



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
BACHAREL EM DIREITO

**A FIGURA DO AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI DE ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS**

PEDRO AUGUSTO MENDES DE OLIVEIRA

Goianésia – GO

2020

PEDRO AUGUSTO MENDES DE OLIVEIRA

**A FIGURA DO AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI DE ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Evangélica de Goianésia, como requisito parcial para conclusão do curso de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Elias de Paiva

Goianésia - GO

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

**A FIGURA DO AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI DE ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS**

Goianésia-GO, ___/___/___

Banca Examinadora:

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota
Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota
Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

A FIGURA DO AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

PEDRO AUGUSTO MENDES DE OLIVEIRA

Resumo: Devido a considerável evolução do crime organizado no decorrer dos anos, fica clara a necessidade de uma regulamentação, com intuito de combater de maneira eficiente os crimes cometidos por grupo organizados e estruturados. Assim, o legislador pátrio editou algumas leis que se mostraram incompletas, referente as organizações criminosas, até chegar na Lei 12.850/13, em vigência. O referido diploma legal, permite a utilização de meios extraordinários de obtenção de provas para investigar e coibir as organizações criminosas. A utilização do agente infiltrado é uma das opções previstas no bojo da lei, e o seu pedido deve ser requerido pelo *parquet* ou representado pela autoridade policial, com autorização prévia do magistrado, sendo que a infiltração deve ser exercida unicamente por agente de polícia. Enquanto infiltrado, o agente poderá praticar condutas tipificadas como criminosas, com o intuito de resguardar sua identidade e garantir o sucesso da operação policial. Entretanto, tais condutas praticadas pelo policial, devem respeitar a proporcionalidade e a finalidade da investigação, sendo o agente passível de punição futura. Assim, o princípio da proporcionalidade deve servir de base para atuação do agente infiltrado, com o intuito de garantir a validação do material probatório colhido durante a infiltração.

PALAVRAS-CHAVE: Crime Organizado, Agente infiltrado, Obtenção de Provas, Validação das Provas.

Abstract: Due to the considerable evolution of organized crime over the years, the need for regulation is clear, in order to efficiently combat crimes committed by organized and structured groups. Thus, the national legislator edited some laws that were incomplete, referring to criminal organizations, until reaching Law 12.850 / 13 that is in force. The aforementioned legal diploma allows the use of extraordinary means of obtaining evidence to investigate and restrain criminal organizations. The use of the infiltrated agent is one of the options provided for in the law, and your request must be requested by the *parquet* or represented by the police authority, with prior authorization from the magistrate, and the infiltration must be exercised only by the police officer. While an infiltrator, the agent will be able to practice conduct classified as criminal, in order to safeguard his identity and guarantee the success of the police operation. However, such conduct practiced by the police, must respect the proportionality and the purpose of the investigation, being the agent liable to future punishment. Thus, the principle of proportionality should serve as a basis for the infiltrated agent to act, in order to guarantee the validation of the evidence collected during the infiltration.

KEYWORDS: Organized Crime, Undercover Agent, Obtaining Evidence, Proportionality, Evidence Validation.

INTRODUÇÃO

O crime organizado não é um fenômeno recente. É um problema que vem se perpetuando durante as décadas, alcançando proporções assustadoras, colocando em risco a paz da sociedade e a segurança da população em geral, levando o legislador a normatizar o tema em questão, com o intuito de diminuir a falta de punibilidade dos criminosos.

Desde a aurora do crime organizado, nos séculos passados, com as Máfias Italianas, a

Yakusa e as Triades Chinesas, e posteriormente no Brasil com o PCC e o Comando Vermelho, as organizações criminosas não param de evoluir e se aperfeiçoar, o que complica a atuação do Estado por meio das forças policiais.

Devido isso, o legislador se viu na obrigação de legislar sobre o tema, até chegar à lei em vigência. Todavia, havia muito debate a respeito da antiga norma que vigorava na legislação pátria, qual seja, a Lei 9.034/95, visto que esta não delimitava a matéria e muito menos trazia o significado de organizações criminosas.

Com advento da Lei nº 12.850/13, o tema em questão ganhou mais atenção e foi abordado de uma forma nova e complexa. Assim, o referido diploma legal trouxe em seu bojo a definição de organizações criminosas, regulamentou a matéria, os meios de obtenção de provas de forma minuciada.

