1º da Lei nº 9.034/95, esclarecendo aos operadores do direito que tal fenômeno é muito mais

complexo e abrangente que a definição de quadrilha ou bando, pois estas últimas não possuem elementos essenciais como o de organização empresarial e de infiltração no Estado a fim de corrompê-lo, característicos da modalidade criminal de associação criminosa.

Permanecendo omissa, a Lei nº 9.034/95 abordava de maneira bastante sucinta assuntos importantes como a medida de infiltração de agentes para obtenção de provas no deslinde da investigação criminal, matéria que estava prevista dentro de apenas um inciso da lei <sup>3</sup>. Dessa forma, não regulamentava questões necessárias, como o procedimento a ser adotado pela polícia, prazos, limites de atuação e a possibilidade de responsabilização dos agentes por eventuais atos ilícitos durante a investigação.

Durante algum tempo, o tema permaneceu vago até que surge nesse contexto um marco legislativo no âmbito internacional acerca do fenômeno da criminalidade organizada na Convenção de Palermo<sup>4</sup>. A referida convenção definiu como *Grupo Criminoso Organizado* um “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”.

O texto do tratado ainda assevera que “infração grave” é aquela que “constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”; e que “grupo estruturado” diz respeito a “grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”.

Por não conter um tipo penal sobre organização criminosa, a Convenção traça diretrizes a serem seguidas pelos Estados-partes na adaptação de suas legislações internas, dessa forma, prevê que cada um adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar a figura como infração penal. Apesar de algumas tentativas de aplicação do conceito internacional no direito interno, o assunto gerou divergências. Luis Flávio Gomes, ao elencar os problemas internos que surgem com esta aplicação, descreve:

Os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal (relações do indivíduo com o *ius puniendi* internacional, que pertence a organismos internacionais - TPI, v.g.), mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal

---

<sup>3</sup> “Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.”

<sup>4</sup> Trata-se de um tratado multilateral voltado à cooperação entre os Estados-partes para prevenir e coibir o crime organizado transnacional. Foi aprovada em resolução da Assembleia Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, adotada em Nova Iorque, e, após 40 ratificações entrou em vigor a partir de 29 de setembro de 2003. Atualmente a Convenção foi ratificada por 147 países, dentre eles o Brasil que a promulgou mediante Decreto Legislativo em 12 de março de 2004.

interno (que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar.

Neste ínterim, foi publicada a nova Lei de Combate ao Crime Organizado em 02 de agosto de 2013 revogando a Lei nº 9.034/1995 e solucionando, quase que em sua totalidade, o problema das omissões e falhas contidas na lei revogada. O novo diploma trouxe algumas medidas inovadoras além de ratificar algumas já existentes, trazendo uma abordagem mais detalhada e criteriosa sobre cada instituto, visando ainda adequar a legislação aos ditames da Convenção de Palermo e acolher as teses mais modernas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA<sup>5</sup>.

Em seu primeiro artigo, a Lei nº 12.850/13 delimita os requisitos para caracterização do delito de criminalidade organizada, senão vejamos:

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

§ 1<sup>o</sup>—Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Greco Filho (2014, p. 20) ao comentar a referida redação explica:

- a) Associação (reunião com ânimo associativo que é diferente de simples concurso de pessoas) de quatro ou mais pessoas.
- b) Estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas ainda que informalmente.
- c) O fim de obtenção de vantagem de qualquer natureza (portanto, não apenas a econômica) mediante a prática de crimes (excluídas as contravenções)
- d) Crimes punidos, na pena máxima, com mais de quatro ou que os crimes tenham caráter transnacional, independentemente da quantidade da pena.

Além de delimitar a conceituação do tema, a nova lei trata de maneira detalhada as medidas de investigação, diminuindo o vácuo normativo até então existente e fazendo com que as soluções sejam empregadas de maneira mais efetiva nas ações do estado visando, sobretudo, aliviar os impactos sociais causados por esse tipo de ilícito penal.

Dada a importância da questão, mesmo havendo em muitos ordenamentos uma definição normativa de organização criminosa, inclusive no Brasil, o seu conceito ainda não é uma unanimidade, tendo em vista a dificuldade de se encontrar uma definição que abarque todas as suas peculiaridades.

---

<sup>5</sup> A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) consiste na articulação de órgãos, entidades públicas e sociedade civil, que atuam na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. O objetivo da ENCCLA é coordenar e sistematizar as ações desses órgãos, de forma a aperfeiçoar e otimizar os seus resultados. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/enccla-1> >. Acesso em: 19 nov. 2014.

ridades. Ademais, este fenômeno está em constante evolução e transformação sempre na busca por formas mais lucrativas de atuação, bem como meios de se manter livre da persecução penal.

## 2.1 A infiltração de agentes em organizações criminosas como meio de obtenção de prova

A utilização de meios inovadores de investigação, a exemplo da infiltração de agentes, visa adicionar eficiência processual no combate à criminalidade organizada, fato que se deve justamente às características especiais típicas desses grupos que se diferem da criminalidade comum. O agente infiltrado funciona como meio de apoio a identificação, desestabilização e finalmente, extinção dessas estruturas de macrocriminalidade, que vem causando grande preocupação à sociedade como um todo.

