

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Letícia Zótiş

INFILTRAÇÃO POLICIAL: COMBATE À
CRIMINALIDADE ORGANIZADA E MEIO DE PROVA

Passo Fundo

2016

Letícia Zóti

INFILTRAÇÃO POLICIAL: COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E MEIO DE PROVA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da professora Dra. Josiane Petry Faria.

Passo Fundo

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo precioso presente que me foi concedido, a vida;

Agradeço a professora e orientadora Dra. Josiane Petry Faria, cuja sabedoria, somada à atenção e disponibilidade em sanar minhas dúvidas, foi de essencial importância na realização deste trabalho;

Agradeço meu pai Geraldino Zóti e a minha mãe, Cleonice Alievi Zóti, pelo mais valioso ensinamento que me foi oferecido, o de em hipótese alguma desistir dos meus sonhos. A vocês, minha fonte de inspiração, meus mais sinceros agradecimentos;

Agradeço a minha irmã, Priscila Zóti, por sonhar junto comigo este sonho, dando força e coragem para seguir em frente apesar de todos os árduos obstáculos que juntas percorremos;

Agradeço meu namorado, Higor José Coldebella, por fazer parte da realização de um sonho, pela paciência e pelo incentivo de cada dia;

Agradeço também, a todas as pessoas amigas, presentes em meu dia a dia e que sempre me dirigiram uma palavra de estímulo e carinho.

RESUMO

A presente monografia consiste na análise do instituto da infiltração policial como meio de combate ao crime organizado, tendo em vista este instituto ser utilizado no intuito de coletar provas acerca dos ilícitos cometidos por organizações criminosas. A infiltração policial não possui legislação ampla, que abranja situações que possam ocorrer no decorrer da investigação, assim como não define critérios de proporcionalidade nos atos do agente infiltrado, sendo entendida por alguns doutrinadores como uma pressão indevida para constituir provas. De outro modo, se trata de um meio judicialmente autorizado, permitindo o cometimento de atos ilícitos por meio dos agentes infiltrados apenas quando necessários para o desenvolvimento da investigação e veda ao infiltrado induzir os membros das organizações na prática de delitos, fazendo com que outra parte da doutrina considere as provas válidas e constitucionais. Portanto, o trabalho proporcionará a compreensão do crime organizado e o procedimento da infiltração policial, que ao observar os requisitos e os pressupostos para que possa ser utilizada, faz com que as provas colhidas durante a investigação se tornem plenamente válidas.

Palavras-chave: Infiltração policial. Organizações Criminosas. Meio de prova.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS GERAIS	8
2.1 Organização criminosa e antecedentes legislativos.....	8
2.2 Breves apontamentos acerca do surgimento e do desenvolvimento da criminalidade organizada	12
2.3 Principais características das organizações criminosas.....	17
3 INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	22
3.1 Infiltração policial no ordenamento jurídico: evolução, definição e modalidades	23
3.2 Dos requisitos e o procedimento para a infiltração policial.....	32
3.3 Agente infiltrado e agente provocador	37
4 A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO POLICIAL NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	40
4.1 Direito comparado	41
4.2 A compatibilidade constitucional da infiltração policial	47
4.3 Validade da prova constituída durante a infiltração policial e a possibilidade de utilizar a prova como base para a condenação	55
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, as organizações criminosas se expandiram de forma abundante ameaçando a ordem pública, os Estados e o bem-estar da sociedade com o cometimento de frequentes práticas delituosas como a lavagem de dinheiro, a corrupção, o tráfico de droga, tráfico de pessoas, dentre outros. Denota-se que as referidas organizações mudaram sua face e forma de agir em meados do século XX, em razão do desenvolvimento e da potencialidade da globalização.

Em razão disso, o Estado verificou a necessidade de encontrar meios mais eficazes no combate ao crime organizado, sendo promulgada em 2013 a Lei n. 12.850, que trata de forma ampla acerca do crime organizado e especifica os métodos de investigação.

Dentre os procedimentos verificados na Lei, encontra-se a infiltração policial que constitui um importante instrumento para a investigação dos grupos criminosos, visto que, permite o acompanhamento das práticas delitivas e o colhimento de provas essenciais.

Ocorre que, a investigação criminal age, quase sempre, invadindo e colidindo com alguns direitos e garantias fundamentais, provocando danos aos investigadores, investigados e até mesmo terceiros envolvidos. Apesar da infiltração policial, a problemática se agrava ao perceber que o ordenamento jurídico não disciplinou adequadamente o tema, assim, se faz necessário o estudo sobre a constitucionalidade deste instituto a partir do que a legislação e a doutrina oferecem.

Dessa forma, presente trabalho busca analisar a possibilidade de utilizar a infiltração policial como meio de prova, no combate à criminalidade organizada. Este estudo é realizado tendo em vista a falha regulamentação acerca do tema, fazendo com que parte da doutrina compreenda suas provas como inválidas, uma vez que sequer seus critérios de proporcionalidade são definidos.

De outro modo, perceber-se-á, que, para a infiltração policial ser válida, ela necessita se atentar a alguns requisitos e pressupostos, e que as práticas ilícitas cometidas pelo infiltrado, desde que seja uma consequência necessária para o desenvolvimento da investigação, não serão passíveis de punição. Porém, é de

suma importância que o agente policial jamais instigue ou induza os membros das organizações criminas na prática de crimes.

Para o melhor desenvolvimento e compreensão do tema, o trabalho dividir-se-á em três capítulos, sendo que, o primeiro, tratará acerca do conceito de crime organizado a sua conexão com a globalização. Ainda, serão analisadas as leis que buscaram definir o crime organizado, inclusive a Lei n. 12.850/2013 que está em vigor. Posteriormente, o desenvolvimento da criminalidade organizada e as principais aparições dos grupos criminosos. Por fim, as características das organizações criminosas, os elementos e a sua atuação na atualidade.

O segundo capítulo, abordará a infiltração policial. Inicialmente, tratar-se-á de sua evolução no ordenamento jurídico, seu conceito e as chamadas modalidades – *deep cover* e *light cover*. Além disso, será estudado quem possui legitimidade para se tornar agente infiltrado, as características da atuação, os limites e as consequências que esse método investigativo possui e quais as práticas ilícitas poderão ser cometidas para que não haja responsabilização penal ao infiltrado. Ademais, verificar-se-á que a infiltração policial possui requisitos e um procedimento que deverá ser seguido para obter validade, tal qual a autorização judicial por parte do magistrado. Ainda, a essencial distinção entre o agente infiltrado e o agente provocador.

Por fim, o terceiro capítulo estudará a infiltração policial no ordenamento jurídico de outros países que serviram como base para a adoção no Brasil – Estados Unidos da América, Portugal, Alemanha, Argentina e Espanha. Ainda, a constitucionalidade ou não da infiltração policial, um estudo com ênfase nos princípios constitucionais, tais quais, o devido processo legal, o princípio do contraditório e a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na atuação do agente infiltrado. Ao final, se procederá à análise da validade que as provas constituídas durante a infiltração policial possuem e se estas poderão fundamentar uma sentença condenatória.

Ainda, o tema escolhido teve como motivação pessoal, o interesse nesta área e principalmente, na atividade policial, na leitura da obra “Infiltrado – o FBI e a Máfia”, do autor Joaquin Garcia, que relata a história de um agente do FBI que se dedicou ao trabalho exclusivo do disfarce, ao se infiltrar na Casa Nostra.

Além disso, a relevância jurídica acerca do tema se encontra nas práticas criminosas que o infiltrado poderá vir a cometer durante a investigação, esta prática é questionada, uma vez que excessos podem ser praticados, colocando em risco a validade das provas constituídas durante a investigação.

Por fim, no tocante à importância social, se observa a preocupação da sociedade acerca da expansão do crime organizado, que vem colocando em risco a segurança pública dos cidadãos. Sabe-se que as organizações criminosas mudaram sua forma de agir e os antigos meios utilizados para inibir esta prática, hoje já não são mais eficazes, tornando-se necessário a busca de novos meios investigativos. A infiltração policial se trata de um novo método investigativo, que busca combater o crime organizado.

2 CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS GERAIS

Neste capítulo será abordado o conceito de crime organizado e a sua relação com a globalização, assim como será analisada a Lei n. 12.850/2013 que, atualmente, está em vigor e traz a definição das organizações criminosas, os elementos e as formas de investigação criminal. Ainda, serão estudadas algumas das máfias e as aparições da criminalidade organizada no Brasil, tais quais, a Falange Vermelha, o Comando Vermelho, o Terceiro Comando e o Primeiro Comando da Capital. E, por fim, serão exploradas suas principais características, apontando os elementos e a atuação na atualidade.

2.1 Organização criminosa e antecedentes legislativos

Inicialmente, cabe ressaltar que nas últimas décadas do século XX, a globalização sofreu uma transformação no que diz respeito às relações sociais e econômicas, tendo em vista o forte desenvolvimento da sociedade produtora de mercadorias.

A evolução da globalização teve início após a Segunda Guerra Mundial e se transformou significativamente com a Guerra Fria, além disso, com a expansão do capitalismo e a abertura dos mercados mundiais. Portanto, a globalização se caracteriza como um aumento dos fluxos de informações e economia, irradiando efeitos em todas as áreas do conhecimento humano. (SILVA; MACHADO, 2009, p. 175-176)

Devido à forte influência do capitalismo, o crime organizado surgiu com uma nova face, visando essencialmente à busca de lucro e apresentando formas diferentes de agir, sendo hoje denominado como macrocriminalidade. (SOUSA, 2015, p.4).

Para Masi (2014, p. 171), a potencialidade da globalização permitiu com que os grupos criminosos aproveitassem as vantagens que o novo espaço mundial oferece, tendo em vista o livre comércio em alguns locais das fronteiras, reduzindo o controle e a fiscalização. Assim, as organizações criminosas geram efeitos

econômicos, políticos e sociais que ultrapassam fronteiras e buscam a desestabilização do Estado.

Callegari (2009, p.14) afirma que a criminalidade organizada é a da globalização, e é um novo fenômeno cujas origens se devem à expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados. Como pode se observar com a forte expansão do capitalismo e da globalização, o crime organizado experimentou um crescimento extraordinário nas últimas décadas. Todavia, no Brasil até meados do ano de 2012, ainda não havia um tipo penal específico definindo o que caracteriza uma organização criminosa.

Sob este aspecto a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado – conhecido como a Convenção de Palermo - definiu basicamente o que poderia ser considerado crime organizado, tais preceitos compuseram o ordenamento jurídico brasileiro, com a ratificação da convenção, através do Decreto Lei n. 5.015/2004, que em seu artigo 2º, alínea “a”, traz um breve conceito de crime organizado.¹

Com base no que a Convenção postulou, a definição do que se entende como crime organizado pode ser vista como um marco de maior relevância. Dessa forma, surgiram diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do que é o crime organizado e como seria possível identificá-lo por meio de características, ou seja, apesar da Convenção ter sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não trouxe tipos penais legais, não suprimindo a criação da lei penal em sentido estrito.

Devido a esse vago conceito legal das Organizações criminosas no Brasil, já reconhecida pela Suprema Corte do País, o legislador percebeu a necessidade prevenir e combater de forma mais eficaz a criminalidade organizada. Para isso, em 24 de julho de 2012, foi promulgada a Lei n. 12.694 que tratava sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes

¹ Decreto Lei n. 5.015/2004, artigo 2º, alínea “a”: Grupo criminoso organizado”- grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benéfico material;

cometidos pelas organizações criminosas, seu artigo 2º conceituou vagamente o crime organizado.²

Importante ressaltar que a referida Lei não caracterizou a organização criminosa como um delito passível de punibilidade, apenas apresentou uma definição para a aplicação de outros institutos, tais como da Lei n. 9.034/95 que trata das formas de combate ao crime organizado, como, por exemplo, a infiltração policial.

Para Gomes e Silva (2015, p.39), a Lei n. 12.694/2012, ao invés de prever que o aludido conceito serviria para todos os fins legais colocando fim ao vácuo conceitual, fez o contrário, ou seja, previu que o conceito de organizações criminosas serviria unicamente para fins de formação de júízo colegiado em primeiro grau de jurisdição e reforçaria ainda mais a inexistência de um conceito para outros fins legais. Assim, cita o artigo 1, da Lei n. 12.694/2012:

Decretação de prisão ou de medidas assecuratórias (inciso I); b) Concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão (inciso II); c) Prolação de sentença (inciso III); d) Para incidentes do processo de execução penal, como: d.1) progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena (inciso IV); d.2) concessão de liberdade condicional (inciso V); d.3) transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima (inciso VI); d.4) inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado (inciso VII).

Assim, em 02 de agosto 2013 foi promulgada a Lei n. 12.850 trazendo consigo um novo conceito de organizações criminosas e possuindo uma interpretação sistemática. A ementa da referida Lei cuida da definição das organizações criminosas no ordenamento jurídico brasileiro, assim como, estabelece os meios de prova dos quais o Estado poderá se valer para inibir os delitos praticados pelos grupos que preenchem a conformação estabelecida, conceituando de forma ampla o crime organizado.³

² Lei n. 12.694/2012, artigo 2: Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

³ Lei n. 12.850/2013, artigo 1: Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. §1º: Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com

Ademais, pode-se caracterizar o núcleo essencial do crime organizado como sendo: a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a organização estrutural. Assim, o número mínimo deverá ser de quatro componentes, excluindo o agente infiltrado. Além do elemento humano, é necessária a obtenção de vantagem de forma direta ou indireta, podendo ser de qualquer natureza onde este grupo deverá ser estável e estruturado. (SOUSA, 2015, p. 14-15)

Sobre o conceito de crime organizado, o autor Carlos Velho Masi (2004, p.173) entende que:

Em linhas gerais, organização criminosa pode ser descrita como uma entidade coletiva ordenada em função de estritos critérios de racionalidade em que cada um de seus membros realiza uma determinada função para qual se encontra especialmente capacitado, em razão de suas aptidões ou possibilidades pessoais. Assim agindo, a organização alcança características próprias de uma sociedade de profissionais do crime, na qual se manifesta um sistema de relações específicas, definidas a partir de obrigações e privilégios recíprocos.