Dentre os meios extraordinários de obtenção de provas, foi trazido a figura do agente infiltrado, que embora era previsto de forma pobre e incompleta pela lei 9.034/95, foi tratada de um modo diverso, mais completo, abordando assim o procedimento, a legitimidade para requerer, os pressupostos, requisitos e os direitos do agente à luz da Lei de Organizações criminosas em vigência.

Todavia, embora o instituto tenha sido abordado de uma forma evoluída, muitos doutrinados questionam, por exemplo, a competência da autoridade judiciária para estabelecer os limites das condutas que serão praticadas pelo agente infiltrado, visto que seria uma violação ao sistema acusatório brasileiro, maculando-o.

Outro ponto criticado por alguns doutrinadores, é falta de previsão a respeito do que se entende por proporcionalidade e excessos que por ventura possam ser cometidos pelo agente enquanto infiltrado.

Por último, a doutrina aborda também sobre qual seria a validade e importância do depoimento do agente em sede processual, visto que suas palavras podem estar distorcidas com o intuito que suas condutas pareçam legítimas. Deste modo, deve ser observar a proporcionalidade e a finalidade da investigação no momento da conduta praticada pelo policial, como critério de validação das provas angariadas durante a infiltração.

Após a leitura de todo o mencionado, o presente artigo científico tem por objetivo, analisar a importância deste instituto para a obtenção de provas com o intuito de desarticular organizações reconhecidas como criminosas. Além disso, avaliar se os atos praticados enquanto agente infiltrado são considerados criminosos e demonstrar se este instituto poderá servir como fundamento para uma sentença criminal. Por último, dissertar sobre as seguintes perguntas: Quais seriam os limites de atuação do agente no âmbito do referido diploma legal?

Qual seria a responsabilidade criminal do agente frente a desproporcionalidade de sua ação?

1. O CRIME ORGANIZADO – SUA ASCENSÃO E A LEI PENAL NO BRASIL

1.1 A evolução do crime organizado e seu panorama atual no Brasil

O surgimento das organizações criminosas não é recente e vem se difundindo durante os séculos. Pode-se dizer que as Máfias Italianas, a *Yakusa* japonesa e as *Triads* (Triades) chinesas são as mais antigas, se originando entre meados do século XVI ou no início do século XVII (SILVA, 2015).

Em relação a máfia italiana, Lima (2016, p.479) disserta:

[...] Com estrutura próxima a uma família, houve a formação de diversas máfias na Itália, ganhando notoriedade a "Cosa Nostra", de origem siciliana, a "Camorra", napolitana, e a N' drangheta, da região da Calábria. Inicialmente, as atividades ilícitas estavam restritas ao contrabando e à extorsão. Posteriormente, também passaram a atuar com o tráfico de drogas e a necessária lavagem de capitais. Com o objetivo de resguardar o bom andamento das atividades ilícitas, a Máfia italiana passou a atuar na política, comprando votos e financiando campanhas eleitorais [...]

A *Yakusa* surgiu na época dos feudos, por volta do século XVIII e praticava atividades lícitas e ilícitas (SILVA, 2015). Lima (2016, p.479-480) disserta sobre essa organização:

[...] De origem japonesa, a *Yakusa* tem formação exclusivamente masculina, porquanto consideram as mulheres fracas e incapazes de lutar como homens. Sua atuação engloba não apenas o tráfico de drogas, notadamente das anfetaminas, como também prostituição, pornografia, jogos de azar, extorsão e tráfico de pessoas. Dotada de um código interno extremamente rigoroso, elaborado com base na justiça, lealdade, fidelidade, fraternidade e dever para com a organização, inúmeras obrigações são impostas a seus integrantes, dentre elas: não esconder não se envolver com drogas; não violar a mulher ou os filhos de outro membro, etc [...]

Por fim, a Tríade chinesa surgiu no ano de 1644 e em seu início não se tratava de uma organização criminosa, mas sim um grupo de perseguidos políticos da dinastia Ming que se juntavam secretamente. Mais tarde, voltaram o seu comércio a exploração do ópio, faturando alto. Posteriormente, quando o comércio do ópio foi proibido, essa organização se voltou ao tráfico de heroína (SILVA, 2015).