Atualmente, constitui um avançado e importante meio de investigação em vários países da Europa e nos Estados Unidos, sendo uma das técnicas mais utilizadas pelos organismos policiais e sem a qual seria impossível penetrar e conduzir investigações contra as mais sofisticadas organizações de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro no mundo (PACHECO, 2011).

Na definição de Greco Filho (2014, p. 58), o agente infiltrado (*underground agent*) é um membro do corpo policial que, para desbaratar a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal.

Nucci (2013, apud PIEVE, 2013) também apresenta conceituação acerca da técnica investigativa:

A infiltração representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros. Tal como a infiltração de água, que segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida, o objetivo deste meio de captação de prova tem idêntico perfil. O instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia em tarefas de investigação possam ingressar, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna.

No intuito de obter informações e dados sigilosos sobre a estrutura do grupo criminoso, seus envolvidos e sobre os delitos por eles praticados, o agente se infiltrará simulando ser um novo membro. As informações angariadas por ele deverão servir como base para que a autoridade policial possa traçar uma linha de investigação eficiente, visando, sobretudo, a colheita de provas da autoria e materialidade das infrações para embasar uma futura ação penal.

Ocorre que, mesmo sendo considerado um dos mais arriscados procedimentos de investigação, não restam dúvidas de que essa modalidade acaba por trazer a polícia vantagens que não seriam possíveis na execução de medidas diversas, a exemplo da interceptação telefônica e escuta

ambiental. Haja vista que a infiltração permite um contato direto e frequente com os integrantes da organização, resultando na colheita de uma quantidade infinitamente maior de informações sobre o esquema e funcionamento da organização.

Esta modalidade investigativa, em que pese a sua utilidade e eficiência, divide opiniões no que diz respeito a problemas éticos envolvidos em sua execução. A polêmica remete ao conflito gerado por Maquiavel entre a moral substantiva dos meios e a moral formal dos fins a atingir (PACHECO, 2011). O que se apresenta é um dilema ético, onde de um lado se acha a eficiência da medida de investigação que possibilita resultados satisfatórios à persecução penal e de outro a permissão do Estado para que alguém, à sua ordem, se arrisque a praticar crimes os quais deseja elucidar e reprimir.

A revogada Lei nº 9.034/95 e a Lei nº 11.343/2006 (Lei de drogas), entre outros diplomas anteriores, já continham a possibilidade de infiltração de agentes, porém, não havia qualquer regulamentação minuciosa a respeito, o que gerava uma série de dúvidas relacionadas ao alcance e aos efeitos da medida, especialmente quanto à orientação da conduta que o agente deveria manter durante a infiltração.

Hoje o instituto tem previsão no capítulo segundo da Lei 12.850/13, que trata da investigação e dos meios de obtenção de prova a serem utilizados no deslinde da persecução penal nos casos dos delitos definidos como crime organizado. Dentre as figuras previstas, encontra-se, no art. 3º, inciso VII, a infiltração por policiais, em atividade de investigação. Mais adiante, do art. 10 ao 14, a matéria é abordada de maneira detalhada contendo os requisitos para que a infiltração seja executada, o procedimento a ser adotado, as medidas de proteção às garantias e direitos fundamentais dos envolvidos, os limites da atuação do agente e finalmente traçando os rumos da investigação após a execução da medida.

## **2.2 Requisitos para execução da medida de infiltração policial**

Na legislação atual, em observância ao princípio da legalidade, cuja atuação do Estado está submetida, a infiltração policial deve preencher alguns requisitos que são essenciais para que a medida possa ser deferida pelo magistrado competente e que, conseqüentemente, detenha legitimidade. Assim versam os artigos 10 e 11 da nova Lei de Combate ao Crime Organizado:

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

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

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

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

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

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Inicialmente, é importante destacar que, da interpretação do *caput* do artigo 10 se verifica que a medida de infiltração somente poderá ser executada por um agente policial, diferentemente do que previa a Lei n. 9.034/95, ao fazer menção à infiltração de agentes de inteligência. Conforme ensina Pacheco (2011, p. 116):

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

O próximo requisito contido no *caput* do artigo 10 se refere à necessidade de representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público, sendo ainda imprescindível que, quando da representação, solicitada no curso do inquérito policial, o delegado de polícia se manifeste acerca da sua viabilidade técnica. Por sua vez, o § 1º daquele artigo estabelece que em caso de representação do delegado de polícia, o Ministério Público deverá ser ouvido antes que o juiz competente decida acerca da medida. Neste sentido, Pacheco (2011, p.143):

A representação da autoridade policial ou do Ministério Público, para infiltrar um agente policial, deve considerar os riscos e os benefícios da operação, avaliando cuidadosamente a possibilidade de ferimento dos envolvidos, danos à propriedade, perda financeira de pessoas ou empresas, responsabilidade civil para o Estado, invasão de interesses constitucionais ou outros interesses legais, além do risco de envolvimento do policial na conduta ilegal que se quer debelar.