Importante ressaltar que a Lei n. 12.850/2013 trouxe um conceito diferente de Organização Criminosa, porém não revogou o conceito da Lei n. 12.694/2012. Assim, existe a questão se o conceito de crime organizado definido pela Lei n. 12.694 permanece. Por parte do entendimento doutrinário a resposta é não, isso porque tal conceito dizia respeito ao julgamento do crime em primeira instância. Porém hoje, o juiz precisa levar em consideração o conceito trazido pela Lei n. 12.850/2013, isso porque quando os juízes julgam coletivamente é para julgar o crime organizado e não a organização criminosa de forma isolada. Assim entendem Gomes e Silva (2015, p. 41) que o continente é crime organizado sendo a organização criminosa um conteúdo. O que importa para fins penais e processuais é o crime (não a parte dele). Se o conceito de crime organizado está definido pela nova lei, aos juízes compete seguir a nova lei, respeitando o seu conceito de crime organizado que nada mais é que a soma dos requisitos típicos do artigo 2º com a

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.

descrição de organização criminosa do artigo 1º, ambos da Lei n. 12.850/2013. Em outras palavras, o conceito trazido pela referida lei não permanece válido.

Dessa forma, não há mais no ordenamento jurídico brasileiro o conceito definido pela Lei n. 12.694/2012, pois a nova lei trouxe de forma integral o conceito do crime organizado, que alterou até mesmo algumas características como o número mínimo de quatro pessoas para configuração de organização criminosa. (GOMES; SILVA, 2015, p. 41).

Com a promulgação da Lei n. 12.850/2013 entende-se como finda a questão fática e jurídica acerca do conceito legal de crime organizado, bem como no que diz respeito à caracterização da criminalidade organizada como um fenômeno presente na sociedade contemporânea, servindo até mesmo como correção aos eventuais conceitos da Convenção de Palermo e da Lei n. 12.694/2012.

É importante frisar que a nova lei de combate ao crime organizado revogou expressamente até mesmo a Lei n. 9.034/1995, que trata das formas de combate ao crime organizado, uma vez que a nova legislação já prevê tais institutos.

Portanto, destaca-se que um forte influenciador no crescimento do crime organizado é a globalização e a expansão do capitalismo com a abertura dos mercados mundiais. Porém, as organizações criminosas surgiram em tempos antigos e foram se desenvolvendo, tomando características próprias com o passar dos anos no Brasil, assim, torna-se necessário um estudo acerca do desenvolvimento deste instituto no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 Breves apontamentos acerca do surgimento e do desenvolvimento da criminalidade organizada

Conforme visto anteriormente, o crime organizado foi conceituado segundo o artigo 1º e 2º da Lei n. 12.850/13⁴ que o define como associação de quatro ou

⁴ Lei n. 12.850/2013, artigo 1: Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§1º: Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de

mais pessoas estruturalmente ordenada e com objetivo de obter direta ou indiretamente vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de ações penais com penas superiores há quatro anos ou de caráter transnacional.

O fenômeno da criminalidade organizada parte de séculos, e pode-se dizer que algumas das associações criminosas mais antigas do mundo são as chamadas Máfias italianas, a Yakuza Japonesa e a Tríade Chinesa. Tais movimentos tiveram origem no século XVI, à relação entre ambas é de origem rural, agiam com intuito de proteger os camponeses contra as arbitrariedades daqueles que possuíam o poder e até mesmo o abandono do Estado, tais associações contavam com o apoio de autoridades corruptas. (JOSÉ, 2010, p.13)

A máfia italiana, a qual é considerada muito controversa entre os historiadores, surgiu no período de desintegração do feudalismo na península italiana, durante a época em que os camponeses viviam em miséria absoluta, enquanto os senhores feudais tinham uma vida de luxo, assim, por toda desigualdade social entravam em confronto diariamente. (FERRO, 2009, p. 501).

Atualmente, é constituída por três organizações criminosas: A Casa Nostra que até mesmo nos dias de hoje segue como uma sociedade secreta e era considerada como a defensora dos povos, dela fazia parte o povo pobre e discriminado, já nos dias atuais sua atuação segue no tráfico de drogas, extorsão e prostituição. A N'Drangheta no mundo contemporâneo é uma das mais influentes por ser um grupo que fornece cocaína, possui fortes conexões com outros países e suas especialidades são o tráfico de drogas, extorsão e contrabando de armas. Por fim, a Camorra, esta máfia se envolveu em conflitos em busca de território, e nos dias atuais, além dos conflitos, age no tráfico de drogas, extorsão e contrabando de armas. (CAMPOS; AQUOTTI, 2014, p. 5)

A Yakuza Japonesa teve sua origem em 1612, quando uma crise no país resultou em quase meio milhão de samurais desempregados, é um grupo integrado por indivíduos do sexo masculino, e é de sua essência o uso de códigos como lealdade e fidelidade. Nos dias atuais, se impõe sobre movimentos sindicais, possuem jornais e escritórios e apesar de sempre terem se dedicado à prostituição

infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

e à lavagem de dinheiro, apenas foram consideradas ilegais após 1960. (CÍCERO; SOUZA, 2013, p. 5)

Por fim, as Tríades Chinesas surgiram no ano de 1644 e representavam uma gama de sindicatos feudais, não eram em seu início organizações criminosas, mas com o tempo passaram a se dedicar a atividades delituosas. Sua primeira atuação foi à prática de extorsões, posteriormente à comercialização de heroína e atualmente se dedicam a práticas criminosas, como sequestro, imigração ilegal ao tráfico, falsificação de cartões de créditos, dentre outras. (JOSE, 2010, p. 15). Conforme Walter Fanganiello Maierovitch (1995, p. 72):

A tríade segundo pesquisas de especialistas teria nascido no século XVII, constituindo-se em organização secreta de combate a dinastia Manciú. Com o comunismo instaurado em 1949, transferiu-se para Hong Kong e, depois ampliou a base do triângulo para Taiwan. O triângulo é o símbolo da organização. Representa o velho símbolo da sociedade secreta chinesa, representando a ligação do homem a terra e ao céu. À semelhança da Casa Nostra Siciliana, há ritual para ingresso na organização criminosa. Para se manter como organização secreta, o iniciante faz trinta e seis juramentos. Calcula-se em 80.000 criminosos compromissados e com vínculo indissolúvel.

No Brasil, a associação criminosa desenvolveu-se a partir do cangaço no Sertão do Nordeste, durante os séculos XIX e XX com a finalidade de lutar contra capangas dos grandes fazendeiros, também buscavam contestar o coronelismo. Ademais, no Brasil a primeira infração penal organizada consistiu no jogo do bicho, que iniciou no século XX, Barão de Drumond criou o jogo com intuito de salvar os animais do Jardim Zoológico de Rio de Janeiro, porém, a ideia passou a ser usada por grupos organizados. (JOSE, 2010, p. 16-17)

O autor Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 240) afirma que:

No Brasil aponta-se como manifestação mais remota do crime organizado a atuação do “cangaço”, grupo dirigido por Virgulino Ferreira da Silva, conhecido como Lampião. Depois formaram-se as organizações que se dedicam à exploração do jogo do bicho, ao tráfico de entorpecentes, de armas, de animais silvestres. Mais recentemente, cresceu e se estruturou o crime organizado nos presídios do Rio de Janeiro e São Paulo.

De outro modo, nas décadas de 70 e 80 outras organizações criminosas violentas nasceram das penitenciárias do Rio de Janeiro, tal qual a Falange Vermelha formada por quadrilhas especializadas em roubos a bancos.

O Comando Vermelho teve origem no ano de 1970 no presídio de Ilha Grande, no estado do Rio de Janeiro e se deu através da união de presos comuns e presos políticos da época do regime militar. Tinha como objetivo o assalto a bancos, sendo um grupo hoje comandado por líderes de tráfico de drogas e considerado a maior organização criminosa do Rio de Janeiro apesar da perda de território. (SALLA, 2008, p. 374) Sobre o Comando Vermelho, o autor Carlos Amorim (2004, p. 58) cita que:

Sessenta e seis homens condenados por atividades revolucionárias passaram pela Galeria B, entre 1969 e 1975, quando os presos políticos começaram a ser transferidos para uma unidade especial do Departamento do Sistema Penitenciário (Desipe) [...] Ali aguardaram a anistia, que devolveu todos eles à liberdade. Os presos políticos foram embora, mas deixaram muitas marcas na vida do presídio da Ilha Grande. Naquele mesmo setor do Instituto Penal Cândido Mendes – a Galeria B – estavam os presos comuns condenados por crimes previstos na LSN, como assaltos a bancos e instituições financeiras. O governo militar tentou despolitizar as ações da esquerda, tratando-as como “simples banditismo comum”, o que permitia também uma boa argumentação para enfrentar as pressões políticas internacionais em prol da anistia e contra as denúncias de tortura. Nivelando o militante e o bandido, o sistema cometeu um grave erro. O encontro dos integrantes das organizações revolucionárias com o criminoso comum rendeu um fruto perigoso: o Comando Vermelho.

Já o Terceiro Comando, foi formado por detentos que discordavam de práticas de sequestros que determinados grupos criminosos praticavam. Quanto à origem desta há duas correntes divergentes, a primeira sustenta que seu início foi em 1994, já a segunda que seu surgimento foi na década de 1980, conforme a segunda corrente o Terceiro Comando surgiu da Falange Jacaré, e se opunha ao Comando Vermelho. (FERRO, 2009, p. 103)

Mais tarde, nos anos 90, surgiu no Brasil em um presídio de segurança máxima localizado em Taubaté/SP, o PCC – Primeiro Comando da Capital. Sua atuação criminosa abrange vários estados e possuem até mesmo conexões internacionais, patrocinando roubo a bancos, tráfico de drogas, rebeliões, resgate a presos, extorsões, sequestros e prática de homicídios dos membros de organizações rivais dentro e fora de presídios. O seu reconhecimento como

organização criminosa foi em 2001 e se deu com a megarrebelião sob o comando dos membros do PCC, onde 29 mil presos de 30 presídios do Estado de São Paulo entraram conjuntamente em rebelião. (JOSE, 2010, p. 19).

Conforme Amorim (2004, p. 311), a referida rebelião foi planejada pelos presos com o uso de celulares e com a ajuda mediante suborno dos próprios agentes penitenciários, a finalidade dela era reivindicações como o fim dos espancamentos nos presídios, a remoção de diretores penitenciários que praticavam tortura, agilidade na tramitação jurídica e o fim das humilhações nas revistas aos visitantes. Acerca da rebelião realizada pelo PCC, o mesmo autor relata que:

Durante a noite de sábado e a madrugada de domingo, os líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC), espalhados por presídios em quase todo o Estado de São Paulo, decretam a revolta. A principal arma dos revoltosos é o telefone celular, introduzido nas celas com a conivência dos guardas. [...] Eles passam horas falando nos pequenos aparelhos telefônicos. Não foram detectados. Mas foram atendidos pela metade de todos os 60 mil encarcerados. A ordem [...] é muito simples: quando as visitas estiverem dentro dos muros, no domingo, dia quase sagrado de receber os familiares, as crianças, amigos, começa o levante. (AMORIM, 2004, p. 385)

Importante ressaltar que a criação de organizações criminosas dentro de presídios constitui de fato uma das características marcantes da criminalidade organizada no Brasil. Desse modo, enquanto em outros locais as organizações se formam por meio de identidades étnicas, raciais ou históricas, no Brasil a maioria delas surgem devido a grupos formados nos presídios, considerando as condições carcerárias precárias que estes estão sujeitos.

Sobre esse assunto, o deputado Domingos Dutra (2008, p. 46), no relatório final da CPI do Sistema Carcerário, declarou que:

Nenhum evento ou fenômeno social surge isoladamente ou é fruto de apenas uma causa identificável. O problema da existência e surgimento do chamado “crime organizado” nos estabelecimentos prisionais brasileiros não foge à regra. Resultado de um processo histórico, agravado nas últimas duas décadas, em que o Estado brasileiro, em todas as suas esferas e instâncias, relegou a segundo plano uma efetiva política criminal, voltada para a instituição de um sistema penitenciário capaz de cumprir sua finalidade.

Ademais, a prática do crime organizado no Brasil se estendeu afora das penitenciárias e passou a ter atuações mais centradas a atividades lucrativas e principalmente no que diz respeito ao tráfico de drogas, além disso, as organizações criminosas cada dia mais aparecem com características peculiares e próprias, que demandam um estudo específico.

2.3 Principais características das organizações criminosas

Apesar da relevância do tema, o conceito de crime organizado ainda é uma questão controvertida, devido à dificuldade de encontrar um conceito unívoco que abarque todas as peculiaridades e variedades do fenômeno. Nas palavras do autor Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p. 11):

São inúmeras as organizações criminosas que existem atualmente. Cada uma assume características próprias e peculiares, amoldadas às próprias necessidades e facilidades que encontram no âmbito territorial que atuam. Condições políticas, policiais, territoriais, econômicas, sociais, etc., influem decisivamente para o delineamento destas características, com saliência para umas ou outras, sempre na conformidade das atuações e com o objetivo de maiores fontes de renda.

Importante ressaltar neste aspecto, antes de adentrar em cada característica que as principais alterações feitas pela referida Lei ante a Convenção de Palermo foram: o número de agentes, alterado de três para quatro; maior rigor quanto ao caráter estrutural, em virtude da exigência da divisão de tarefas e admissão de qualquer vantagem como fim, não apenas as de conteúdo econômico ou material. (GOMES; SILVA, 2015, p. 49)

Todavia, os requisitos trazidos na Lei n. 12.850/13 em seu artigo 1º, parágrafo primeiro permitiram distingui-la de forma mais concreta. São eles: associação de quatro ou mais pessoas; estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente; obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza; mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas seja superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Não há como falar em organização criminosa sem a presença da *pluralidade de agentes*, exige-se como requisito a presença de quatro pessoas para que se

configure uma organização criminosa. Assim para Gomes (2015, p. 56), o crime de participação em Organização Criminosa da Lei n. 12.850/13 é crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário. Sobre esse assunto, Fernando Capez (2003, p. 309) compreende que:

Concurso necessário: refere-se aos crimes plurissubjetivos, os quais exigem o concurso de pelo menos duas pessoas. Aqui, a norma incriminadora, no seu preceito primário, reclama, como *conditio sine qua non* do tipo, a existência de mais de um autor, de maneira que a conduta não pode ser praticada por uma só pessoa. A co-autoria é obrigatória, podendo haver ou não a participação de terceiros. Assim, tal espécie de concurso de pessoas reclama sempre a co-autoria, mas a participação pode ou não ocorrer, sendo, portanto, eventual. Exemplo: a rixa só pode ser praticada em co-autoria por três ou mais agentes. Entretanto, além deles, pode ainda um terceiro concorrer para o crime, na qualidade de partícipe, criando intrigas, alimentando animosidades entre os rixentos ou fornecendo-lhes armas para a refrega.