Já no Brasil, seria árduo afirmar com exatidão qual foi a primeira organização

criminosa existente, todavia é possível citar as pioneiras. De acordo com Lima (2014), o cangaço se caracteriza por ser a organização criminosa mais prístina a existir. Em contrapartida, Pacheco (2011, p. 64) disserta que “apesar de não ser definida como crime, mas concentrar diversos tipos penais orbitando em sua existência, a contravenção do jogo do bicho talvez possa ser identificada como primeira atividade ilícita organizada no Brasil”. Percebe-se a existência de uma divergência na doutrina, sobre qual seria organização mais remota a iniciar esse tipo de atividade delituosa no território pátrio.

O cangaço surgiu na sociedade brasileira entre o final do século XIX e início do século XX, como uma forma de manifesto contra as injustiças sociais que se evidenciavam nas regiões mais abandonadas pelo Estado, visto que o foco naquela época era a região sudoeste, deixando de lado o nordeste do país. Nesse contexto, os grandes fazendeiros se apossavam das melhores terras e faziam com que parte da população se tornasse seus empregados, gerando uma insatisfação muito grande por parte dos menos abastados. Ulteriormente, o grupo de cangaceiros se tornou uma organização voltada ao cometimento de atos delituosos, saqueando cidades, fazendas, pequenas vilas e até extorquindo dinheiro ou sequestrando grandes barões, com o intuito de pedir uma quantia em dinheiro para libertá-los. (LIMA, 2016).

Por volta do início do século XX, nasceu a prática conhecida como “jogo do bicho”, caracterizada pelo sorteio de prêmios mediante as apostas dos competidores. Vale ressaltar, que esse jogo surgiu de forma inócua, como um jogo de azar, com o intuito de arrecadar dinheiro para um zoológico localizado no estado do Rio de Janeiro. Ulteriormente, essa prática se tornou famosa no Brasil e começou a ser patrocinada por grupos criminosos que monopolizavam o jogo por meio de suborno a policiais e políticos (SILVA, 2003).

O crime organizado com o passar do tempo, cresceu exponencialmente em todo território brasileiro, devido à alta lucratividade dessa atividade. Há diversos setores explorados pelo crime organizado, dentre eles, o tráfico de drogas, de pessoas, armas, animais silvestres, o roubo de carga e bens valiosos, jogos de azar, pirataria, entre outros, tendo destaque para as atividades criminosas relacionadas ao desvio de verbas públicas. Essa última, se adaptou de forma rápida em nosso território, por não usar a violência e procurar ser invisível aos olhos da população, gerando dificuldades na investigação e associação dessas atividades aos criminosos (MOURA, 2018).

Em um passado mais recente, é importante destacar a grande evolução do crime organizado, que passou a se organizar no interior dos presídios, com evidência no surgimento do CV (Comando Vermelho) e o PCC (Primeiro Comando da Capital) (LIMA, 2016). O

Comando Vermelho surgiu por volta da década de 1980, no Rio de Janeiro, mas precisamente no presídio de Ilha Grande, com o intuito de dominar o tráfico de drogas nas favelas cariocas e em seguida, percebendo o descaso do governo em relação aos moradores do morro, ganhou apoio de uma parcela considerável da população em troca de proteção e auxílio (LIMA, 2016).

Já o Primeiro Comando da Capital, surgiu nos presídios paulistas no ano de 1993, e tinha como objetivo requerer melhoria do local. Todavia, o propósito de criação dessa organização não esconde suas características em relação ao crime organizado, haja vista que o PCC domina o tráfico de drogas e armas no estado de São Paulo, assaltam bancos e carros-fortes, chefiam rebeliões e resgates de presos e são responsáveis por diversos ataques as forças de segurança do estado (LIMA, 2016). Vale ressaltar que, todo novo integrante deve conhecer sobre o “estatuto” da organização, um fato que demonstra o quão o PCC é organizado e estruturado.

Pacheco (2011, p.64-65) faz uma análise concisa sobre as organizações criminosas brasileiras e disserta:

[...] E o que dizer das organizações criminosas como o Comando Vermelho (CV), Terceiro Comando, Amigos dos Amigos (ADA) e o Primeiro Comando da Capital (PCC). As três primeiras são velhas conhecidas dos policiais cariocas por seu envolvimento no tráfico de droga, a última, por sua vez, é proveniente de São Paulo, ganhou destaque por organizar uma megarrebelião envolvendo mais de vinte presídios paulistas em ações simultâneas e ainda mais, quando a partir da noite de 12.05.2006 promoveu a maior onda de violência contra as forças de segurança do Estado, resultando em dezenas de mortes e uma cidade aterrorizada [...].