Após, ainda o texto do *caput* do artigo 10, determina de maneira expressa a necessidade de autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa que estabeleça os limites da infiltração contendo os fundamentos jurídicos e fáticos que apontem as justificativas para a execução da medida de forma detalhada, obedecendo assim ao princípio da motivação das decisões judiciais, conforme preceitua artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

O sigilo envolvendo os procedimentos da medida, previsto tanto no *caput* do artigo 10 como no *caput* do artigo 12, visa garantir a segurança do agente bem como das informações que dizem respeito à investigação, para que não cheguem ao conhecimento de terceiros ou até mesmo dos próprios investigados, o que acabaria por frustrar toda a investigação. Por tanto, ante tais motivos, é



importante adiantar que o sigilo da investigação não representa uma afronta ao princípio da publicidade dos atos processuais contido no artigo 5º, inciso LX, da Carta Magna, sendo, pelo contrário, fundamental para garantir o sucesso da execução da medida.

Com relação à natureza da infração penal abrangida pelo instituto, o § 2º do artigo 10 assevera que somente será admitida a infiltração policial em caso de indícios de ocorrência de infração penal de que trata o art. 1º, ou seja, ilícitos relacionados às organizações criminosas. Ainda com relação aos requisitos do § 2º do art. 10, a infiltração policial tem caráter excepcional, em outras palavras, somente será admitida desde que a prova não possa ser produzida por outros meios possíveis. Condição que se deve ao fato de que a medida coloca em risco a integridade física do agente, bem como restringe direitos e garantias dos investigados.

Portanto, é necessária a observação do princípio da subsidiariedade, devendo-se optar pela infiltração de agentes somente quando não for possível a investigação por outro meio. Conforme preceitua Pacheco (2011, p. 142):

A infiltração de agentes policiais não deve ser encarada como uma forma de investigação rotineira, a ser utilizada em toda e qualquer situação. A banalização desse instituto deve ser evitada a todo custo, seja por sua dificuldade operacional, seja para a proteção de sua credibilidade como meio de obtenção de prova.

O prazo para infiltração, consoante ao que dispõe o § 3º do artigo 10, será de no máximo 6 (seis) meses, podendo haver renovações desde que comprovada a necessidade. O legislador optou por não estabelecer um limite quanto a essas renovações, exigindo, contudo, que o magistrado verifique a necessidade de prorrogação do prazo.

Ao final de cada período de seis meses, a autoridade policial deverá elaborar um relatório detalhado contendo a descrição das diligências empreendidas pelo infiltrado. O magistrado terá como base o referido apanhado técnico para decidir acerca de eventuais renovações do período de infiltração. O Ministério Público poderá também, a qualquer tempo durante a infiltração, requisitar um relatório sobre os acontecimentos, a fim de acompanhar de perto o desenrolar da investigação.

### **3 A RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM A MEDIDA DE INFILTRAÇÃO POLICIAL NA LEI 12.850/13**

Os direitos fundamentais devem servir de preâmbulo para um Estado Democrático de Direito, criando as condições necessárias para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Deste modo, influem em todo o ordenamento jurídico, tendo como objeto de proteção as relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público, bem como as relações jurídicas entre

particulares<sup>6</sup>.

A Carta Magna de 1988 carrega em si um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, ao estabelecer em seu texto os princípios norteadores dos direitos humanos, de primeira à quarta geração<sup>7</sup>. O ordenamento não confere qualquer tipo de privilégio normativo ou prevalência de um direito fundamental sobre o outro, no entanto, no âmbito jurisprudencial alguns desses direitos terminam por prevalecer quando da sua aplicação ao caso concreto.

Diante disso, e tendo em vista a pluralidade social e cultural existente nos dias atuais, é inevitável que haja colisões entre direitos fundamentais. Tal fenômeno se manifesta quando dois enunciados normativos parecem incidir sobre o mesmo caso ou quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares (MENDES, 2008). Em outras palavras, ocorre no momento em que um dos direitos envolvidos atinge de maneira direta o âmbito de proteção do outro direito, prevalecendo, neste caso, a norma constitucional passível de menor restrição.

Nesse sentido, os tribunais fazem uso de princípios norteadores da interpretação e aplicação de normas constitucionais em busca de soluções viáveis para assegurar a proteção e dos direitos fundamentais conflitantes. O princípio considerado como o mais apropriado para a solução dos conflitos entre normas fundamentais é o da proporcionalidade que, embora não esteja expresso de forma explícita na Constituição Federal, segundo o entendimento dos tribunais superiores goza de hierarquia constitucional em suas disposições. Seu intuito é promover uma distribuição adequada e ponderada entre bens jurídicos, resguardando os direitos fundamentais colidentes, na busca de uma solução jurídica razoável, procurando fornecer ao caso concreto uma aplicação coerente das normas constitucionais tendo como finalidade a preservação de direitos e garantias constitucionais.