No que tange à presença de adolescentes e crianças, a doutrina prevalente os computa para satisfazer o número de integrantes exigidos, desde que haja a presença de um imputável. Até mesmo a Lei n. 12.850/13 em seu artigo 2º, parágrafo quarto⁵ prevê a possibilidade de participação destes, hipótese em que a pena será aumentada de 1/6 para 2/3 em relação aos maiores que permitiram a participação dos menores. No que diz respeito ao agente não identificado, se comprovada sua existência por meio de provas seguras, sejam elas, testemunhas, interceptações, e etc., este também será computado ao número mínimo exigido. (GOMES; SILVA, 2015, p.57)

Difere-se nesse aspecto a organização criminosa da associação criminosa, tendo vista que para configuração de associação criminosa é necessário pelo menos 3 integrantes no fim específico de cometer delitos, além disso, haverá aumento de pena até a metade se a associação for armada ou se houver a participação de criança ou adolescente, conforme artigo 288 do Código Penal, alterado pela Lei n. 12.850/2013. (GOMES; SILVA, 2015, p. 153)

⁵ Lei n. 12.850/2013, artigo 2: Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 4º: A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I – se há participação de criança ou adolescente;

No entanto, para caracterizar organização criminosa, conforme visto anteriormente, se faz necessário o mínimo de 4 integrantes, com aplicação há pena máxima superior a 4 anos, ainda, aumento de pena até a metade se houver emprego de arma de fogo – artigo 2, parágrafo segundo, Lei n. 12.850/2013, e aumento de pena de um sexto a dois terços se houver participação de criança ou adolescente.

De outra forma, havendo a presença de um agente infiltrado, este não será computado como número mínimo legal para preencher o requisito da presença dos quatro agentes, pois doutrinariamente o agente infiltrado não é um sujeito ativo do delito, tendo como finalidade única descobrir o funcionamento do grupo organizado, não havendo o ânimo associativo e sim investigativo. (CUNHA, 2013, p. 17)

Como segundo requisito, a referida Lei traz como elemento a “*associação estruturalmente ordenada com divisão de tarefas, ainda que informalmente*”, o conceito de tal elemento é normativo, ou seja, depende de interpretação do juiz. Não é uma mera reunião de pessoas para cometer atos ilícitos, mas sim uma conspiração planejada e coordenada. (GOMES; SILVA, 2015, p. 60). Acerca desta característica Wilson Lavorenti (2000, p. 19) entende que:

As organizações criminosas, como regra, possuem uma organização empresarial, com hierarquia estrutural, divisões de funções e sempre direcionadas ao lucro. Elas possuem algo mais do que um programa delinquencial. Consubstanciam-se em um planejamento empresarial (custo das atividades e de pagamento de pessoal, recrutamento de pessoas etc.) com firmas constituídas formalmente ou não. Quanto mais rica e firmemente estruturada a organização, menores os riscos na sua atuação.

Entende-se esse elemento como sendo planejamento: o controle de custos e gastos necessários, pagamentos, recrutamentos pessoais, controle do fluxo de entrada e saída de dinheiro do caixa, contatos com autoridades, divisão de tarefas e etc., presentes tais formas de administração, há indícios de organização criminosa.

Ainda, não há importância na função de cada elemento da organização criminosa, pois a divisão de tarefas é feita de forma alternada, as atividades são divididas conforme as aptidões de cada um de forma formal ou informal, podendo ou não haver hierarquia, embora que na prática sempre exista a figura do “chefão”

aquele que toma as principais decisões, a admissão de outros participantes quais serão os atos delituosos, os meios, as condições e etc. (GOMES; SILVA, 2015, p. 62)

Conforme os mesmos autores, não há relevância na função individual de cada um, mas sim na homogeneidade de vontades. Dessa forma, aquele que apenas organiza, planeja ou dirige a atividade dos outros, também é considerado autor do crime. Nesse aspecto, adota-se a teoria do domínio do fato de Roxin.

A referida teoria define a existência de três tipos de autores, aquele que realiza pessoalmente o delito de forma direta e imediata, aquele que utiliza de outrem como instrumento (autoria imediata) e aquele que tem o domínio do fato agindo conjuntamente com outros integrantes e realizando função de planejamento (coautoria), (SILVA, 2014, p. 76). Portanto, o domínio do fato importa a “possibilidade fática de dirigir em todo o momento a configuração típica” (CALLEGARI, 2004, p. 81)

Como terceiro requisito trazido pela Lei, *à busca por obter direta ou indiretamente vantagem de qualquer natureza*, diferentemente do que trouxe a Convenção de Palermo que previa como finalidade apenas a obtenção de benefício econômico ou outro benefício material. O referido requisito é criticado tendo em vista dizer respeito à vantagem de qualquer natureza, primeiramente porque as organizações visam o lucro em sua essência, e posteriormente porque dificulta a distinção entre organizações criminosas e grupos terroristas. (GOMES; SILVA, 2015, p. 50)

Ainda, os mesmos autores entendem que devido ao vácuo deixado pela expressão “vantagem de qualquer natureza” surge a dúvida se esta também abrange as vantagens lícitas. O posicionamento minoritário entende que sim, porém é confundido as palavras “vantagem” e “produto” do crime, o produto poderá ser lícito (dinheiro), bem como ilícito (drogas, máquinas). De outro modo, a vantagem está ligada a forma como o produto foi adquirido, devendo esta para configurar crime organizado ser ilícita, compreendendo a corrente majoritária como a impossibilidade de haver vantagem lícita como requisito para configurar o instituto, uma vez que esta sendo caracterizada não haveria que se falar em sanção penal.

O último requisito trazido pela Lei “*mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas seja superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional*”, revogou o artigo 2º da Lei n. 12.694/12 e o artigo 2º, alínea b, da Convenção de Palermo, que trazia a pena máxima igual a quatro anos.

Em que pese o fato das infrações penais serem consideradas gênero, que derivam do crime e das contravenções penais, existem apenas duas contravenções penais que o ordenamento jurídico traz com pena superior à quatro anos, presentes estas no Decreto Lei n. 6.259/44, artigos 53 e 54⁶. Portanto, se torna possível à incidência de Organização criminosa em contravenções penais, unicamente na incidência de crime dos artigos referidos. Não alcançando a Lei todas as contravenções, excluindo até mesmo a prática do jogo do bicho que teve seu início no século XX e é considerada a primeira infração penal cometida no Brasil. (GOMES; SILVA, 2015, p. 64-65)

Importante destacar a presença do crime organizado cometido por empresas, este, cominado com os elementos trazidos pela Lei, transforma a criminalidade da empresa em uma organização criminosa, desde que a obtenção da vantagem se transforme em o único meio capaz de fazer a empresa perdurar.

Outra forma trazida pela referida Lei é a *configuração de crime organizado em caráter transnacional*, ou seja, às infrações que ultrapassam fronteiras, levando para outros Países suas redes de atuação independente da pena máxima de quatro anos prevista. As organizações que cometem crimes em caráter transnacional, geralmente são as grandes empreiteiras e as multinacionais, no entanto, há outros tipos como as que praticam o tráfico internacional de órgãos, de pessoas para prostituição entre outras. Para Alberto Silva Franco (1994, p. 5):

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura

⁶ Decreto Lei n. 6.259/44, artigo 53: Colocar, distribuir ou lançar em circulação bilhetes de loterias relativos a extrações já feitas. Penas: as do artigo 171 do Código Penal;
Artigo 54: Falsificar, emendar ou adulterar bilhetes de loteria. Penas: as do artigo 298 do Código Penal.

organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; expõe meios instrumentais de moderna tecnologia, apresentam intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado.

Portanto, para restar comprovada a existência de uma organização criminosa é necessário ficar caracterizado seus requisitos estabelecidos na Lei n. 12.850/2013. Ademais, o que pode ser observado é que devido a forte expansão da globalização, o crime organizado acompanhou esse desenvolvimento e modificou sua estrutura e atuação. Assim, as antigas formas utilizadas para inibir a referida prática atualmente se mostram ineficazes, para tanto, o Estado necessitou buscar novos meios de investigação e combate às organizações criminosas, cada um destes meios possuem peculiaridades e também estão previstos na Lei n. 12.850/2013, um exemplo é a própria infiltração policial, tema que será abordado ao próximo capítulo.

3 INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

O segundo capítulo refere-se, inicialmente, à evolução da infiltração policial no combate ao crime organizado, assim como seu conceito e apresentação das modalidades existentes do instituto. Além disso, serão estudados quais os agentes policiais aptos a serem infiltrados, as características deste meio investigativo, os limites e as consequências que a atividade possui, quais são as práticas ilícitas proporcionais à atuação e a responsabilização penal que o agente infiltrado sofrerá no cometimento de excessos. Posteriormente, quais são os requisitos legais e o procedimento que a infiltração policial deverá passar antes de ser autorizada judicialmente. E, por fim, a necessária diferenciação entre o agente infiltrado e o agente provocador.

3.1 Infiltração policial no ordenamento jurídico: evolução, definição e modalidades

A infiltração policial teve sua origem com o período do absolutismo Francês mais precisamente durante o reinado de Luis XVI, quando o governo criou a figura do delator ou do *agent provocateur*. Tal figura era utilizada no intuito de descobrir os opositores ao regime. Inicialmente eles apenas observavam a conduta do povo e posteriormente informavam as autoridades competentes. Porém, com o passar do tempo observou-se que a simples vigilância não era mais eficiente, então passaram a utilizar da espionagem para a provocação de condutas consideradas ilícitas. (SILVA, 2009, p.75)

Outro assim, por mais que a figura do agente infiltrado e do agente provocador seja diferente no ordenamento jurídico brasileiro, é importante destacar que ambas tiveram sua origem no *agent provocateur*.

No Brasil, a primeira tentativa de implementar a infiltração policial como forma de repressão e prevenção aos delitos relacionados ao crime organizado foi com o projeto de Lei n. 3516/89 com autoria de Michel Temer, contudo, o projeto foi transformado na Lei n. 9034/95, os artigos 1 e 2 da referida lei foram alterados pela Lei n. 10.217/01 e a íntegra revogada pela Lei n. 12.850/2013. (GOMES; SILVA, 2015, p. 390-391)

Conforme mencionado no capítulo anterior, a Lei n. 12.850/2013 é a que atualmente define o crime organizado dispendo sobre a investigação criminal, e os meios de obtenção de prova válidos para combater as organizações criminosas. A infiltração policial está prevista no artigo 3º⁷, inciso VII e na Seção III da referida Lei, e também encontra previsão na Lei n. 11.343/2006 (Lei de drogas), em seu artigo 53⁸.

Assim, um novo meio de combate as ações do chamado crime organizado é a infiltração policial, também considerada um novo método de investigação em que cada Estado ao adotar tal técnica deve regulamentar as forças de investigação. Essa técnica hoje é utilizada nos mais diversos tipos de crime organizado, tais quais tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro, exploração sexual, tráfico de pessoas etc (SOUSA, 2015, p. 35), tendo em vista a forte expansão do crime organizado e a ineficiência dos antigos meios para inibi-la.

Acerca deste assunto, Flávio Pereira Cardoso (2007, p. 175) entende que os antigos meios utilizados para combate ao crime organizado não são mais eficazes, havendo assim a necessidade de outros métodos investigativos.

No âmbito da luta contra o crime organizado, o problema se agrava a partir da constatação de que os tradicionais meios de investigação criminal, a exemplo do interrogatório, das interceptações telefônicas, das buscas pessoais, etc., não mais se apresentam como eficazes ao combate de certas formas mais graves de criminalidade.

Importante ressaltar que mesmo havendo previsão do instituto da infiltração policial na legislação brasileira, as leis antes referidas não a conceituaram, diferentemente das organizações criminosas. Dessa forma, coube à doutrina esse importante papel. Veja-se:

⁷ Lei n. 12.850/2013, artigo 3º: Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

⁸ Lei n. 11.343/2006, artigo 53: Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em Lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

Nas leis brasileiras, diferentemente da legislação portuguesa e da espanhola, nenhuma referência há quanto à elaboração de relatório por parte da polícia, omitindo-se o legislador de fixar critérios objetivos para a utilização da técnica da infiltração, deixando de estabelecer limites legais de atuação, isenção de responsabilidade, tempo de duração, ou critérios de proporcionalidade, mesmo em se tratando de ação nitidamente limitadora de direitos e garantias constitucionais, remando na contramão dos países de Constituições de cunho humanístico e democrático. (MOURA, 2013, p. 192-193)

Para Mendonça e Carvalho (2012, p. 277) essa técnica de investigação se caracteriza pela introdução autorizada de um ou vários agentes de polícia ou de inteligência para agir como se fossem membros de organizações criminosas, com o intuito de descobrir ações delitivas passadas e prevenir futuras. Ou seja:

Infiltra-se no seio da organização criminosa, passando a integrá-la como se criminoso fosse – na verdade, como se um integrante fosse. Agindo assim, penetrando no organismo e participando das atividades diárias, das conversas, problemas e decisões, como também por vezes de situações concretas, ele passa a ter condições de melhor compreendê-la para melhor combatê-la através de repasse de informações às autoridades. (MENDRONI, 2007 p. 54)

O agente infiltrado é um membro da polícia, que com autorização do juiz, oculta sua identidade e se insere em uma organização criminosa, ganhando confiança dos membros desta. Dessa forma, consegue informações sigilosas para comprovar o cometimento de delitos e ter provas para identificar os autores. (NEINSTEIN, 2006, p. 44)

A infiltração de agentes é uma técnica de investigação criminal ou uma forma de obter prova, pelo qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial se infiltra em uma organização criminosa, simulando a condição de integrante para obter informações acerca do seu funcionamento. (SILVA, 2009, p. 74)

Conforme visto, pode-se observar que apesar de não haver um conceito definido pelo legislador, não há a presença de divergências doutrinárias no que diz respeito à conceituação do instituto do agente infiltrado. Portanto, se trata de um agente da polícia, devidamente treinado e com autorização judiciária que se infiltra em uma organização criminosa, para coletar provas e investigar ações cometidas por membros, para auxiliar a diminuir os delitos cometidos por estes.

Sobre o funcionamento da investigação, o autor Rafael Pacheco (2008, p. 109), entende que:

Uma vez infiltrado e frequentando o mesmo ambiente da organização criminosa, os agentes são capazes de presenciar, em primeiro plano, discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso. Essas discussões frequentes relatam crimes consumados ou resultam no planejamento e cometimento de novos crimes. É aqui que se espera estar o agente infiltrado, posto a observar o desenvolvimento dos fatos de forma sempre adequada aos fins da persecução penal provendo abundante informação sobre o esquema e funcionamento da organização.