Percebe-se que essas organizações surgidas no Brasil, apresentam características em comum na sua origem, surgiram e se formaram por pessoas de menor poder aquisitivo que não aceitavam a arbitrariedade do Estado, o que ajudou a aceitação no corpo social em que se integravam, e ulteriormente, valeram-se disso para recrutar novos integrantes para o cometimento de infrações penais variadas (MOURA, 2018).

1.2 Diferença entre associação e organização criminosa

Antes de falar sobre o histórico das leis penais aplicadas às organizações criminosas, é necessário diferenciar o conceito de associação criminosa para organização criminosa, visto que são elementos típicos distintos na legislação criminal brasileira.

Anteriormente, no ordenamento jurídico pátrio, existia uma norma jurídica aplicada

ao artigo 288 do Código Penal, que trazia a definição do conceito de “Quadrilha ou bando”. No *caput* do referido artigo, é descrito: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos”. Percebe-se, que não havia ainda a existência do termo “associação criminosa”. Entretanto, com advento da Lei 12.850/2013, foi introduzido o termo “Associação Criminosa”, substituindo assim o vocábulo “Quadrilha ou Bando”. Além disso, foi modificado o número de integrantes para configurar a associação criminosa, visto que anteriormente o mínimo necessário era 4 (quatro) pessoas e após a mudança, somente se mostra necessário 3 (três) pessoas para a tipificação da conduta delitiva.

Atualmente, o artigo 288 do Código Penal versa em seu *caput* a seguinte norma: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”. Pois bem, para configurar esse tipo penal, é necessário a reunião de no mínimo 3 (três) pessoas para um determinado fim, ou seja, o de cometer crimes. A vinculação deve ser sólida quanto a estrutura e durável, em relação ao tempo, entretanto não quer dizer perenidade (SANCHES, 2019). Em relação a pluralidade de pessoas, Sanches (2019, p. 796) disserta: “É indiferente a posição ocupada por cada associado na organização, se conhecem uns aos outros ou não (associação via internet), se há ou não hierarquia; identificando-se o vínculo associativo estável e permanente, haverá o crime”. Além do mais, não há o que se falar em crime de associação criminosa, quando a reunião de pessoas tem como intuito a prática de contravenções penais. Por último, a associação criminosa se trata de um crime abstrato, ou seja, é necessário somente a reunião dos agentes para a consumação da conduta delitiva (SANCHES, 2019).

Já em relação a organização criminosa, a Lei 12.850/13 versa em seu parágrafo único do artigo 1º, a seguinte norma:

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

Como pode-se perceber, no *caput* há algumas diferenças em relação a norma prevista no crime de associação criminosa. Primeiramente, em relação ao número de integrantes, que são no mínimo 4 (quatro) pessoas para configurar o crime. Outra diferença, gira em torno da finalidade, que é obter vantagem de qualquer natureza (inclusive votos). No crime em tela, é necessário uma estrutura ordenada e divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o

objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, diferenciando-se da associação criminosa, que é o de cometer crimes. Por último, a organização criminosa se configura mediante a prática de infrações penais, enquadrando assim crimes e contravenções penais, cuja as penas máximas sejam superiores a quatro anos ou sejam de caráter transnacional, se distinguindo assim da associação, que tem o fim específico de cometer crimes dolosos, não importando a pena.

1.3 Histórico das leis penais aplicadas às organizações criminosas no Brasil

Diante do crescimento exponencial do crime organizado no território pátrio, o Poder Legislativo brasileiro percebeu a necessidade de criar uma legislação a respeito do assunto em tela, a fim de combater essa “nova” modalidade de crime, que se tornava cada vez mais forte e presente na sociedade.

O primeiro diploma legal que versou sobre o crime organizado, foi a Lei 9.034 de 03 de maio de 1995, e em seu artigo 1º definiu: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. Nota-se, que o legislador aproveitou da descrição abordada no artigo 288 do Código Penal vigente na época, que trazia em seu caput: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos”. Entretanto, a Lei não trouxe a definição de organizações criminosas e a equiparou com o tipo penal de quadrilha ou bando, não discorrendo sobre as condutas e nem delimitando a matéria. (SILVA, 2015).