Para Pacheco (2011, p. 122):

O princípio da proporcionalidade não se presta a justificar o uso do engodo, da atuação subreptícia do Estado, a justificar afrontas às garantias da cidadania, visa solucionar o conflito

---

<sup>6</sup> “A “Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais” diz respeito à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida privada. Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o poder público não se discute. Como por exemplo, certamente, em um concurso público deverá ser obedecido o princípio da isonomia. [...] Do outro lado, encontra-se a chamada “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”. Aqui os destinatários dos preceitos constitucionais são os particulares (pessoas físicas ou jurídicas). O tema foi desenvolvido principalmente na doutrina e jurisprudência alemã da segunda metade do século XX, tendo, posteriormente, ganhado corpo através da contribuição da doutrina de toda a Europa. Como coloca o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, há uma evolução da posição do Estado, antes como adversário, para guardião dos direitos fundamentais.” Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20081112110914373&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081112110914373&mode=print)>. Acesso em: 19 nov. 2014.

<sup>7</sup> “Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais dando origem à classificação em gerações. Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores há quem prefira o termo dimensão por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem.” Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/conteudos/perguntas\\_respostas/direito-constitucional/quais-sao-os-direitos-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao-denise-cristina-mantovani-cera](http://www.lfg.com.br/conteudos/perguntas_respostas/direito-constitucional/quais-sao-os-direitos-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao-denise-cristina-mantovani-cera)>. Acesso em: 19 nov. 2014.

de interesses entre o indivíduo e o Estado, do choque positivo de normas constitucionais. Trata-se da justa medida entre a restrição e o fim.

Portanto, resta clara a necessidade, mesmo que excepcional, de se restringir direitos individuais que não se revestem absolutos quando em conflitos com outros interesses e direitos fundamentais como a busca pela eficiência processual penal. Daí decorre a utilização de métodos e estratégias diferenciadas para desenvolver satisfatoriamente as investigações e a obtenção de provas nos casos de prática de infrações relacionadas à criminalidade organizada. O fato é que os instrumentos processuais tradicionais para apuração da criminalidade individualizada não se mostraram suficientes para o tratamento do fenômeno complexo da criminalidade organizada, que em razão de suas características peculiares tem comprometido a atividade estatal de persecução criminal.

Indubitável a importância da medida de obtenção de prova através da infiltração de agentes, haja vista que constitui um dos meios mais eficazes e eficientes disponíveis ao Estado na espinhosa missão de combate à criminalidade organizada. A modalidade investigativa é largamente utilizada em outros países como em grande parte da Europa e Estados Unidos, todavia, está longe de se tornar uma unanimidade no Brasil tendo em vista que, segundo alguns entendimentos subsistentes, há uma série de fatores que fazem da infiltração de agentes um instituto que se contrapõe ao ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que esta medida, por sua natureza, restringe garantias e direitos constitucionais podendo vir a afetar, por exemplo, a autodeterminação informativa<sup>8</sup>, o direito a intimidade e à inviolabilidade de domicílio. Note-se, porém, que este atributo também está presente em outras modalidades investigativas utilizadas com frequência no país, de maneira que, em ambos os casos, é importante que haja submissão ao controle judicial, buscando-se preservar o devido equilíbrio entre esses direitos e a finalidade da investigação.

Diante do antagonismo existente entre direitos e garantias pertencentes, tanto aos investigados como ao agente executor da medida, e a busca pela eficiência penal, é necessária a busca por uma harmonia norteada pelos requisitos que tornam a norma aplicável bem como as orientações e limites trazidos na decisão judicial que autoriza a infiltração. Neste sentido, Rafael Pacheco (2011, p. 120):

Apontada a legalidade e os quesitos da aplicabilidade da norma, não resta dúvida de que a prevenção e a repressão do crime organizado tornam aceitável a ingerência na vida privada para a proteção da segurança coletiva e preservação dos direitos dos demais cidadãos, conferindo, portanto, a legitimidade demandada.

---

<sup>8</sup> “Direito do indivíduo, de grupos ou organizações de exercer controle sobre as deliberações institucionais em tema de política de tratamento de dados pessoais pelo poder público – direito à autodeterminação informativa. Apresenta-se esse direito como um instrumento da realização dos Direitos do Homem, tantas vezes consagrados nas Declarações e Tratados internacionais e reproduzidos nas Constituições vigentes.”

Desse modo, o Estado deve excepcionalmente restringir certos direitos fundamentais de indivíduos que subvertem a ordem social colocando em risco os direitos fundamentais de toda a coletividade. Afinal, assim como as garantias individuais, o bem-estar da comunidade, a prevenção e repressão criminal também possuem previsão constitucional e não podem ser sacrificados por uma concepção puramente individualista. Nesse caso, é necessário que prevaleça o interesse do Estado cujos representantes devem reagir proporcionalmente à ameaça produzida por este tipo de criminalidade, do contrário, se estaria desconsiderando a importância de uma das atividades estatais primordiais, que é a de buscar estabelecer a pacificação social. Neste sentido aponta Silva (2009, p. 44):

O princípio da proporcionalidade no processo penal destina-se a regulamentar a confrontação indivíduo-Estado. De um lado, os interesses estatais na realização da investigação criminal e da persecução penal em juízo, visando ao exercício do *ius puniendi* para a concretização do Direito Penal; de outro lado, o cidadão investigado ou acusado, titular de direitos e garantias individuais, que tem interesse na preservação do *ius libertatis*. Tem a finalidade, portanto, de equilibrar essa relação aparentemente contraditória de interesses, para evitar tanto a violação dos direitos fundamentais do particular, como o comprometimento da atividade estatal na repressão da criminalidade.