Ainda, há a incidência de duas modalidades de infiltração policial baseadas no fim que se procura alcançar. São elas divididas em *light cover* (infiltração leve) e *deep cover* (infiltração profunda). (LAMEIRÃO, 2014, p. 46) A infiltração leve, é a que dura menos tempo, em geral não mais que 6 meses e não exige a continuidade criminosa, é aquela que não precisa de um grande planejamento e permanece sua identidade e sua estrutura policial. Exige menos experiência por parte do infiltrado e não obrigando que este permaneça vinculado. (GOMES; SILVA, 2015, p. 395)

Já a denominada infiltração profunda, tem uma duração maior, excedendo os 6 meses e exige total imersão por parte do infiltrado. É nesse tipo de modalidade que o agente precisa de uma falsa identidade, demandando até mesmo afastamento de sua vida social e familiar, podendo causar sequelas ao agente. (ONETO, 2005, p. 81-82)

Para Gomes e Silva (2015, p. 396), a Lei n. 12.850/2013 em seu artigo 10, parágrafo terceiro, admitiu a infiltração de agentes na modalidade *deep cover*, pois a lei previu que a infiltração seria admitida no prazo de 6 meses, mas admitiu a renovação do prazo se comprovada necessidade. Também, a referida lei permitiu o uso da falsa identidade e a medida de proteção a testemunhas.

Portanto, a infiltração de agentes se trata de uma medida que busca a coleta de provas nos delitos cometidos por organizações criminosas. Porém, não são todos que possuem legitimidade para se tornar um agente infiltrado, ademais à atuação destes investigadores possui características próprias que deverão ser observadas durante a investigação.

Conforme o artigo 10, da Lei n. 12.850/2013⁹ quem pode atuar como agente infiltrado são os policiais que pertencem ao quadro da polícia judiciária, excluindo os agentes de inteligência, conforme previa a Lei n. 9034/1995.

A constitucionalidade da permissão contida na Lei n. 10.217/2001 parece ser duvidosa ao prever que agentes de inteligência possam ser infiltrados, na medida em que para tais agentes, não são cometidas funções de polícia judiciária. Dessa forma, eles não poderiam ser legitimados para coletar provas voltadas às futuras utilizações no processo penal, que é única causa legítima capaz de fundamentar as violações à intimidade e outros direitos fundamentais que implicam a atividade da infiltração policial. (PACHECO, 2008, p. 115)

A infiltração de agentes busca apurar infrações penais, especificadamente as cometidas por organizações criminosas. Dessa forma, não há como agentes de inteligência exercer esta função, tendo em vista não terem função de coletar informações e provas para o processo. De outro modo, o artigo 144 da Constituição Federal delimita a atuação das polícias e apenas os agentes integrantes da polícia repressiva poderão se infiltrar em organizações criminosas. (SOARES, 2015, p. 144)

Ademais, o artigo 4 da Lei n. 9.883/1997 que institui o Sistema Brasileiro de Inteligência e as atribuições da ABIN, não disciplina a investigação policial como atribuição do instituto, sendo assim, os agentes de inteligência restam excluídos da lista de competentes para realizar a infiltração policial. (SOUSA, 2015, p. 42)

Outrossim, restam proibidos também particulares se infiltrarem em organizações criminosas, tendo em vista não possuírem adequada preparação psicológica e profissional. Assim, poderiam se entregar à corrupção por medo ou outros motivos determinantes, colocando em risco os fins da atuação, por não serem pessoas formadas no âmbito policial. (PEREIRA, 2007, p. 216)

Para Gomes e Silva (2015, p. 399) a infiltração de particulares é proibida uma vez que as provas coletadas seriam consideradas ilícitas, e também levando

⁹ Lei n. 12.850/2013, artigo 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.

em consideração o extremo risco da atividade, a infiltração policial deve ser restrita a apenas agentes policiais especializados e treinados. Veja-se:

Não se pode considerar como agente infiltrado todo e qualquer agente de polícia, mas somente aqueles que são membros da polícia repressiva, que seriam os policiais federais e civis – não abrangendo os militares, rodoviários, ferroviários, membros da polícia ostensiva, etc. (NEISTEIN, 2006, p. 101)

Portanto, sob essa ótica pode atuar como agente infiltrado os servidores públicos, concursados e diretamente ligados ao quadro de investigação, membros da Polícia Civil e da Polícia Federal. Além disso, para infiltrar um agente em uma organização criminosa é necessário realizar um árduo treinamento, tais quais, sobrevivência, postura e também acompanhamento psicológico, que lhe de estrutura para concluir a infiltração, independente do tempo que será necessário.

O agente infiltrado, segundo Silva (2003, p. 86), apresenta algumas características que facilitam sua identificação, são elas: i) a dissimulação, ou seja, a ocultação de agente de polícia e de suas intenções; ii) o engano, tendo em vista que em toda infiltração policial o agente necessita obter a confiança dos membros da organização criminosa; iii) a interação, que significa a relação direta entre o investigado e o investigador.

Filho (2006, p. 89) compreende que a infiltração de agentes deve possuir algumas características elementares, tais quais: a dissimulação, o engano e a interatividade, sendo que a ausência dessas inviabilizaria toda a investigação. Além disso, tendo em vista o risco da atuação, o agente infiltrado deve ser alguém rigorosamente treinado, possuir falsa identidade, assim como uma equipe de apoio durante todo tempo que perdurar a atuação, para lhe prestar assistência e encaminhar as informações produzidas à autoridade competente.

Pereira (2008, p. 13) entende como uma das características básicas do agente infiltrado a ocultação de sua verdadeira identidade, deve ele abusar da confiança dos membros das organizações e conseguir enganar estes mesmos membros sobre sua identidade. Ainda, o autor Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 134) compreende a existência de três características:

[...] Esta deve apresentar três características: a dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial, o engano, que permite ao

agente obter a confiança do suspeito e a interação, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.

Ou seja, o agente infiltrado se caracteriza como aquele que oculta a sua verdadeira identidade, para obter a confiança dos agentes do crime, tornando-se aparentemente um deles, com intuito de ter acesso a informações relevantes para a investigação. Contudo, para que as informações obtidas por esse meio de investigação sejam aproveitadas, é necessário o agente infiltrado observar os limites previstos em sua atuação.

O artigo 10, parágrafo quinto da Lei n. 12.850/2013¹⁰, prevê que no curso da infiltração policial, o delegado de polícia pode, quando achar necessário, requerer ao agente infiltrado relatórios da atividade, solicitando ainda, o Ministério Público informações sobre o andamento das investigações.

Para Sousa (2015, p. 96) isso ocorre porque a infiltração policial em organizações criminosas deveria ser integralmente monitorada pela equipe responsável, dessa forma, poderia dar auxílio direto ao agente infiltrado.

Ademais, é conforme essas informações trazidas pelos agentes em seus relatórios, que os responsáveis pela infiltração decidirão sobre o prosseguimento da operação ou requisitar outras medidas necessárias judicialmente – busca e apreensão, prisões em flagrante, interceptações telefônicas e etc.,. Ou seja, por mais que a Lei não preveja o controle da atividade, é necessário que o agente forneça relatórios em um prazo não superior a 15 dias. (SOUSA, 2015, p. 97)

Pode-se observar que este controle é feito tanto em prol do agente infiltrado, quanto uma maneira de limitar a sua atuação, isto porque existem condutas que o infiltrado não pode praticar e outras que deve observar a proporcionalidade para que seja isento de punição. Ou seja:

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 civil para o Estado, invasão de

¹⁰ Lei n. 12.850/2014, Art. 10, parágrafo quinto: 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 da infiltração.

interesses constitucionais ou outros interesses legais, além do risco de envolvimento do policial na conduta ilegal que se quer debelar. (PACHECO, 2008, p. 143)

Conforme o artigo 13 da Lei n. 12.850/2013¹¹, toda conduta que desrespeitar a proporcionalidade deverá ser punida. O agente só será isento quando comprovado que tal conduta era a única cabível a situação, no sentido de preservar sua vida, preservar a investigação ou a integridade física de terceiro envolvido, assim, conclui-se que o agente infiltrado pode vir a cometer infrações penais. (GOMES; SILVA, 2015, p. 410)

Ou seja, enquanto agente infiltrado, o membro da polícia deverá respeitar a proporcionalidade de sua atuação, pois conforme o disposto na lei, atos ilícitos que sejam considerados excessivos deverão, em regra, resultar na responsabilização penal a aquele que os cometeu.

Uma parte da doutrina interpreta que prática de condutas ilícitas por parte do infiltrado é inevitável. Isso porque é necessário que participe das atividades desenvolvidas pelas organizações criminosas. Entende-se, que caso este negar participação, os membros das organizações podem vir a desconfiar da identidade real do agente. (ONETO, 2005, p. 81)

De outro modo, a outra parte da doutrina compreende que a prática de condutas delitivas não se faz necessário. Assim, compreende Pacheco (2008, p. 126) que a maioria das organizações criminosas está em situação pré-mafiosa, o que torna mais fácil entrar nelas sem o cometimento de crime. Quanto ao teste de fidelidade, o autor entende que ocorre nas organizações mais violentas, dessa forma, nem sempre o cometimento de atos ilícitos é necessário para a investigação ser realizada.

Todavia, partindo do entendimento da autora Isabel Oneto (2005, p. 81):

O agente infiltrado, durante o seu trabalho, depara-se frequentemente com uma situação ambígua, uma vez que tem de inserir-se num meio criminoso sem poder adoptar o comportamento delituoso dos seus actores. Aliás, assinala que tal situação nem sempre é realizável, pois é

¹¹ Lei n. 12.850/2013, 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.

precisamente com a prática de alguns delitos que o agente infiltrado ganha a confiança do restante dos membros do grupo.

Pode-se observar que a Lei n. 9.034/95 não dispunha em seus artigos sobre a responsabilidade penal do agente infiltrado, em contrapartida, a Lei n. 12.850/2013 em seu artigo 13 ressalva que a proporcionalidade deverá ser observada ante o cometimento de infrações penais. Porém, não ressalva quais os crimes que podem vir a ser cometidos.

Assim, Sousa (2015, p. 109) considera como hipóteses permissivas aos agentes infiltrados praticarem condutas definidas como crime quando: a) se a ação for fundamental para a manutenção da falsa identidade do policial infiltrado e para o segredo da operação de infiltração; b) para evitar morte ou grave lesão à pessoa do agente infiltrado, esposa, irmãos ou pais. Ainda, o mesmo autor compreende que:

Como exemplo da ilicitude da prova colhida pelo agente infiltrado que se torna agente provocador, cite-se o caso do policial, que, após ganhar a confiança e certo grau de autonomia dentro de um grupo criminoso de assaltantes de banco, propõe o assalto a uma agência bancária, sem que tal ação tivesse como ponto de partida qualquer comportamento dos demais integrantes da organização. (SOUSA, 2015, p. 110)

Portanto, sob essa ótica, observa-se que as condutas ilícitas praticadas por agentes infiltrados, quando necessárias e sem o uso do excesso, não vem a responsabilizá-lo penalmente. Porém, este deverá sempre observar a proporcionalidade da ação, assim como, não poderá instigar o cometimento de crimes, pois invalidará a prova e se tornará um agente provocador.

Para Rocha (2001, p. 155) apesar de haver legislações que tenham normas que preveem a exclusão de responsabilidade pelos delitos praticados pelos agentes infiltrados, na doutrina não existe uma resposta incontroversa, ou seja, enquanto algumas são contrárias à exclusão da responsabilidade em qualquer caso, outras como a dos EUA, a exclusão apenas não se aplica aos delitos contra a vida, de violação e os praticados pelo agente em seu próprio benefício.

Desse modo, observa-se que a dificuldade é a posição que deve ocupar a causa de exclusão do ato ilícito cometido, como uma escusa absolutória, que implica no reconhecimento do crime ou como uma causa de exclusão da ilicitude

ou da culpabilidade, caracterizado pelo estrito cumprimento do dever legal ou do exercício regular de um direito. (ROCHA, 2001, p. 156)

Parte da doutrina classifica a ação dos policiais como o estrito cumprimento do dever legal, o que justifica tal causa de exclusão da ilicitude é a existência de lei ou de ordem de um superior hierárquico. No entanto, a outra parte da corrente defende a isenção de culpabilidade com fulcro na inexigibilidade de conduta adversa, ou seja, que não poderia exigir do agente infiltrado uma conduta diferente daquela praticada, tornando-se impunível. (JOSÉ, 2010, p. 78-79)

Em relação a esse assunto, o autor Rafael Rodrigo Pacheco Salaroli (2010, p. 90) entende que:

A defesa da ideia é oriunda da preservação da medida, pois caso o agente infiltrado decida não participar da empreitada criminosa, pode comprometer a finalidade perseguida com a infiltração ou por em risco a própria vida, ou seja, não haveria alternativa senão a prática do crime.

Uma terceira corrente doutrinária defende a atipicidade da ação do agente, por ausência de dolo tendo em vista o agente infiltrado não agir com a intenção de praticar crime, mas sim, de apenas investigar e obter provas. (SALAROLI, 2010, p. 92)

E por fim, a maior parte da doutrina defende a escusa absolutória como uma forma de não responsabilizar as condutas praticadas pelos agentes infiltrados. (JOSE, 2010, p. 80) As escusas absolutórias são fundamentadas em motivos de conveniência e transitórios, ou seja, é reconhecido o crime, mas excluído a imposição da pena. (SALAROLI 2010, p. 90-91)

Ainda, o mesmo autor afirma que o mais coerente é a análise de cada caso concreto antes de utilizar quaisquer mecanismos de responsabilização previstos no Direito Penal, tendo em vista não poder ser admitido o cometimento de crimes. Ainda, aduz que o instituto carece de previsão no que tange as condutas inaceitáveis, pois só assim seria possível aplicar medidas cabíveis e corretas.

3.2 Dos requisitos e o procedimento para a infiltração policial

Para que a infiltração policial seja viabilizada, é necessário inicialmente preencher alguns requisitos, são eles: i) indícios de crime de participação em organização criminosa; ii) requerimento do Ministério Público concomitante com a

Autoridade Policial; iii) demonstração de indispensabilidade da infiltração; iv) sigilo.

O primeiro requisito diz respeito ao dispositivo contido no artigo 1, parágrafo primeiro, da Lei n. 12.850/2013 e no artigo 53, inciso I da Lei n. 11.343/2006. Tais artigos remetem à ideia de que a infiltração policial só poderá ser autorizada se houver indício de existência de uma organização criminosa, não podendo se valer de tal técnica de investigação as associações criminosas, tampouco as milícias. (GOMES; SILVA, 2015, p. 401)

Nesse aspecto, observa-se que a Lei n. 12.850/2013 foi mais restrita em relação à Lei n. 9.034/95, pois a última permitia tal técnica de investigação havendo suspeita de quadrilha ou bando – atualmente as chamadas associações criminosas.