Posteriormente, no dia 11 de Abril de 2001, foi editada a lei 10.217 que veio modificar a Lei 9.034/95. Logo no seu artigo primeiro, foi adicionado a expressão “organizações ou associações de qualquer natureza” dificultando ainda mais o entendimento de organizações criminosas (PITOMBO, 2009). Assim, com a nova mudança, o diploma legal em seu artigo 1º passou a dispor: “Esta lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer natureza”

Essa nova lei, não solucionou o problema existente no ordenamento jurídico brasileiro, já que novamente não houve a definição expressa pelo legislador do conceito de organizações criminosas. Vale ressaltar, que o referido diploma legal diferencia os crimes de quadrilha ou bando de associação ou organização criminosa, já que são delitos distintos. Todavia, todos os dispositivos aplicados na Lei 9.034/95 também são aplicados ao delito de

quadrilha ou bando, de modo que igualou o tratamento dado ao crime de organização criminosa. (FERNANDES, 2008).

Ao analisar sobre o assunto, Pitombo (2009, p. 100) disserta:

[...] Outra vez, pedia-se a oportunidade de se tipificar a organização criminosa, aumentando-se, entretanto, o problema da aplicação da Lei 9.034/95, com o novo texto legal, que disciplina algo, inexistente no direito penal pátrio, chamado agora de 'organizações ou associações criminosas de qualquer tipo [...]

Nesse mesmo sentido, Lima (2014, p.475) discorre:

[...] Lei 9.034/95 definia e regulava os meios de prova e procedimentos investigatórios referentes aos crimes praticados por bandos, quadrilhas e associações ou organizações criminosas, mas não trazia um conceito, não definia o que eram tais organizações, tornando impossível a punição pelo cometimento de tal delito [...]

Vale salientar que, a Lei 9.034/95 após a alteração trazida pela Lei 10.217/01, passou a prever em seu artigo 2º inciso V, a figura do agente infiltrado como meio extraordinário de investigação para obtenção de provas, algo inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, foi muito criticada, já que não definiu em que consistia a figura do agente infiltrado, não dessecando o seu procedimento, pressuposto e limites.

Diante de uma indefinição do conceito de organização criminosa e a inércia do legislador brasileiro, o Brasil tentou preencher essa lacuna por meio do decreto nº 5.015/2004, que validou o entendimento trazido pela Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, mais conhecido como o Tratado de Palermo, cujo em seu artigo 2º dispõe: "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material" (LIMA, 2016).

Entretanto, havia um entendimento doutrinário sobre a ilegalidade da aplicação do Tratado no ordenamento jurídico brasileiro, e a concepção de Lima (2016, p. 482) corrobora com essa afirmação:

[...] Admitir-se, então, que um tratado internacional pudesse definir o conceito de "organizações criminosas" importaria, a nosso ver, em evidente violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *lex populi*. Com efeito, admitir que tratados internacionais possam definir crimes ou penas significa tolerar que o Presidente da República possa, mesmo que de forma indireta, desempenhar o papel de regulador do direito penal incriminador. Fosse isso possível, esvaziaria-se o princípio da reserva legal, que, em sua garantia da *lex populi*, exige

obrigatoriamente a participação dos representantes do povo na elaboração e aprovação do texto que cria ou amplia o *ius puniendi* do Estado brasileiro [...]

Posteriormente, durante o julgamento do HC 96.007/SP, em que era versado a formação de organização criminosa dentro de uma igreja, onde era cobrado quantias descomunais em caráter de contribuição aos fiéis, enganando os mesmos, e se apropriando dos valores levantados para si ou terceiros, foi decidido pelo STF que a conduta praticada pelos integrantes da igreja, se caracterizava como atípica, visto que não existia no ordenamento jurídico conceito legal existente, entendendo assim por não aplicar o conceito definido pelo Tratado de Palermo. Desse modo, os ministros da Suprema Corte, justificaram suas decisões no artigo 5º inciso XXXIX, que define em seu *caput*: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (LIMA, 2016)

Ulteriormente, o crime de organização criminosa também foi mencionado na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), em seus artigos 33 § 4º e 37 *caput*, entretanto não mencionava sua definição. Mais tarde, com o advento da Lei 12.694 de 24 de julho de 2012, era a primeira vez que uma Lei ordinária definia em seu bojo o conceito de organização criminosa e logo em seu artigo 2º determinava:

Art. 2º - Para 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

Deve-se salientar que, o referido diploma legal veio para suceder a Lei 9.034/95, trazendo de forma definitiva a definição de organização criminosa, além de dispor a possibilidade do julgamento colegiado de juízes no primeiro grau de jurisdição, em relação a crimes praticados em contexto de organização criminosa. Entretanto, não definiu em seu bojo os meios extraordinários de investigação, que continuaram abordados na Lei 9.034/95, porém indefinidos, ou seja, a lei nova não revogou sua antecessora e, portanto, conviviam mutuamente.

Observando essa complicação, o legislador se viu obrigado a legislar mais uma vez a fim de solucionar esse problema. Assim, foi necessário a edição da Lei 12.850/13, a “nova” Lei de Organizações Criminosas e logo em seu artigo 1º definia:

[...] Art. 1º, § 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de

qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional [...]

Diferentemente de suas antecessoras, a Lei em vigência preencheu lacunas antes não observadas, além de definir o significado de organização criminosa, trazendo em seu bojo o que o ordenamento jurídico necessitava, dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de provas e os procedimentos criminais. Ademais, a lei 12.850/13 ao prever os meios extraordinários de prova, previu a figura do agente infiltrado de uma forma nova, explicando o procedimento por completo e a quem é permitido trabalhar como policial infiltrado, fato este não previsto na lei antiga de Organizações Criminosas (9.034/95), que previu tal instituto de forma rasa.

Vale destacar, que doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt e Renato Brasileiro de Lima, entendem que o diploma legal em vigência revogou a Lei 9.034/95, definindo assim em seu artigo primeiro o significado de organização criminosa, revogando também o artigo 2º da Lei 12.694/12, que trazia um conceito um pouco distinto de organização criminosa, triunfando somente a conceituação definida pela lei atual. Nesse sentido, Lima (2016, p. 485) disserta:

[...] Não podemos concordar com tal entendimento. Por mais que a Lei no 12.850/13 não faça qualquer referência à revogação parcial da Lei nº 12.694/12, especificamente no tocante ao conceito de organizações criminosas, é no mínimo estranho aceitarmos a superposição de conceitos distintos para definir tema de tamanha relevância para o Direito Penal e Processual Penal. É bem verdade que o art. 9º da LC 95/98, com redação dada pela LC nº 107/01, determina que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas, o que não ocorreu na hipótese sob comento, já que o art. 26 da Lei nº 12.850/13 revogou expressamente apenas a Lei no 9.034/95, sem fazer qualquer referência ao conceito de organização criminosa constante do art. 2º da Lei nº 12.694/12. No entanto, a falta de técnica por parte do legislador- que, aliás, tem se tornado uma rotina, não pode justificar a convivência de normas jurídicas incompatíveis entre si, tratando do conceito de organizações criminosas de maneira conflitante. Por consequência, como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, parece-nos que o novel conceito de organização criminosa constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 12.694/12, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro [...]

2. A INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Conceitos e características

A primeira menção a figura do agente infiltrado ocorreu no reinado de Luís XV, na

França, em que existia a figura do delator, cuja a função era espionar inimigos políticos do governo e conseguir provas para as autoridades, sem provocar, induzir o seu alvo a cometer algum ato. Mais tarde, esse instituto perdeu força e o rei se viu obrigado utilizar a figura do agente provocador, algo ilícito nos dias atuais.

Sobre o conceito de infiltração, Nucci (2018, p. 99) disserta:

[...] A infiltração representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros. Tal como a infiltração de água, que segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida, o objetivo desse meio de captação de prova tem idêntico perfil [...]

O agente infiltrado é introduzido legalmente em uma organização criminosa, atuando como criminoso fosse, escondendo sua real identidade, passando a conhecer a estrutura e hierarquia interna da organização, com o intuito de obter fontes de provas e elementos de informação para desarticular aquele grupo criminoso (LIMA, 2016). Deve-se salientar que, nessa modalidade, o agente infiltrado poderá utilizar a ação controlada para o sucesso da operação, postergando assim a ação policial, pretendendo efetivá-la em um momento que julgar mais oportuno (NUCCI, 2018).