O princípio da proporcionalidade comporta entendimento amplo e restrito. Em sentido amplo, desdobra-se em três subprincípios: da proporcionalidade em sentido estrito que denota o equilíbrio entre as vantagens e as desvantagens; da necessidade absoluta que determina a exigibilidade da medida adotada; e da adequação dos meios aos fins concluindo que uma decisão desproporcional é ilegal. (SOUSA, 1994 apud PACHECO, 2011)

Seguindo este raciocínio, é preciso que se observe então se os fatos que motivam a autorização judicial para concessão da infiltração de agentes guardam pertinência diante dos benefícios e danos decorrentes da utilização da medida. Ademais, é importante haver a certeza de que não é possível se obter resultados satisfatórios utilizando-se de medida investigativa diversa, dada a subsidiariedade da infiltração, tendo em vista a sua natureza restritiva de direitos fundamentais.

Esta busca por um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os direitos individuais na apuração de delitos como o crime organizado surge como um dos maiores desafios enfrentados atualmente pelo direito penal. Pois, não se pode considerar absolutos os direitos individuais em questão, bem como, por outro lado, não se pode conceder ao Estado poderes ilimitados para agir nessas situações. De forma que, caso não seja resguardada a devida proporcionalidade, tanto a criminalidade organizada como os mecanismos excepcionais de controle utilizados pelo Estado para combatê-la, representam uma ameaça aos valores e as instituições do Estado de Direito.

### **3.1 Medidas de preservação da identidade do agente infiltrado e o princípio do contraditório e**

## da ampla defesa

Diante do risco existente na execução de uma medida de infiltração de agentes policiais no interior de organizações criminosas, a Lei 12.850/13 preocupou-se em regulamentar medidas de proteção ao infiltrado, buscando assegurar o sigilo quanto a sua identidade durante todas as etapas do procedimento. Vejamos o que versa o artigo 12 da referida lei:

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

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

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

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

A distribuição do pedido de infiltração será sigilosa, omitindo qualquer informação que possa levar à identificação da operação ou do agente a ser infiltrado. Com as informações, o juiz decidirá em 24 horas, podendo determinar esclarecimentos complementares, adotando-se em seguida as medidas necessárias ao êxito da investigação e à segurança do agente infiltrado (GRECO FILHO, 2014).

Conforme se verifica do §3º do dispositivo em comento, surgindo indícios de que o agente sofre risco iminente, a operação deverá ser sustada, por provocação do delegado, do Ministério Público ou mesmo de ofício pelo juiz. Os termos “indícios seguros” e “risco iminente” contidos no referido parágrafo, não devem ser interpretados na sua literalidade, bastando que haja indícios suficientes ou mesmo suspeitas fundadas. Não há também a necessidade de risco iminente, sendo bastante o risco excessivo, ainda que não iminente. Todos esses fatores deverão ser verificados a depender da sensibilidade da autoridade policial e da sua percepção dos comportamentos e dos fatores envolvidos no caso concreto (GRECO FILHO, 2014).

Encerrada a operação de infiltração, elaborado o relatório final e reunidas as provas colhidas durante o período, o Ministério Público oferecerá a denúncia em face dos investigados. Os autos da infiltração serão disponibilizados a defesa juntamente com a denúncia, porém, para que seja assegurada a identidade do agente devem ser omitidas do seu conteúdo todas as indicações que possam levar a identificação do infiltrado.

O supracitado dispositivo legal está diretamente ligado ao artigo 14, da mesma Lei, que

prevê os direitos do agente infiltrado,

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.

O direito previsto no inciso I fornece ao agente policial a prerrogativa de se escusar da incumbência da infiltração recebida pelo superior hierárquico, não podendo, portanto, ser punido direta ou indiretamente em decorrência da sua recusa. Da mesma maneira ocorrerá caso o agente entenda que, em determinado momento da operação intensificaram-se os riscos à sua integridade ou se por qualquer outro motivo desejar interromper a sua participação.

As demais medidas contidas nos incisos seguintes buscam, sobretudo, assegurar a integridade física do agente infiltrado e da sua família diante de possíveis retaliações, o autorizando a ter sua identidade alterada e dificultando o acesso aos seus dados, imagem, voz e demais informações pessoais.

Neste aspecto da nova Lei de Combate ao crime organizado é, sem dúvidas, onde reside uma das maiores controvérsias constitucionais envolvendo o tema, pois, procura-se ocultar dados relativos à operação até mesmo da defesa dos investigados. Tal previsão legal se choca com dois dos princípios que hodiernamente representam instrumentos basilares do processo penal haja vista a sua tendência garantista com relação ao acusado, quais sejam, o contraditório e ampla defesa.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, pilares do processo penal brasileiro, estão assegurados no artigo 5º, inciso LV, da atual Carta Magna, que prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O contraditório, numa acepção mais singela, é garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito. A ampla defesa, por seu turno, é a garantia que proporciona a pessoa contra a quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 722). Assim, a noção de contraditório pode ser sintetizada na possibilidade deferida às partes de influenciar na decisão final de maneira paritária. Ademais, no que diz respeito à ampla defesa, esta tem a ver com a garantia confe-

rida ao acusado de ter acesso e conhecimento dos atos realizados no processo para que possa exercer sua ampla defesa.