Para Mendroni (2007, p. 64), a medida da infiltração policial é necessária para a ação controlada dos delitos cometidos pelas organizações criminosas, pois é mais eficaz na formação da prova e no fornecimento das informações necessárias.

Importante lembrar que além das organizações criminosas, só poderão fazer uso da infiltração policial como método de investigação os casos de tráfico de drogas, isto porque, a Lei que trata do delito prevê em seu artigo 53, inciso I o uso deste procedimento.

O segundo requisito é *o requerimento do Ministério Público com o parecer da Autoridade Policial*, este requerimento faz-se necessário, tendo em vista o juiz não poder conceder a autorização para infiltração policial de ofício sob pena de não ser considerado parcial. (GOMES; SILVA, 2015, p. 402)

Assim, entende Fernando Cezar Bourgoigne Almeida (2010, p. 103), acerca da autorização judicial:

A nova redação não menciona que o juiz pode autorizar a infiltração policial de ofício. Dessa forma, pressupõe-se anterior solicitação. Assim, a necessária imparcialidade do julgador o impede de atuar como sujeito ativo da produção da prova, cabendo-lhe a atuação mediante provocação do legítimo interessado.

Isto é, para que o magistrado possa autorizar a infiltração policial, é necessário que o principal interessado provoque essa produção de prova, requerendo e demonstrando o juiz sua necessidade.

A representação do Delegado de Polícia ou do Ministério Público deverá conter obrigatoriamente cinco elementos: i) a demonstração de indícios de materialidade; ii) demonstração de necessidade da medida; iii) indicação do alcance das tarefas; iv) definição dos nomes ou apelidos; v) local da infiltração. (NUCCI, 2013, p. 79-80)

Ainda, o mesmo autor entende que é necessário o parecer do delegado de polícia quando for o representante, pois é ele que irá apresentar o quadro técnico dos aptos para a missão. Veja-se:

[...] podem fazê-lo o Ministério Público ou a Autoridade Policial, pois a lei prevê o procedimento em qualquer fase da persecução penal, comportando a fase de inquérito e a ação penal propriamente dita, deixando a cargo do promotor ou do delegado de polícia a demonstração de que a medida encontra porto no grupo criminoso investigado. (PACHECO, 2008, p. 119)

Quando o requerimento for feito por parte da autoridade policial, o Ministério Público deve ser ouvido para dar seu parecer jurídico por ser o titular da ação penal pública, importante destacar que este parecer é vinculante para o juiz. (GOMES; SILVA, 2015, p. 403)

Pereira (2007, p. 11) entende ser necessária a ação conjunta do Ministério Público e da autoridade policial antes da autorização judicial, para que haja um planejamento operacional, analisando a necessidade de utilizar este método de investigação, uma vez que poderão vir a serem violados direitos fundamentais das pessoas investigadas.

A doutrina traz como terceiro requisito a *demonstração de indispensabilidade da infiltração* este requisito tem caráter excepcional, ou seja, só pode ser autorizada a infiltração policial como meio de prova quando não houver outro meio de investigação do delito menos gravoso. (PEREIRA, 2007, p. 183)

Sobre a excepcionalidade da medida, o autor Fernando Cezar Almeida (2010, p. 109) afirma que:

Trata-se de medida excepcional, vez que restringe os direitos tutelados pela Constituição Federal. Por essa razão, o magistrado somente deve deferir a medida se a prova buscada não puder ser obtida de outro modo. É o caráter subsidiário da infiltração de agentes, que somente pode ser utilizada quando imprescindível para a obtenção das informações que se pretende. Ademais, além da violação dos direitos do investigado, a operação envolve grave risco ao agente. Portanto, deve sempre ser o último recurso investigativo a que se deva recorrer.

Pereira (2007, p. 183) entende que a atuação do agente infiltrado é compreendida como *ultima ratio*, justificando esse requisito uma vez que seria desproporcional a infiltração de agentes para investigar um furto a um aparelho de som de uma residência.

Como quarto requisito, os autores Gomes e Silva (2015, p. 403) trazem a *prévia, circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial*. A decisão que autoriza a infiltração policial deve ser motivada, assim como todas as decisões judiciais, isso porque a própria Lei n. 12.850/2013 em seu artigo 10 prevê tal necessidade.

Na autorização judicial deverá conter o objeto e o conteúdo da atividade que poderão ser expandidas ou restringidas dependendo do andamento da prática. Ademais, além da autorização, o documento deverá conter os instrumentos de proteção, tal qual a identidade falsa, a discriminação dos meios empregados, o prazo que perdurará a infiltração policial e principalmente, os direitos fundamentais que podem vir a ser violados. (ROCHA, 2001, p. 152) Nas palavras de Rafael Pacheco (2008, p. 119):

Uma vez constatado pelo juiz de que realmente se trata de caso para concessão da medida e, destarte, não contenha a lei qualquer menção quanto à execução do procedimento, é imprescindível que o magistrado defina os limites dessa atuação na ordem permissionária para evitar o esvaziamento dos direitos e garantias em risco, bem como controlar a atuação do infiltrado. (PACHECO, 2008, p.119)

Segundo o artigo 10, parágrafo terceiro da Lei n. 12.850/2013¹² a infiltração policial será autorizada pelo prazo de até seis meses, podendo haver renovação do prazo desde que comprovada necessidade.

Assim, a autorização para prorrogação do prazo também fica a cargo do juiz, que analisará a necessidade de expandir o prazo. Relembrando que não poderá a infiltração policial ter caráter permanente e indefinido. (NUCCI, 2015 p. 78)

Para Ferro, *et al.* (2014, p. 190) a exigência da motivação trazida pela doutrina exige do magistrado a exposição, na autorização da ação, as razões que o levaram à autorizar a atividade e a restringir um direito fundamental que pertence ao investigado. Além disso, a referida decisão deve ser sigilosa tendo em vista a atividade também possuir natureza jurídica que necessita de sigilo.

Salarole (2010, p. 85) entende que por se tratar de uma medida cautelar, o pedido deve ser mantido em absoluto sigilo no que perdurar a infiltração policial, pois não é razoável conceber uma infiltração policial sem caráter sigiloso e também pela própria Lei regulamentar em seu artigo 10 e 12 a necessidade.¹³

Sobre a natureza sigilosa da infiltração policial, o autor Jayme José de Souza Filho (2006, p. 90) afirma que:

O sigilo por sua vez, é imprescindível para a eficiência deste instituto, bem como, para a preservação da integridade física do agente, tratando-se a infiltração como método de eminente risco para o servidor operante. (FILHO, 2006, p. 90)

O quinto requisito trazido por Gomes e Silva (2015, p. 402) é o *fumus boni iuris (fumus commissi delicti) e pericullum in mora*, tal requisito aborda a importância da existência de uma organização criminosa para que haja a infiltração policial,

¹² Parágrafo 3, do artigo 10 da Lei n. 12.850/13: A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade

¹³ Lei n. 12.850/2013, artigo 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.

Artigo 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.

por esta atividade se tratar de uma medida cautelar probatória. Além disso, deve-se demonstrar os riscos - tanto para a investigação, quanto ao cometimento de novas infrações - em não realizar a atividade de forma imediata.

E como último requisito a *anuência do agente policial*, este é de importância, uma vez que a infiltração policial jamais deverá ocorrer se o infiltrado não tiver livremente aceitado participar da atividade. Gomes e Silva (2015, p. 404) trazem que a própria lei permite a recusa, então o agente policial não está cometendo um ato ilícito, de insubordinação e tampouco de violação aos seus direitos funcionais ao negar-se. Dessa forma, não irá responder na esfera administrativa e sequer é exigida motivação a sua recusa.

Portanto, observa ser necessário para que a infiltração policial seja concedida a autorização judicial devidamente motivada e indícios da existência de uma organização criminosa. Ainda, a infiltração policial deverá ser o único meio de investigação cabível, não havendo quaisquer outros meios igualmente eficazes e a completa anuência por parte do agente policial que irá infiltrar-se.

3.3 Agente infiltrado e agente provocador

Conforme relatado anteriormente, o agente infiltrado e o agente provocador possuem raiz histórica comum no século XVI, ambas às figuras tinham a mesma designação do agente provocador, sendo que, apenas séculos depois o agente infiltrado surgiu e diferenciou-se do provocador doutrinariamente e legislativamente, devido a isso surge à necessidade de diferenciar os institutos.

A figura do agente infiltrado foi criada como uma forma de combate ao crime organizado, este mediante autorização judicial infiltra-se em uma organização criminosa para coletar provas acerca do funcionamento das organizações criminosas. Ou seja:

Conforme definido linhas atrás, o agente infiltrado, para fins deste trabalho, é o agente da autoridade policial (civil ou federal), admitido mediante concurso público que, designado por seu superior e após o devido treinamento, busca sua aceitação e admissão no grupo criminoso para, uma vez integrado à máquina delituosa, angariar provas necessárias à comprovação dos crimes cometidos, bem como à

apuração da responsabilidade penal dos autores, com o consequente desmantelamento da organização criminosa. (SOUSA, 2015, p. 44)

Assim, o infiltrado deve apenas observar as atividades realizadas pelos grupos criminosos, participando apenas quando necessário dos atos delituosos e de condutas típicas elaboradas pelos membros reais das organizações criminosas. Ou seja, as atividades delituosas devem sempre partir dos membros reais e jamais do agente infiltrado. (ONETO, 2005, p. 27)

Caso o agente comece a influenciar o comportamento dos investigados e induzir ao cometimento de crimes, a sua conduta não é mais de agente infiltrado, mas sim de agente provocador. (JOSÉ, 2010, p. 97)

No caso do agente infiltrado, o membro da organização criminosa cometeria o delito independente da sua atuação, enquanto agente estatal, porque ele tem como dever receber informações e aguardar provas. De outro modo, o agente provocador parte para a provocação do delito, dessa forma, interfere significativamente nos acontecimentos. (ALMEIDA, 2010, p. 143)

Mendroni (2007, p. 90) entende que não há como confundir ambas as figuras, pois o agente infiltrado age com autorização, é sempre passivo e atua somente quando necessário para manter oculta sua real identidade. Já o agente provocador atua de forma ofensiva, dando causa à prática criminosa, como por exemplo, um policial que solicita a um possível traficante que lhe venda drogas para demonstrar sua culpabilidade.

Acerca da diferenciação entre agente infiltrado e agente provocador, Rafael Pacheco (2007, p. 139), entende que:

A diferença entre o agente provocador e o infiltrado, é que este não exerce qualquer influência na determinação de praticar o crime, enquanto aquele contraria o Estado Democrático de Direito, que repudia a primeira conduta, especialmente se praticada por um representante seu, que tem o dever de coibir a prática de crimes.

Assim, a atuação passiva do agente infiltrado encontra-se amparada pelo ordenamento jurídico pátrio. Enquanto as condutas cometidas pelo agente provocador, de induzir e instigar não encontra abrigo legal e são repudiadas pela doutrina, uma vez que são inseridas no contexto de crime impossível. (MARIATH, 2009, p. 6)

Sousa (2015, p. 45) conceitua o agente provocador como todo agente, que no desempenho irregular de suas funções, instiga uma conduta criminosa de terceiro, tomando todas as medidas para que o autor seja surpreendido em flagrante, dando causa ao chamado crime impossível.

Bosnich (2016, p. 116) relata que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao dispor que induzir a prática de delitos torna impossível a prisão daquele que cometeu o crime, pois a influência pelo agente provocador torna o delito impossível.

Para Almeida (2010, p. 149) a provocação do crime pelo agente estatal infiltrado na organização criminosa leva à ilicitude da prova colhida, e seu efeito prejudica tanto a responsabilização dos integrantes pelo crime que foram conduzidos a cometer, quanto à credibilidade do restante das provas colhidas por aquele agente.

Ainda, o fato de um agente induzir um membro da organização à prática de um crime para, em seguida responsabilizá-lo, afronta o princípio da dignidade humana. Pois, não cabe ao Estado “testar” pessoas a fim de adquirir honestidade e resistência ao cometimento de delitos. (ALMEIDA, 2010, p. 149)

Portanto, se percebe a necessidade de diferenciar ambos os institutos, ou seja, por mais que se confundam, o agente infiltrado tem respaldo legal e é autorizado judicialmente para infiltrar-se em uma organização criminosa no intuito de investigar, coletar provas e ser agente passivo, observando atos criminosos que partem dos membros reais do grupo organizado. Enquanto o agente provocador induz os membros da organização criminosa ao cometimento de delitos para só então conseguir provas em desfavor destes, este instituto, não possui previsão legislativa e as provas coletadas são consideradas ilícitas, uma vez que a doutrina as entende como crime impossível.

Diante isso, observa-se a necessidade da infiltração policial ser previamente autorizada e controlada pelo juiz, Ministério Público e o delegado responsável, assim, se torna um forte meio de combate ao crime organizado, tornando as provas colhidas válidas e passíveis de utilização na persecução criminal, desde que haja também, a observância dos princípios e a constitucionalidade do instituto, tema que será estudado ao próximo capítulo.

4 A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO POLICIAL NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

O estudo do último capítulo deste trabalho terá como enfoque a compatibilidade constitucional da infiltração policial. Para tanto, será explanada a utilização da infiltração de agentes no direito comparado, em países como os Estados Unidos da América, Portugal, Alemanha e a Argentina, que possuem legislação semelhante ao do ordenamento jurídico Brasileiro. Posteriormente, serão abordados os princípios do devido processo legal, do contraditório e a aplicação do princípio da proporcionalidade na infiltração policial. E por fim, a validade que as provas constituídas durante a infiltração policial possuem e se elas poderão servir como base para uma possível sentença condenatória.

4.1 Direito comparado

Primeiramente, antes da abordagem da infiltração policial no ordenamento jurídico e da constitucionalidade ou não desta medida investigativa, será analisada a regulamentação deste tema no ordenamento jurídico de outros países. Tal abordagem se faz necessária tendo em vista a infiltração de agente ser um método encontrado em grande parte dos países do mundo.

Oneto (2005, p. 96) relembra vários países também adotam esta técnica de coleta de provas, ainda que, em outros locais do mundo não esteja positivada.

Ainda, a relevância do estudo do direito comparado se justifica tendo em vista ser a infiltração policial um método de persecução penal adotado mediante experiências estrangeiras, o qual apresentou sucesso no combate ao crime organizado. Esta medida foi experimentada principalmente no sistema jurídico norte-americano e fez com que a ONU elencasse esta técnica de investigação na Convenção de Palermo. (SOUSA, 2015, p. 51)

Portanto, visto que a infiltração policial no combate ao crime organizado restou importada do direito estrangeiro para o sistema jurídico brasileiro, a abordagem da forma com que esta técnica é utilizada no direito comparado denota-se essencial.