Segundo Lima (2016, p. 565-566), algumas características são intrínsecas a figura do agente infiltrado:

No ordenamento jurídico pátrio, é possível chegarmos a uma definição comum de agente infiltrado, observando-se algumas características que lhe são inerentes: a) agente policial; b) atuação de forma disfarçada, ocultando-se a verdadeira identidade; c) prévia autorização judicial; d) inserção de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas; e) fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos integrantes da organização; f) objetivo precípuo de identificação de fontes de provas de crimes graves.

Há um entendimento por uma grande parcela da doutrina, que tal instituto é caracterizado por 3 (três) características básicas. Dentre elas estão a dissimulação, cujo o agente não poderá revelar sua identidade e intenções verdadeiras; o engano, que consiste na encenação por parte do agente com o intuito de adquirir a confiança e credibilidade dos investigados; e por último a interação, caracterizada pelo vínculo direto entre o policial e os investigados (SILVA, 2015).

2.2 A ação controlada e a distinção entre a figura do agente infiltrado e do agente provocador

O instituto da ação controlada, trata-se de um meio de obtenção de provas previsto no artigo 8º da Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), que se constitui como um método de retardamento do flagrante, com o objetivo de se reunir um maior número de provas ou prender uma quantidade maior de criminosos, se possível, até a liderança da organização criminosa (NUCCI, 2018).

Segundo o artigo o artigo 8º da Lei 12.850/2013 a ação controlada consiste em:

[...] retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações [...]

Além do artigo 8º, o referido meio de obtenção de provas também está previsto no artigo 53, inciso II, da Lei (nº 11.343/06) que define:

[...] II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível [...]

Vale ressaltar que, segundo Nucci (2018, p.93):

[...] Na nova redação dada à Lei do Crime Organizado incluiu-se a intervenção administrativa, voltada aos órgãos de controle interno das instituições, particularmente a policial (Corregedoria da Polícia). Desse modo, não somente o delegado está autorizado a retardar o flagrante, como também a Corregedoria não precisa intervir, de pronto, caso existam agentes policiais na organização criminosa [...]

Em outras palavras, esse instituto apresenta-se como um tipo de exceção ao flagrante obrigatório, previsto no artigo 301 do Código de Processo Penal, que determina que os agentes de segurança pública, são obrigados a prender um indivíduo que esteja presente em uma situação de flagrante delito (LIMA, 2016). Assim, o agente que estiver infiltrado em qualquer tipo de organização criminosa, poderá usar a ação controlada a seu favor, com o intuito de colher um número maior de provas e prender um número maior de criminosos ou até mesmo, os líderes da organização.

Agora focando na distinção enunciada no subtópico, o agente provocador é aquele que ilegalmente gera, induz um terceiro a praticar uma conduta criminosa, objetivando a prisão em flagrante delito do autor (BITENCOURT, 2014). Vale ressaltar que, o agente dessa

modalidade poderá ser um policial ou um terceiro não participante das forças de segurança pública. Em razão desse induzimento, o flagrante preparado pelo agente provocador se torna ilegal, tratando-se assim de um crime impossível. Corroborando com esse entendimento, o STF (Supremo Tribunal Federal) editou a Súmula 145 em que aborda a figura do agente provocador, “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Deste modo, o agente infiltrado jamais poderá ser confundido com o agente provocador, visto que esse, o policial oculta sua verdadeira identidade a fim de conhecer a estrutura interna e as divisões de tarefa da organização, com o objetivo principal de colher provas e elementos de informação, como já foi abordado (SOUZA, 2015). Ainda nesse sentido, a figura do agente infiltrado é prevista expressamente em lei, como um meio de investigação extraordinário, respeitando assim o princípio da legalidade. Já em relação ao agente provocador, não há previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, se tornando assim um instituto ilegal.

Por último, todas as provas obtidas pelo agente infiltrado poderão ser usadas no inquérito presidido pela autoridade policial e ainda servirão na fase processual, fundamentando a decisão do magistrado. Todavia, como trata-se de crime impossível segundo a Súmula 145 editada pelo STF, as provas colhidas pelo agente provocador serão nulas, e se caso forem usadas no processo, deverão ser desentranhadas por serem tratadas de provas ilícitas.