Neste sentido, observando-se o instituto do agente infiltrado deparamo-nos com uma questão problemática, pois a efetivação plena destes princípios acabaria por tornar inútil todo o procedimento, uma vez que o sigilo é peça chave na sua execução. Nesse caso é fundamental que para que se possa validar a utilização do elemento de prova colhido na investigação, o juiz possa se valer do contraditório diferido ou postergado (TÁVORA, 2012), como é o caso das medidas cautelares reais, a exemplo do sequestro de bens imóveis, previsto no art. 125, CPP e da interceptação das comunicações telefônicas (Lei nº 9.269/96), oportunizando, em momento ulterior, ao acusado apresentar defesa acerca do que houver contra ele.

É factível que a impossibilidade da defesa de ter acesso a todos os elementos do relatório da operação de infiltração, precisamente as informações sobre o agente executor da medida, vai de encontro com o que orientam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois não tendo conhecimento sobre a identidade daquele indivíduo que participou diretamente da produção de provas em juízo terá deficiências para contraditar o seu testemunho ou contestar seus relatórios.

No entanto, ao tratar desta problemática é necessária a observância da devida proporcionalidade entre os meios e os fins pretendidos, fazendo-se um justo balanceamento entre os direitos fundamentais cerceados e o interesse público que reside na efetiva realização da justiça penal. A ocultação da identidade do agente infiltrado é item de precípua importância na realização da medida de infiltração, sem a qual esta perderia totalmente o seu sentido e utilidade.

### **3.2 A prática de delitos pelo agente infiltrado e a utilização do princípio da proporcionalidade**

No que concerne à possibilidade do cometimento de crimes durante a atuação do agente no âmbito da infiltração, a Lei n. 12.850/13 assim dispõe:

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.

Mesmo em momento anterior a promulgação da supracitada lei, já existiam posições doutrinárias que previam a possibilidade da prática de delitos pelo agente infiltrado, desde que respeitados certos limites. Tal entendimento se deve ao fato de que durante a execução da medida, sob pena de ter sua identidade revelada, colocando em risco não somente a operação, como sua própria segurança, o agente deverá agir como um membro engajado, o que torna quase impossível evitar a prática de alguns delitos.

Note-se que o legislador, na edição da lei em comento, procurou normatizar o entendimento de grande parte da doutrina acerca da impunibilidade do agente infiltrado que venha a praticar algum crime no curso da investigação, desde que tal conduta comprove-se necessária aos fins da operação, observando a proporcionalidade e inexigibilidade de conduta diversa.

Para o direito penal, esta condição representa uma excludente de culpabilidade, a qual, uma vez reconhecida, isenta de pena o autor de um fato típico e antijurídico. A previsão contida no parágrafo único do artigo 13 acima transcrito tem a finalidade de proporcionar ao agente infiltrado, inserido em uma organização criminosa, uma mínima sensação de segurança jurídica com relação a sua conduta, tendo em vista que em vários momentos se verá compelido a prática de crimes. No entanto, esta previsão legal é alvo de críticas, uma vez que não afasta totalmente o risco de punição do policial infiltrado, ficando a critério do julgador ao fazer uma análise subjetiva acerca dos atos praticados, observar se foram ou não desproporcionais ou excessivos.

Conforme lição de Cabette (2014 apud John, 2014):

Importa ainda anotar que a própria opção legislativa pelo reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como forma de evitar a punição do agente infiltrado por seus atos proporcionais também não segue o melhor caminho. É que esse instituto retrata uma excludente de culpabilidade, o que significa que o Estado está afirmando que o agente pratica fato típico e antijurídico (injusto penal), somente não culpável. Soa muito estranha essa opção, já que o policial atua por determinação estatal e de acordo com um instituto legalmente previsto. O reconhecimento das ações do agente infiltrado como mera inexigibilidade de conduta diversa significa mais um indicativo, na sua faceta teórica, de que o instituto é falido desde o seu nascedouro.

O mínimo que se pode entender é que a dicção legal é inadequada e deve ser objeto de uma releitura doutrinária. Na verdade as condutas aparentemente criminosas perpetradas pelo agente infiltrado, dentro de uma proporcionalidade e, portanto, permitidas e até mesmo incentivadas pela legislação respectiva, configuram aquilo que Zaffaroni e Batista denominam de “atipicidade conglobante”, a afastar, desde logo a tipicidade da conduta e não a reconhecer mera excludente da culpabilidade. Do contrário, a paga social do agente infiltrado pelo arriscar da própria vida, seria sua insegurança perpétua e, para além disso, seu reconhecimento pelo Estado como um criminoso que somente não seria punível! Simbólica e moralmente isso é um reconhecimento mais do que claro de que o instituto é uma aberração.