A infiltração de agentes em organizações criminosas nos *Estados Unidos da América* difundiu-se no início o século XVIII, tendo se desenvolvido expressivamente em razão da grande urbanização em conjunto com as mudanças nas leis penais. Atualmente, é um dos meios mais utilizados pelos norte-americanos na produção de provas. (BOSNICH, 2016, p. 110). Segundo o autor

Pacheco (2008, p. 22), o agente infiltrado é o meio de investigação mais utilizado pelos organismos policiais norte-americanos.

Nos Estados Unidos da América, são admitidas a compra de substâncias proibidas e a constituição de empresas fictícias para serem utilizadas nas operações de infiltração. (BOSNICH, 2016, p. 110)

Palmiotto (2013, p. 92) entende que a função do agente infiltrado é a busca por informações sobre as atividades criminosas trabalhando junto com a organização, cujos objetivos são a obtenção de provas para a persecução penal.

Além disso, permite-se a infiltração policial de particulares, os considerados informantes, ainda, há imunidade total para que funcionários policiais que na competência que lhe são atribuídas, realizem a operação encoberta. (ONETO, 2005, p. 105)

A infiltração policial, assim como em nosso sistema jurídico, deverá ser autorizada e o cometimento de crimes por parte dos agentes será aceito desde que haja autorização judicial para tanto. Veja-se:

Outro aspecto digno de nota, e que parece impensável no ordenamento jurídico brasileiro, é a possibilidade de autorização verbal de execução de medida de infiltração, para o caso de urgência, cujo procedimento ordinário não seja adequado às finalidades da medida. (SOUSA, 2015, p. 69)

Vale salientar que também há a imposição de limites, tais quais a vedação de benefícios próprios, a violação a preceitos constitucionais – salvo se houver autorização, compensações sexuais, a intimidação ou ameaça aos investigados e a iniciativa no cometimento de delitos pelo investigador. (BOSNICH, 2016, p. 111)

No que tange aos pressupostos para a infiltração policial ocorrer, estes ficam a cargo dos órgãos de investigação federal nos EUA, tais quais, o *Federal Bureau Of Investigation* (FBI), e a *Drug Enforcement Administration* (DEA). Nesse aspecto, o FBI determina a realização de um relatório requerendo o uso da medida, os riscos da operação, os riscos de responsabilização civil do governo no caso de alguma perda, possíveis violações as garantias constitucionais e as condutas praticadas pelos agentes policiais. Caso haja a autorização, sua medida persistirá enquanto necessária, não podendo ser prolongada por mais de 6 meses sem nova autorização. (SOUSA, 2015, p. 67-68)

Ainda, existem elementos que constam no manual do FBI com regras que determinam comportamentos delituosos que o agente infiltrado possa ter cujas justificativas só poderão ocorrer no caso de: a) imprescindibilidade da ação para coleta de evidências e necessárias informações para o sucesso da operação; b) fundamental para manter a falsa identidade do agente policial; c) prevenir a morte ou grave lesão.

Outrossim, há ainda a existência da *entrapment defense* aplicável no caso de haver provocação policial, e tem por objetivo evitar a persuasão dos cidadãos para que cometam crime pelo próprio Estado e impedir práticas policiais excessivas, é considerada uma prevenção a condutas excessivas cometidas por policiais. (ONETO, 2005, p. 37)

Sousa (2015, p. 72), conclui ser uma tese defensiva pela qual se intenta a anulação de todas as provas colhidas numa investigação, no qual o uso da infiltração policial seja realizado com excessos na ação do agente infiltrado.

Destarte, esta tese demonstra ser congênere ao flagrante preparado, estudado anteriormente, por ato em que o agente infiltrado influencia o investigado na prática de delitos, para posteriormente, o prender em flagrante.

Em *Portugal*, é a Lei n. 101/2001 é a que dispõe acerca da infiltração policial na legislação, sendo que o artigo 2¹⁴ da referida lei traz consigo um rol de crimes em que a infiltração policial é admissível.

¹⁴ Artigo 2, Lei n. 101/2001: As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes:

- a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido;
- b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;
- c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;
- d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns;
- e) Tráfico de pessoas;
- f) Organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo;
- g) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão;
- h) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;
- i) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios;
- j) Associações criminosas;
- l) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- m) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos;
- n) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências;
- o) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção;
- p) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática;

Embora no referido país não exista uma lei específica que trate do crime organizado, é importante destacar que a infiltração policial como método para inibir práticas delituosas cometidas pelas organizações, não possuem caráter investigativo, mas sim preventivo. (BOSNICH, 2016, p. 113-114)

Além disso, não existe a necessidade de o agente infiltrado ser policial, devendo apenas atuar sob o controle da Polícia Judiciária. (VALENTE; *et al*, p. 43) Porém, quando realizada durante o inquérito policial, deve haver autorização do representante do Ministério Público ou o Juiz, de acordo com o artigo 3, n. 3, da Lei.

Com relação ao prazo a lei não especifica, mas solicita que o representante do Ministério Público ou o Juiz fixe com base na proporcionalidade. Ainda, exigem-se relatórios das atividades ao seu final, com prazo máximo de 48 horas.

É importante destacar que o legislador português permitiu, no país, a atuação de agentes infiltrados de outros Estados, segundo a Lei n. 104/2001, alterados ao artigo 160-B 1 e 3, da Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. Por fim, o artigo 6¹⁵ da referida Lei, traz consigo a autorização para que o agente infiltrado pratique delitos, isentando o agente infiltrado de responsabilização pela prática de atos preparatórios ou de execução, desde que atendida à proporcionalidade da finalidade.

Na *Alemanha*, segundo o artigo 110, alínea a, do stPO, para que a infiltração policial seja permitida é necessário que as provas não possam vir a ser obtidas de outra maneira. Além disso, é imprescindível o crime ser grave e associado ao tráfico de drogas, falsificação de moedas, documentos ou valores, acerca da segurança do Estado, ou que os delitos sejam praticados por grupos criminosos.

Ademais, conforme a alínea “e” do referido artigo a infiltração de agentes só poderá ocorrer se presentes indícios de autoria e materialidade delitiva, ou por perigo de repetição.

-
- q) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional;
r) Contrafação de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem;
s) Relativos ao mercado de valores mobiliários.

¹⁵ Artigo 6, 1 – Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

De acordo com José (2010, p. 140) assim como no Brasil, na Alemanha também não há definição jurídica adequada acerca o crime organizado. Conquanto, nos últimos 25 anos tem sido buscado métodos investigativos para a inibição do crime organizado, para tanto, o agente infiltrado foi introduzido na Lei contra o tráfico ilícito de drogas e outras manifestações do crime organizado – *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* - que introduziu os artigos 110, alíneas a a e, na Lei processual do país – *Strafprozeßbuch*.

O artigo 110, alínea c, dispõe que a medida só poderá ser efetivada se houver autorização judicial por parte de autoridade judiciária, sendo que, em caso de urgência poderá ser substituído por um membro do Ministério Público. Na ausência de ambos, o agente poderá infiltrar-se sem autorização, mas deverá ser obtida em 3 dias, sob pena de anulação. (ONETO, 2005, p. 97)

Conforme Bosnich (2016, p. 104-105) o cometimento de infrações durante a investigação não poderá ocorrer, e caso haja, é costumeiro ser invocadas causas de justificação ou de exclusão de culpabilidade, o que gera controvérsia jurisprudencial.

Na *argentina*, a regulamentação do agente infiltrado encontra-se na Lei n. 24.424/1995, e nos termos de seu artigo 6¹⁶ esta só poderá ocorrer durante o curso de uma investigação e para comprovar o cometimento de delitos previstos na própria Lei ou do artigo 866¹⁷ do Código Aduanero. Segundo o próprio texto da

¹⁶ ART. 6o - Incorpórase como artículo 31 bis a la Ley 23737, el siguiente: "Artículo 31 bis: Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundamentada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y

b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad. La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez. La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués."

¹⁷ Artículo: 866: Texto modificado según: LE-23353-1986-PLN

lei, a investigação tem como objetivo impedir a consumação de delitos relacionados, prender ou identificar seus autores, partícipes ou quem ajudar ou acobertá-los, ou obter meios de provas necessários a persecução penal. (JOSÉ, 2015, p. 143-144)

Almeida (2010, p. 65) relembra que neste país, a infiltração policial recebe o nome de entrega vigiada, e está destinada ao combate de tráfico de drogas, dependendo de prévia autorização judicial. Ademais, se permite apenas o uso desta medida quando se tratar de uma investigação já em curso, não sendo possível iniciar um procedimento penal.

No que tange a legitimidade para ser agente infiltrado, a lei argentina assim como a brasileira, restringe para apenas policiais ou funcionários das forças armadas. Já com relação ao cometimento de crimes por parte do investigador, a legislação é tolerante, motivando uma escusa absolutória. (BOSNICH, 2016, p. 105-106)

Conforme a legislação, não serão punidos os delitos desde que necessários para o desenvolvimento da infiltração policial, se forem consequências necessárias para atuação do agente infiltrado e quando o investigador seja obrigado a cometer determinados atos, não havendo outra alternativa. Quanto à escusa absolutória, são os excluídos desta os delitos que coloquem em risco a integridade física de outrem, ou que acarrete sofrimento físico ou moral a terceiros, conforme o art. 7¹⁸ da Lei n. 24.424. (JOSÉ, 2010, p. 145-146)

Se impondrá prisión de TRES(3) a DOCE (12) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración. Estas penas serán aumentadas en un tercio (1/3) del máximo y en la mitad (1/2) del mínimo cuando concurriere alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 865, o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados, que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional.

¹⁸ ART. 7o - Incorporárase como artículo ter a la Ley 23737, el siguiente:

Artículo 31 ter: No será punible el agente encubierto como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al juez interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda.

Si el caso correspondiere a las previsiones del primer párrafo de este artículo, el juez lo resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Na *Espanha*, o agente infiltrado se consagra através da *Ley Organica* n. 5/1999, configurando a figura do *agente incubierto*, na investigação de delitos realizados por meio das organizações criminosas e na luta contra o tráfico de drogas.

Oneto (2005, p. 99) afirma que diferentemente do Brasil, na Espanha a infiltração policial poderá ser realizada por agentes estranhos ao quadro da polícia, devendo apenas atuar sob o controle do Estado. Doutro modo, a autorização fica a cargo tanto do Juiz, quanto do representante do Ministério Público, porém, se houver urgência, se admitirá a infiltração policial da mesma forma, desde que seja suprida posteriormente ao seu início.

Quanto ao prazo da infiltração policial, conforme José (2010, p. 148-149), a lei espanhola não dispõe, ficando a cargo da doutrina que definiu como tempo suficiente 6 meses, com possível prorrogação.

Em relação ao cometimento de delitos por parte do agente infiltrado, a Espanha baseia-se na escusa absolutória juntamente com o princípio da proporcionalidade, devendo demonstrar que a ação do agente foi necessária para o resultado útil da infiltração policial, também deverá ser comprovado não ter sido o agente a provocar o delito. (BOSNICH, 2016, p. 109)

4.2 A compatibilidade constitucional da infiltração policial

É sabido que a Constituição Federal de 1988 é considerada a carta cidadã por nela conter direitos, deveres, garantias e princípios de suma importância para um Estado democrático. Dessa forma, o processo penal deve se desenvolver de forma que garanta um processo adequado e que observe as exigências da Constituição, respeitando os direitos fundamentais do investigado. Ou seja:

De um lado, na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, sentiu-se a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas próprias Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e a própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios respeitarem os direitos básicos do indivíduo. (FERNANDES, 2010, p. 19)

Assim, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, o emprego do agente infiltrado como técnica de investigação de provas deverá respeitar as garantias individuais estabelecidas na Constituição Federal. (JOSÉ, 2010, p. 101-102)

Gomes e Silva (2010, p. 393) entendem que a infiltração de agentes é medida restritiva de direitos fundamentais e que tem o poder de afetar de forma eventual a autodeterminação informativa, o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio.

A figura do agente infiltrado como técnica destinada à luta contra a criminalidade organizada configura-se bastante eficaz na investigação e na coleta de provas. No entanto, parece não restar dúvidas de se tratar do meio mais agressor, não só aos direitos fundamentais do investigado, mas ao conjunto do ordenamento jurídico, pois há uma autorização para que o agente possa cometer delitos em prol da investigação. (PEREIRA, 2013, p. 95)

Porém, conforme visto anteriormente, a infiltração policial tem caráter excepcional, ou seja, só será utilizada quando não houver outro meio de investigação menos gravoso, sendo considerada a atuação do agente infiltrado como *ultima ratio*. (PEREIRA, 2007, p. 218)

Sousa (2015, p. 127) aduz que tendo em vista o grau de invasividade da infiltração policial, essa técnica deve ser usada em *ultima ratio* e devem ser excluídos todos outros métodos de investigação, inclusive a interceptação telefônica e de dados.

Ainda, o mesmo autor entende que por mais grave que os crimes sejam cometidos, o Estado jamais deverá se valer de meios abusivos durante a persecução penal para apurar responsabilidades. Isso porque o Estado Democrático de Direito deve garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Tal crítica vem acompanhada, pelo autor, com uma proposta de regulamentação legislativa de infiltração policial.

Para Gomes e Silva (2015, p. 394) a infiltração de agentes também é medida a ser adotada em *ultima ratio* e a periculosidade que consiste as organizações criminosas justifica a utilização de procedimentos investigatórios invasivos. Os mesmos autores compreendem que:

Assim, não há qualquer inconstitucionalidade no que tange a este instrumento. Aliás, a Constituição Federal garante direitos como a vida, à integridade física e moral, a igualdade, a liberdade, a segurança etc. e por isso há que se concluir que estão autorizados, também, os meios para garantir estes direitos. (GOMES; SILVA, 2015, p. 394)

Entende-se a infiltração policial como um meio eficaz para o combate ao crime organizado, porém, sua natureza demonstra ser invasiva e algumas garantias constitucionais acabam por ser violadas. Apesar disso, conforme visto anteriormente, se concedido em caráter excepcional não é uma medida considerada inconstitucional.

Além disso, é considerado eficiente o meio de investigação que se preocupa em reprimir o crime organizado respeitando as garantias, devendo prestar ao fim previsto sem afrontar normas. Ou seja, para que um meio investigativo seja eficaz, é necessário que dele não ocorra lesões às garantias previstas constitucionalmente ao investigado ou terceiros envolvidos. (FERNANDES, 2007, p. 11)

Porém, é sabido que no caso da infiltração policial, ofensas a garantias tornam-se inelutáveis. No entanto, estas devem ser realizadas de menor forma possível e com intuito de alcançar a eficiência completa da investigação e da persecução penal, para tanto, a observância de princípios constitucionais denota-se necessário.

Na Constituição Federal Brasileira, o *devido processo legal* encontra-se amparado no artigo 5, inciso LIV¹⁹, e determina o uso da razoabilidade, do senso de justiça, a aplicação de norma jurídica apenas por meio do processo penal e a paridade de armas entre as partes que o integra, assim como a igualdade e o equilíbrio entre elas.²⁰

Nucci (1999, p. 33) compreende que para haver a efetivação das garantias fundamentais, são necessárias leis previamente definidas, que tragam consigo

¹⁹ Art. 5º, Constituição Federal: 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:
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²⁰ Ao se referir deste princípio, é necessário remeter-se à Carta Magna de 1215, no Direito inglês. Este tinha como objetivo a proteção das terras dos baronatos contra os abusos da Coroa inglesa, para tanto, rotulou a lei da terra. Mais tarde, nos Estados Unidos da América, iniciou o uso da expressão *due process of Law*, que até hoje é utilizada como forma de se referir ao devido processo legal. (SOARES, 2015, p. 145)

razão de senso e de justiça. Ainda, é necessária a aplicação da norma por meio do processo, assegurando a todo o momento paridade de armas entre as partes.

José (2010, p. 103) entende que o devido processo legal cede ao processo penal função de jurisdicionalização da pena, isto porque, uma sanção penal só pode vir a ser aplicada por órgãos jurisdicionais por meio do processo adequado, e este, deverá respeitar todas as garantias previstas em nossa carta magna, sob pena de nulidade.

Sobre este tema, a autora Helena Frade Soares (2015, p. 145-146) entende que:

As penas aplicadas pelo Direito Penal, só poderão apresentar efeitos e consequências se observarem todos os componentes do devido processo legal, ou seja, se observarem o meio adequado para a sua aplicação. O Processo Penal, por sua vez, deve, sob pena de nulidade, observar os preceitos e garantias trazidos pela Constituição Federal.

Levando em consideração a concepção formal e instrumental do devido processo legal, podemos observar que o referido princípio visa garantir a aplicação regular e segura do processo, sem oferecer prejuízos à punibilidade. É deste modo, que este princípio visa inibir excessos do chamado Estado-acusador. (SCHMIDT, 2006, p. 315)

Sendo assim, a infiltração policial é apenas mais um método de investigação que busca provas, e, para que estas provas coletadas possam vir a ser utilizadas em uma possível sentença, é necessário que tenha sido observado o devido processo legal.

Assim como o princípio do devido processo legal, o *contraditório* e a *ampla defesa* encontram-se amparados no artigo 5, inciso LV²¹ da Constituição Federal e preocupam-se em assegurar à aqueles que estão sendo processados o direito a contraditar e se defender amplamente, utilizando os meios e recursos cabíveis.

Lopes Jr (2006, p. 229) compreende que o referido princípio pode ser inicialmente tratado como um método de confrontar provas e comprovar verdades,

²¹ Art. 5, Constituição Federal: 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;

fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas, disciplinando as partes contrapostas – acusação e defesa – em ficar livre de acusações imotivadas e imunes de penas desproporcionais.

A distinção entre ambos reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos no sistema de nulidades processuais. Isto porque, é possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais, sem que, ocorra a violação do contraditório. Já a situação inversa, é possível, mas pouco comum, pois a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa. (LOPES JR., 2008, p. 185)

Para Fernandes (2007, p. 63) no processo penal é necessário que haja um contraditório pleno e efetivo no processo. Pleno porque se deve exigir a observância do contraditório no desenrolar do processo até o seu encerramento. E efetivo, porque não demonstra ser suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sem que esta tenha reais condições de contrariá-los.

No mesmo sentido, Grinover (1990, p. 18) sustenta que a plenitude e a efetividade do contraditório demonstram a necessidade de ser utilizados todos meios necessários para evitar a disparidade de posições no processo. A quem age e a quem se defende devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela. Assim, o contraditório não deve ser apenas garantido, mas também estimulado e a contradição entre as partes deveser real. Ainda, ela explicita que cabe ao juiz penal integrar o contraditório, sem que com isso perca a imparcialidade, para um resultado paritário entre as partes.

Nucci (1999, p. 36) sobre o mesmo assunto, entende que o contraditório prevê a bilateralidade dos atos processuais, o que significa ter o réu o direito de se manifestar sobre os atos ditos e comprovados pela parte autora, produzindo a contraprova.

Observa-se que o contraditório não é mais, apenas, qualidade do processo, mas sim, requisito essencial ao seu próprio conceito. Assim, apenas o procedimento jurídico regulado que garante a participação daqueles que sofrerão seus efeitos finais, poderá ser chamado de processo, sendo considerado o princípio do contraditório imprescindível para a estrutura dialética do processo. (JOSE, 2010, p. 104-105) Neste sentido, a autora Helena Frade Soares (2015, p. 146) entende que:

Dessa forma, o contraditório não só garantiria o direito à informação de qualquer fato ou alegação feitos no processo, como também garantiria a oportunidade de resposta do acusado na mesma intensidade e extensão que a acusação que lhe é feita. Assim, seria o contraditório a garantia da participação em simétrica paridade. É o princípio mais caro ao Direito Processual Penal, constituindo verdadeiro requisito de validade processual, vez que a sua inobservância pode gerar nulidade absoluta do processo, quando a mesma prejudicar o acusado.

Portanto, denota-se que o princípio da ampla defesa assegura a informação do acusado das imputações que lhe são feitas, resguardando-lhe o direito de atacá-las. E o contraditório, liga-se na efetividade e plenitude de defesa frente à pretensão punitiva estatal.

Assim, demonstra-se ser o princípio do contraditório e da ampla defesa essenciais ao processo penal, sendo estes as garantias de um processo justo e igualitário para as partes. Porém, o que se sabe é que na infiltração policial, bem como em outras técnicas sigilosas o contraditório nem sempre é possível – por sua própria natureza sigilosa – sob pena de frustrar os fins da medida. (JOSE, 2010, p. 107)

A autora Soares (2015, p. 147) adentra o mesmo assunto quando ressalva um ponto importante: a discussão sobre a possível lesão ao princípio da ampla defesa, tendo em vista a natureza sigilosa da infiltração de agentes, pois, por ser um meio de prova excepcional, não haveria possibilidade do advogado da parte investigada obter acesso aos autos, pois colocaria em xeque toda investigação.

Porém, a mesma autora ressalva que, segundo o disposto no artigo 12, parágrafo segundo da Lei n. 12.850/2013 o contraditório e a ampla defesa não estão aí maculados. Assim, os autos contendo informações acerca da operação acompanham a denúncia realizada pelo Ministério Público, neste momento é que serão disponibilizados à defesa para que haja o contraditório e a ampla defesa, assegurando sempre, a identidade do agente.

Doutro modo, José (2010, p. 107) compreende que, para que uma prova obtida por meio desta investigação seja validada sem ferir garantias, será necessário um redimensionamento delas, por meio do contraditório diferido, postergado ou posteriori – denominações atribuídas ao contraditório diferido no tempo.

O *princípio da proporcionalidade* se desenvolveu após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha e buscava coibir excessos punitivos – administrativos e penais – garantindo os direitos individuais. Mais tarde, a proporcionalidade difundiu-se em diversos países e ramos do Direito, inclusive no Processual Penal²². (JOSE, 2010, p. 131-132)

Na Constituição Brasileira este princípio não encontra respaldo legal, porém, seu emprego é utilizado na observância dos interesses de diversos ramos jurídicos, isto porque, a proporcionalidade decorre da cláusula do devido processo legal e da estrutura dos direitos fundamentais. (CAMPOS, 2015, p. 161)

Barros (2003, p. 100) afirma que mesmo que no Brasil não exista uma norma constitucional que expresse o princípio da proporcionalidade, a doutrina o compreende como um princípio que possui status constitucional.

O referido princípio tem por objetivo o equilíbrio entre direitos fundamentais, partindo da ideia de que direitos e garantias fundamentais não podem ser compreendidos de forma absoluta. Assim, quando houver dois valores em conflito e um deles tenha que vir a ser restringido, o outro será protegido. (FERNANDES, 2005, p. 57)

Baltazar Jr. (2010, p. 35) compreende que os direitos, ainda que fundamentais, não são absolutos, sendo inerente a vida em sociedade a existência de restrições, limitações ou intervenções, sendo admitido porque existe a necessidade de compatibilizar os direitos fundamentais a outros bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal, com o interesse da coletividade ou com direitos fundamentais de terceiros para que alcance eficácia, no caso de colisões.

Para Azevedo e Bôas (p. 256) a aplicação do princípio da proporcionalidade para resolução de conflitos de valores, deverá observar alguns requisitos, criados pela doutrina Alemã para uma melhor aplicação.

Primeiramente, se faz necessária à aplicação do pressuposto da legalidade – considerado formal, esta diz respeito à obrigatoriedade da criação de uma lei

²² Mostra-se como ponto determinante na evolução do princípio da proporcionalidade até os dias atuais, as modificações havidas nos países ocidentais após a Segunda Grande Guerra Mundial, tanto no que se refere aos esforços quantitativos e qualitativos dos direitos fundamentais, que funcionam também, com seu fortalecimento, como ferramenta de “deslegalização” de arbitrariedades antes cometidas. Nesse diapasão, a expansão da proporcionalidade calha com uma considerável modificação do sentido e da eficácia dos princípios constitucionais, principalmente aqueles que tocam direta ou indiretamente os direitos voltados às liberdades. (FELDENS, 2005, p. 158-159)

para que um direito individual seja violado, desde que interpretada de forma estrita. (FERNANDES, 2005, p. 56) Ou seja, para que o uso de medidas investigatórias no combate ao crime organizado seja possível, é necessário que seja permitido pela legislação. (FERNANDES, 2009, p. 238)

José (2015, p. 134) afirma que a lei que trata da infiltração policial admite que o uso deste método investigativo apenas seja possível no caso do crime organizado, e também, na investigação de delitos relacionados ao tráfico de drogas. Assim, compreende-se que sempre que utilizado este meio de investigação em outros delitos, que não os acima citados, a medida deverá ser considerada abusiva.

O segundo pressuposto é a existência de justificção teleológica – considerado requisito material. Este pressuposto busca analisar se o fim almejado é constitucionalmente legítimo e se possui algum valor social, se constitucional e relevante socialmente, será utilizado de fator para o estudo dos requisitos da proporcionalidade e se não se mostrar com tais características, o pressuposto não será atendido. (MORAES, 2008, p. 35-36)

E por fim, o mesmo autor entende que para que a medida da infiltração policial seja autorizada pelo juiz, é necessário que haja uma decisão motivada. Esta faz parte do requisito extrínseco da judicialidade, pois se relaciona com a forma em que é determinado ao caso concreto. Dessa forma, toda e qualquer restrição a um direito fundamental deve ser determinada por um juiz.

Destarte, atendidos os pressupostos, é necessário adentrar aos requisitos intrínsecos, tais quais os desenvolvidos pela jurisprudência alemã, compostos por três fases – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. (FERNANDES, 2005, p. 57)

A adequação, segundo Fernandes (2009, p. 238) tem como intuito assegurar que a medida restritiva de direitos fundamentais consiga alcançar o fim desejado, devendo haver um fim constitucionalmente legítimo e adequado.

A necessidade impõe que o meio empregado ocasione a menor restrição possível aos direitos fundamentais, assim, se existir um meio menos danoso para que o objetivo pretendido seja alcançado, este deverá ser utilizado, excluindo a possibilidade de aproveitar os meios mais gravosos. (MORAES, 2008, p. 38)

Tal pressuposto refere-se a uma característica própria da infiltração policial estudada anteriormente, indicando que o uso deste método investigativo apenas

poderá ser utilizado quando não houver outro eficaz e menos lesivo aos direitos do investigado e do agente infiltrado. Veja-se:

Não é em todo e qualquer caso de investigação da criminalidade organizada que o uso do agente infiltrado mostra-se necessário. Dependerá minuciosamente análise pelo magistrado. Deve o Juiz verificar, em cada caso concreto, se outros meios de investigação menos ofensivos não seriam suficientes para a descoberta dos crimes. (NEISTEIN, 2006, p. 89)

E por fim, o último pressuposto a ser observado é a proporcionalidade, para que quando haja dois valores sendo violado, este que indique aquele que deverá prevalecer e o direito individual que deverá ser infringido. (NEISTEIN, 2006, p. 58)

Alexy (2008, p. 117-118) reitera que a proporcionalidade em sentido estrito, exige um juízo de ponderação de interesses dos envolvidos e a constatação de que a gravidade do dano não transcenda suas razões. Assim, deverá estar na adequada proporção, indicando que as vantagens ao final preponderam sobre as desvantagens que restringiram direitos fundamentais.

Assim, constata-se que no combate ao crime organizado, é possível a restrição de direitos e garantias fundamentais por meio de métodos investigativos que venham a efetivar seu combate. Todavia, compreende-se que não é em todas as hipóteses que tais direitos podem vir a ser violados, mas tão somente quando estritamente necessário.

Portanto, caberá ao magistrado, em cada caso concreto, preponderar sobre os interesses que estão em jogo, avaliando a proporcionalidade entre o direito protegido e o que deverá ser ofendido. Assim, os limites impostos na legislação e na autorização judicial é que controlam a proporcionalidade da infiltração policial.

4.3 Validade da prova constituída durante a infiltração policial e a possibilidade de utilizar a prova como base para a condenação

Inicialmente, antes de adentrar na validade das provas constituídas durante a investigação dos agentes infiltrados, é necessário uma breve conceituação da prova no processo penal, conforme Carnelutti (2001, p. 50) o conceito de prova se baseia na existência ou na inexistência de um fato que veio a acontecer.

O sentido jurídico da palavra prova não se afasta do sentido comum e significa tanto a produção de atos ou de meios em que as partes e o juiz entendem

ser a verdade do fato alegado ou até mesmo o resultado dos atos ou dos meios produzidos na busca pela verdade. (SANTOS, 1983, p. 02)

O autor Messias (2006, p. 42) traz que as provas, na conceituação mais clássica, é a soma de todos fatores de certeza, assim como o meio pelo qual o objetivo em que o espírito humano se apodera da verdade, conforme definiu Nicola Framino Dei Malatesta.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2003, p. 251):

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, coma verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Cintra *et al.* (1994, p. 347) conceituam a prova como o instrumento em que o juiz forma sua convicção a respeito da ocorrência dos fatos controversos que estão no processo.