No que diz respeito às limitações da atuação do agente infiltrado, a Lei nº 12.850/13 carece de clareza e concisão, a fim de se deixar menos espaços para subjetividades. Tanto pela aproximação e exposição perante os criminosos, podendo o agente a qualquer momento ser descoberto e sofrer duras consequências, como também por ainda estar submetido a punições administrativas e responsabilização criminal, caso se entenda que cometeu excessos durante a execução da medida.

É preciso, porém, reconhecer que não há razoabilidade em conceder ao agente infiltrado permissão para agir sem quaisquer limitações, estando autorizado a cometer delitos livremente. Por outro lado, é inviável que um diploma legal ou que uma decisão judicial delimite com precisão a atuação desses agentes e preveja todos os seus passos, fato que decorre da própria natureza da infiltração e da complexidade que envolve o fenômeno da criminalidade organizada.



### 3.3 Valoração das provas obtidas no decorrer da infiltração e a figura do agente provocador (*l'agent provocateur*)

Toda pretensão que é posta em juízo deve fundamentar-se em fatos, sendo necessária a sua demonstração de veracidade pelas partes interessadas a fim de se constituir o convencimento do julgador. Neste sentido, afirma Nestor Távora (2012, p. 376):

A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Didaticamente, Nucci (*apud* PACHECO, p. 136) descreve a definição do que seria prova:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* – que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* – significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer, por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Muitos são os meios de prova dentre os quais se destacam aqueles trazidos de forma não taxativa pelo Código de Processo Penal, a exemplo da prova documental, testemunhal, pericial, inspeção judicial e etc. No entanto, da interpretação do artigo 155 do retromencionado diploma processual, retira-se o princípio da liberdade dos meios de prova, que por sua vez decorre da busca pela verdade real na persecução criminal, e segundo o qual é possível a utilização de vias probatórias não disciplinadas em lei, desde que moralmente legítimas e desde que não afrontem o ordenamento jurídico pátrio. Neste mesmo sentido, estabelece o Código de Processo Civil (art. 332): “todos os meios legais, bem como quaisquer outros não especificados em lei, desde que moralmente legítimos, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”.

Contudo, o princípio da liberdade probatória não representa um conceito absoluto, pois a busca pela verdade jurídica e a ampla produção de provas encontra limites na Constituição Federal que em seu artigo 5º, inciso, LVI, estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Desta forma, não é possível que a persecução criminal se desenvolva com ausência de parâmetros e limites no que se refere à produção de provas, devendo ser assegurada a imprestabilidade das provas obtidas de maneira que desrespeite a legislação vigente, considerando-se, sobretudo, os ditames constitucionais.

As provas produzidas de maneira que implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual são denominadas provas proibidas, das quais derivam duas espécies: as provas ilícitas, que são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais

penais e as provas ilegítimas que violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie (TÁVORA, 2012, p. 381).

Acerca da admissibilidade dos meios prova, afirma Ada Pellegrini (2012, p. 386):

A experiência indica, todavia, que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo (como o chamado soro da verdade); ora porque daria perigoso ensejo a manipulações ou fraudes (é o caso da prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor para cima – CPC, art. 401); ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (é o caso da tortura, da narcoanálise, do detector de mentiras, dos estupefacientes etc.).

Como dito anteriormente, em observância ao princípio da liberdade dos meios de produção de provas e da busca pela verdade jurídica, considerando-se os limites de sua utilização, é perfeitamente possível a obtenção de provas por meios diversos daqueles elencados no CPP, como é o caso da infiltração de agentes que está prevista na Lei 12.850/13. O tema comporta divergências jurisprudenciais e doutrinárias devido ao receio de que a participação do agente nas investigações que conduziram ao processo possa influenciar na imparcialidade das provas por ele produzidas, especialmente no que tange ao seu depoimento testemunhal.

O agente policial, após autorizado judicialmente para atuar como infiltrado dentro de uma associação criminosa e iniciado o procedimento, não pode agir de maneira a interferir ou até induzir ao cometimento de crimes que pesem sobre os acusados, do contrário, surgiria assim, durante o procedimento de infiltração policial, a figura do agente provocador ou *l'agent provocateur*<sup>9</sup>.

Este é um ponto onde residem discordâncias com relação à validade das provas obtidas por meio da infiltração, pois é preciso que se evite que durante a condução da medida de obtenção de provas, até então legítima e legal, que esta se desvie para outro rumo que configura provocação e artificialidade tornando-se ilegal e como tal inaceitável, por fazer com que a investigação trilhe por caminhos que contrariam o Estado Democrático de Direito, especialmente por partir de indivíduo legalmente investido para atuar em sua defesa.

No que se refere ao valor do depoimento testemunhal do policial que atuou de forma infiltrada muito já se foi discutido em âmbito jurisprudencial, porém, hoje é pacífico o entendimento de que suas palavras são relevantes para dar suporte às provas materiais obtidas, bem como revelar ao processo, detalhadamente, a maneira com que foram angariadas e outras informações que julgue necessárias ao deslinde da ação. Senão vejamos uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

---

<sup>9</sup> De origem francesa, remontando práticas absolutistas, a expressão traria em seu cerne a definição da pessoa que induz ou instiga outra para que cometa crime determinado, com o intuito de, no momento de seu cometimento, realizar sua captura, ou seja, para que no momento da execução do crime induzido, o agente instigador promova sua prisão em flagrante. (PACHECO, 2011)

Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem elas a intenção de prejudicar inocentes. (TACRIM/SP – Rel. Gonzada Franceschini – RDJ 18/80).”

Sendo assim, os fatores determinantes para que ocorra a validação das provas produzidas pelo agente infiltrado é que, além da sua obtenção por meios lícitos (interceptação telefônica autorizada, apreensão de bens relacionados aos crimes, registros fotográficos e escutas autorizadas etc.) este agente não conduza os sujeitos envolvidos à prática de crimes que não praticariam em outras circunstâncias. Acerca da utilização das provas produzidas durante a infiltração afirma Pacheco (2011, p.137):

No caso de o agente infiltrado atuar com plena observância das garantias legalmente estabelecidas, sua atuação será válida e as provas derivadas também gozarão de validade, pois a licitude dessas provas decorre da expressa disposição legal que autoriza a infiltração como meio de investigação.

De maneira que estando o policial infiltrado revestido da confiança do grupo em que está inserido, deverá colher todo o material probatório que seja possível, com a observância dos limites impostos pela legislação pertinente e pela autorização judicial que recebeu para realizar a infiltração. Assim, estará preservada a validade das provas obtidas e estas poderão ser utilizadas para embasar uma denúncia ou condenação. Em sentido contrário, caso o agente pratique atos que excedam a necessidade da medida, deverão ser as provas por ele angariadas declaradas ilícitas e desentranhadas do processo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde a sua criação a técnica de investigação por meio da infiltração de agentes sempre foi alvo de discussões e censuras em função da fragilidade e obscuridade com que era regulamentada pela Lei nº 9.034/95. No ano de 2013 este diploma legal finalmente foi revogado pela Lei nº 12.850/13, trazendo uma extensa e detalhada regulamentação acerca do instituto, sanando as omissões existentes na legislação anterior e gerando um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, a infiltração policial é ferramenta indispensável no combate ao crime organizado no país, principalmente pelo fato de que os resultados obtidos por este meio fornecem um substrato probatório infinitamente maior do que se teria com outras medidas investigativas. Negar a sua aplicação é querer impor obstáculos a efetiva realização da justiça penal, além de representar um entrave à efetivação do direito constitucional à segurança, à vida, à liberdade e à propriedade, que são constantemente violados pela atuação dos grupos criminosos.

Entretanto, entende-se inviável a utilização irrestrita da infiltração policial como meio de prova, neste sentido, destaque-se a necessidade do efetivo controle judicial, da observância da legislação vigente, bem como dos princípios constitucionais relacionados. Dentre os princípios mais importantes estão o da legalidade, quando da observação da norma pertinente; da subsidiariedade, como determina expressamente a própria lei e tendo-se em vista a larga restrição de direitos e garantias fundamentais decorrente da medida; e da proporcionalidade, de acordo com o qual deve o agente procurar manter o equilíbrio entre a sua atuação e a finalidade da investigação, evitando cometer excessos e preservando a validade das provas obtidas.

No universo jurídico não há que se falar em opiniões e interpretações infalíveis com relação a qualquer tema. Assim, ponderadas as divergentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da técnica de infiltração, não se pode olvidar que, da maneira que se encontra hoje regulamentada, esta medida acarreta muito mais vantagens do que desvantagens ao deslinde processual. A edição da Nova Lei de Combate ao Crime Organizado é recente, fator que justifica o debate acalorado ao seu redor. Muito provavelmente, com o passar do tempo alguns dos problemas de aplicabilidade da norma estarão solucionados, principalmente após o posicionamento do Supremo Tribunal de Federal, ainda indefinido, acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da medida na forma tratada na norma.

Por fim, é possível concluir que as conseqüências jurídicas decorrentes desta modalidade investigativa e das inovações legislativas a seu respeito, demonstram um excelente meio de efetivação e proteção das garantias constitucionais pertencentes à coletividade em face da atuação de grupos de pessoas que subvertem deliberadamente a ordem Estatal. O que se espera é que a norma cumpra com o seu papel e que os institutos nela previstos sejam realmente aplicados.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 12 mar. de 2004.

\_\_\_\_\_, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 07 dez. de 1940.

\_\_\_\_\_, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 03 out. de 1941.

\_\_\_\_\_, 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 11 abr. de 2001.

\_\_\_\_\_, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 23 ago. de 2006.

\_\_\_\_\_, Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 02 ago. de 2013.

\_\_\_\_\_, Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 03 mai. de 1995.

BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 05 out. de 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

GOMES, Luis Flávio. **Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13 – Criminalidade organizada e crime organizado.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13.** São Paulo: Saraiva, 2014.

JOHN, Lucas. **O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro.** 2014. 78 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACHECO, Raphael. **Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial.** Curitiba: Juruá, 2011.

PIEVE, Caroline Prediger da. **Infiltração de agentes policiais: aplicabilidade e aspectos polêmicos da lei nº 12.850/2013.** 2013. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2013.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado: Procedimento Probatório.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.