Assim sendo, a prova no processo penal está amplamente relacionada à função de demonstrar a verdade dos fatos que ocorreram e a reconstrução destes para o desenvolvimento do processo. Portanto, os meios de prova constituem um elemento de suma importância para o processo, pois é ele que poderá reconstruir um fato que já ocorreu, de forma que possa vir a convencer o juiz. (MARQUES, 2002, p. 330)

Para José (2010, p. 64) os meios de prova referem-se aos instrumentos ou as atividades por meio do qual os elementos da prova são introduzidos e fixados no processo.

Já a fonte da prova diz respeito às pessoas ou as coisas das quais se obtém a prova, podendo ser a vítima, o acusado, testemunhas ou até mesmo peritos. (JOSÉ, 2010, p. 64)

Ainda, verifica-se a existência das provas ilícitas, que se diferenciam das ilegais e das ilegítimas. Isso porque, as provas ilegítimas são as constituídas em desrespeito ao Direito Processual. Enquanto as ilegais, são o gênero do qual as ilícitas e as ilegítimas, se configuram com a violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, 1997, p. 255)

Nery Júnior (1997, p. 18) compreende que a ilicitude no meio de obtenção da prova deve ser afastada quando houver justificativa para a ofensa de outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado, que para provar sua inocência, grava conversas telefônicas entre outras pessoas. Ainda, o mesmo autor relembra que os tribunais têm admitido provas ilícitas através de tese intermediária, ou, havendo aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para a admissibilidade de uma prova ilícita ser utilizada no processo penal, é necessário que seja observado o princípio da proporcionalidade, determinando a proporção entre o que está sendo violado e os valores que a prova busca preservar na sua utilização.

Dessa maneira, por fim, há a necessidade de verificar de que forma as provas colhidas pelos agentes infiltrados serão valoradas e a possibilidade de utilizá-las de forma a embasar uma possível condenação.

José (2010, p. 126) relembra que as provas obtidas por meio da infiltração policial, são sempre fruto do engano, pois para a produção destas, ele mantém o investigado na ilusão fazendo-o acreditar ser alguém, que na realidade não é. Desta maneira, a autora questiona se ainda assim, poderão ser tais provas valoradas pelo juiz e se poderão servir para uma condenação.

Nesse aspecto, se o agente infiltrado cumprir minuciosamente todas as disposições e requisitos para a execução da medida, dificilmente haverá provas cuja nulidade será reconhecida posteriormente. Ou seja, havendo uma infiltração policial devidamente autorizada, respeitando os limites definidos no deferimento e se os objetos das provas forem colhidos sem a utilização de excessos pelo agente infiltrado, a medida deverá ser valorada como qualquer outra prova. (SOUSA, 2015, p. 105)

Em sentido oposto, o mesmo autor aduz que se a infiltração policial for executada de forma indevida, fatalmente todas as provas advindas serão declaradas nulas, tendo em vista a teoria dos frutos da árvore envenenada. Ainda, a ilicitude da execução contaminará todos os atos que dela sejam derivados, não havendo possibilidade de fazer parte do processo, tampouco servir como base para uma possível sentença condenatória.

No que tange as provas colhidas pela infiltração policial servirem como base para condenação, Santamaría (2000, p. 76) relata que as declarações auto-incriminatórias feitas pelo investigado ao agente infiltrado, poderão servir para

orientar novas medidas investigatórias, mas jamais, servir de base para uma sentença condenatória.

Ainda, nesse sentido, José (2010, p. 127) cita que a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso Teixeira de Castro v. Portugal, em que a condenação se fundamentou na declaração de dois agentes infiltrados, validou as informações prestadas pelos investigadores como base para outras medidas investigativas e quando a natureza do delito necessitar, contudo, condenou a utilização destas provas pelo juiz ao fundamentar a condenação.

Portanto, preenchidos todos os requisitos necessários para a autorização e o andamento da infiltração policial, haverá validade das provas colhidas durante esta medida investigativa. Outrossim, as provas obtidas pelo agente infiltrado não possuem escopo legal para embasar sentença condenatória, necessitando estarem acompanhadas de outros elementos que fundamentem a condenação.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito apresentar a infiltração policial como um método investigativo válido no combate ao crime organizado, assegurando os direitos e as garantias fundamentais do investigado e do agente infiltrado.

Conforme visto no primeiro capítulo, o fenômeno da criminalidade organizada é considerada secular, todavia, nas últimas décadas, com o avanço da globalização, a abertura dos capitais econômicos e a quebra de fronteiras a criminalidade ganhou espaço e diferentes modos de agir, visando o lucro e desestabilização econômica do Estado.

Apesar da forte expansão do crime organizado, no Brasil, até o ano de 2013 não existia no ordenamento jurídico Brasileiro uma lei que tratasse de forma ampla o crime organizado, havendo apenas a existência de algumas leis e decretos falhos, não suprimindo a vaga conceituação legal.

Para tanto, em 02 de agosto de 2013 foi publicada a Lei n. 12.850, que trouxe um conceito amplo de organização criminosa, cuidando de sua definição e estabelecendo os meios investigativos para inibi-la. Assim, caracterizou o núcleo do crime organizado como sendo a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e organização estrutural. O número mínimo deverá ser de 4 componentes, mediante prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos ou de caráter estrutural, é necessária a obtenção de vantagem ilícita de forma direta ou indireta e um grupo estável e estruturado.

O crime organizado possui como fatores as origens rurais, e também era utilizado pelos camponeses como forma de proteção às arbitrariedades dos que detinham poder, ou até mesmo, ao descaso do Estado. No Brasil, seu surgimento se deu com o cangaço, no sertão nordestino em meados dos séculos XIX e XX.

Logo após, no século XX, surgiu a primeira infração penal organizada, denominada jogo do bicho.

De outro modo, foram nas décadas de 80 e 90 que organizações criminosas violentas nasceram das penitenciárias do Rio de Janeiro e São Paulo – a Falange Vermelha, o Comando Vermelho, o Terceiro Comando e o Primeiro Comando da Capital, alguns destes grupos perderam território, e outros possuem conexões internacionais, patrocinam roubos a bancos, tráfico de drogas, homicídios, etc.

Em razão disso, se concluiu que devido o forte desenvolvimento do crime organizado, o legislador percebeu que as medidas antigamente utilizadas para inibir essas práticas não mais eram eficazes, necessitando buscar novos meios que estão previstos na Lei n. 12.850/2013 e sendo um deles, a infiltração policial.

A infiltração de agentes se trata de um meio em que um membro da polícia, com autorização judiciária se infiltra em uma organização criminosa, no intuito de coletar provas de delitos cometidos e para identificar os autores destes ilícitos.

No segundo capítulo, se percebe que a problemática acerca do assunto surge a partir do momento em que a infiltração policial se torna uma medida investigativa que colide com direitos e garantias fundamentais, ao ponto em que não há legislação satisfatória sobre o tema, fazendo com que sua validade seja questionada.

Para tanto, se observou que para este meio investigativo ser utilizado, deverá necessariamente atender todos os requisitos e pressupostos, assim como deverá ser observado o princípio da proporcionalidade. Além disso, é fundamental que ela satisfaça a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Tal estudo acerca da proporcionalidade surge, pois, haverá práticas ilícitas que necessariamente o agente infiltrado poderá vir a cometer para o andamento da investigação criminal, porém, a Lei n. 9034/95 não refere em seus artigos acerca da responsabilidade do agente, apenas ressalva que a proporcionalidade deverá ser observada.

Para tanto, a doutrina considera como hipóteses permissivas aos agentes infiltrados praticarem crimes quando a ação for fundamental para a manutenção da falsa identidade do policial infiltrado e para o segredo da operação, para evitar morte ou grave lesão à pessoa do agente infiltrado, esposa, irmãos ou pais, e,

quando, o crime cometido não envolver lesão ou grave ameaça à pessoa, salvo em situações excepcionais, sendo o excesso apurado e passível de punição.

Além disso, a infiltração policial deverá ser realizada por meio de um agente pertencente ao quadro da polícia judiciária, a requerimento da autoridade policial, devidamente ouvido um Membro do Ministério Público e a autorização judicial deverá ser circunstanciada, motivada e sigilosa. Ademais, é de suma importância a demonstração da indispensabilidade da infiltração, pela excepcionalidade do instituto, uma vez que só poderá ser utilizado quando não houver outro meio de investigação menos gravoso e igualmente eficaz.

E, no último capítulo, foi observado o direito comparado, tendo em vista ter sido a infiltração policial no Brasil, adotada mediante experiências positivas de outros países como os Estados Unidos da América, Portugal, Alemanha, Argentina e Espanha.

Posteriormente, ao ser estudado os princípios constitucionais, como o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e o princípio da proporcionalidade, pode se concluir acerca da validade da prova constituída durante a infiltração policial, desde que exista autorização judicial motivada e sigilosa, os limites forem observados e não haja o cometimento de excessos por parte do infiltrado, para que este não se torne um agente provocador e as provas coletadas passem a ser consideradas ilícitas.

Porém, tais provas não são admitidas para, embasar sentença condenatória que se fundamente unicamente no depoimento do agente infiltrado, sendo necessários outros elementos probatórios.

Portanto, ainda que não exista no ordenamento jurídico brasileiro legislação ampla e minuciosa acerca do tema, a doutrina e os detalhes que deverão obrigatoriamente conter na autorização judicial, faz com que a investigação seja realizada de forma a observar princípios, procedimentos e a proporcionalidade. Assim, as provas colhidas terão validade plena, porém, não poderão unicamente, fundar possível sentença condenatória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Cezar Bourgoigne de. **A infiltração de agentes a ação controlada como formas de repressão ao crime organizado**. 2010. 180 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp140352.pdf>>. Acesso em: 01/08/2016

AMORIM, Carlos. **CV_PCC: A irmandade do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

BALTAZAR JR., José de Paula. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

BARROS, Susana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BOSNICH, Nádia Martins. **A responsabilidade penal do agente policial infiltrado em organização criminosa**. 2016. 182 fls. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/22.pdf>>. Acesso em: 04/08/2016.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. **Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em Primeiro Grau de Jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm> Acesso em: 24/09/2016

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção de prova, o procedimento criminal e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 02/05/2016

BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. **Promulga o protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm> Acesso em: 24/06/2016

CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva, lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal.** 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime Organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, 2009, vol. 17, n. 79, p. 7-40.

CAMPOS, Cristiane Garcia; AQUOTTI, Marcos Vinicius. Breve levantamento histórico sobre a globalização e o crime organizado: as origens das máfias e os aportes iniciais sobre a Lei n. 12.850/13. **Revista ETIC – Encontro de iniciação científica.** n. 10, v. 10, São Paulo, 2014.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. v. 1, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo.** Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

CÍCERO, Natali Carolini de Oliveira; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. A origem do crime organizado e a sua definição à luz da Lei n. 12.694/12. **Revista ETIC – Encontro de iniciação científica.** n. 9, v. 9, São Paulo, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

CUNHA, Rogério Sanches. **Crime organizado:** comentários à nova lei sobre o crime organizado Lei nº 12.850/2013. Bahia: JusPODIVM, 2013.

DUTRA, Domingos (Deputado). **Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário**. Brasília, DF, jun. de 2008. p.46.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 70, São Paulo, p. 229-268, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 5 ed. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6 ed. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2005.

FERNANDES, Welington Henriques. **Infiltração Policial como meio de prova no Estado Democrático de Direito**. 2007. 167 fls. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito, Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Curitiba: Juruá, 2009.

FILHO, Jayme José de Souza. Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95: atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. **Revista de Direito Público**. v. 1. n. 1, Londrina, p. 83-96, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. O difícil processo de tipificação. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n. 21, p. 5, 1994.

GOMES, Luis Flávio. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Bahia: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da garantia do contraditório**. In: Novas tendências do direito processual (de acordo com a constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-14408/pt-br.php/>. Acesso em: 01/06/2016.

VALENT, Manuel Monteiro Guedes, *et al.* **O novo regime jurídico do agente infiltrado**. Coimbra: Almedina, 2001.

SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato. **El agente incubierto en el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000.

LAMEIRÃO, Cláudio Marcos Romero. Direito internacional penal: uma análise acerca do instituto da infiltração policial como método de combate aos delitos transnacionais. **Revista Jurídica Orbis**. n. 1. v.4, p. 42-54, 2014.

LAVORENTI, Wilson. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Brookseller, 2000.

LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUPO, Salvatore. **História da Máfia das origens aos nossos dias**. Tradução e anotações de Álvaro Lorencini, São Paulo: Unesp, 2002.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. IN PENTEADO, Jacques de Camargo. O crime organizado (Brasil x Italia), a modernização da lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1995.

MASI, Carlo Velho. O discurso politico-criminal sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Direito e Justiça**. n. 2, v. 40, Porto Alegre, p. 171-180, 2014.

MARQUES, Frederico J. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentado artigo por artigo**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2007.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Brooksseller, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Maurício Zanóide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

MOURA, João Batista Oliveira de. O contraditório e o direito ao anonimato de testemunha na ação encoberta. **Revista do Ministério Público do RS**. n. 74, Porto Alegre, p. 183-218, 2013.

NEINSTEIN, Mariângela Lopes. **O agente infiltrado como meio de investigação**. Dissertação (Mestrado). 2006. Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo.

NERY JÚNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 279, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra: Coimbra, 2005.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A investigação criminal realizada por agentes infiltrados. **Revista do Ministério Público do Estado do Mato Grosso**. n. 2, ano 2, Mato Grosso, p. 173-186, 2007.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). **Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais**. v. 6, São Paulo, p. 199-226, 2007.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista CEJ**. n. 59, Brasília, p. 84-99, 2013. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/valdez.pdf> > Acesso em: 15/08/2016.

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. Agente infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001 **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**. v. 1, n. 1, São Paulo, p.141-166, 2001.

SALAROLI, Rafael Rodrigo Pacheco. Infiltração policial no Brasil: sim, não é impossível. **Revista Brasileira da Segurança Pública e Cidadania**. n. 2. v. 1, Brasília, p. 79-103, 2008.

SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 71, São Paulo, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judicial no Civil e no Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1983.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Emílio de Oliveira; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Uma leitura das organizações criminosas, a partir da legislação de emergência. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n. 6, Vitória, p. 173-208, 2009.

SILVA, Joyce Keli do Nascimento. A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização. **Revista Liberdades**. São Paulo. n. 17, set.-dez./2014.

SOARES, Helena Frade. Da infiltração policial em organizações criminosas: evolução, espécies e consequências. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. n.12, Minas Gerais, p. 131-160, 2015.

PALMIOTTO, Michael J. **El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo processual penal**. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUSA, Marllon de. **Crime organizado e infiltração policial**. São Paulo: Atlas, 2015.