2.3 Previsão normativa

O crime organizado transnacional, não é um fenômeno recente. É um problema que vêm se perpetuando durante as décadas, alcançando proporções assustadoras, colocando em risco a paz da sociedade e a segurança da população em geral. Devido a isso, se fez necessário a criação de meios extraordinários para a obtenção de provas, visto que os instrumentos tradicionais de investigação se mostram ultrapassados. A “nova” Lei de Organização Criminosa (12.850/13) em seu artigo 3º, traz diversos meios extraordinários de obtenção de prova e a infiltração de agente é uma delas, confira:

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

I - Colaboração premiada;

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

III - ação controlada;

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

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

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

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

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

O primeiro diploma legal a dispor sobre a utilização do agente infiltrado como meio de produção de provas foi a Lei 9.034/95. Entretanto, a referida lei se limitou a enunciar que em qualquer fase da persecução penal era permitido a infiltração de agentes de polícia ou inteligência, em tarefas de investigação, após prévia autorização do juiz (LIMA, 2016). Dessa forma, foi muito criticada, deixando várias dúvidas para os operadores do direito e no meio doutrinário, visto que o referido diploma legal não abordava como aconteceria essa infiltração, qual seu procedimento e como deveria ser a conduta mantida pelo agente durante a infiltração, o que dificultava a aplicação desse instituto no dia-a-dia e o tornava um meio de obtenção de prova quase em desuso (SILVA E CASTRO, 2016).

Também é verdade, que o Tratado de Palermo ratificado pelo governo brasileiro mencionava a figura do agente infiltrado:

[...] Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada [...]

Todavia, como já foi abordado acima, O STF decidiu ao julgar do HC 96.007/SP, que a conduta abordada se caracterizava como atípica, visto que não existia no ordenamento jurídico conceito legal existente, entendendo assim por não aplicar o conceito de organização criminosa definido pelo Tratado de Palermo. Em razão disso, o instituto do agente infiltrado previsto no Tratado, também estaria em desacordo com o entendimento da suprema corte, já que estaria violando o princípio da legalidade.

A Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), também versou sobre o instituto da infiltração de agentes, e em seu artigo 53, inciso I previu:

[...] 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 [...]

Em razão da forma simples e omissa de se abordar um instituto tão importante, o legislador editou a Lei 12.850/13, mais conhecida com a “nova” Lei de Organização Criminosa, se dedicando mais a regulamentar a matéria da infiltração de agentes. Nesse sentido Lima (2016, p. 566) disserta:

[...] a nova Lei das Organizações Criminosas passa a dispensar maior atenção à matéria, tratando de regulamentar este importante procedimento investigatório ao prever, por exemplo, seus requisitos, prazo de duração, legitimidade para o requerimento, necessidade de oitiva do órgão ministerial, controle jurisdicional prévio, tramitação sigilosa do pedido de infiltração, outorgando, ademais, diversos direitos ao agente infiltrado [...]

Observe como o artigo 10 da Lei 12.850/13 aborda a infiltração de agentes:

[...] 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 [...]

2.4 Legitimidade para requerer e executar a infiltração de agentes

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, há duas forças matrizes que são investidas de legitimidade para requerer tal instituto, sendo elas o delegado de polícia e o Ministério Público. O artigo 10 da Lei 12.850/13 aborda essa legitimidade ao dizer, “A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerido pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso do inquérito policial”.

Nota-se que, quando esse instituto é representado pela autoridade policial, necessariamente durante as investigações criminais, deverá passar pelo crivo do Ministério Público antes de ser autorizada pelo juiz, conforme o § 1º do artigo 10 da mesma lei, “Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público”. Assim, caso o *parquet* entenda inviável utilizar esse meio de obtenção de prova, é possível que o mesmo seja negado pela autoridade judiciária (BITENCOURT, 2014).

Do mesmo modo, caso a infiltração de agentes seja requerida pelo MP, o delegado de polícia também deverá analisar o cabimento de sua aplicação conforme o caso concreto, e sendo entendido pela autoridade policial pela inviabilidade do procedimento, é provável que o juiz rejeite o pedido (BITENCOURT, 2014). Vale ressaltar que, o requerimento do *parquet* poderá acontecer tanto na fase investigatória, quanto na fase de instrução processual, conforme o entendimento de Lima (2016).

[...] Tendo em conta que a jurisprudência tem admitido o poder investigatório do Ministério Público, nada impede que uma infiltração de agentes de polícia seja solicitada no curso de procedimento investigatório criminal presidido pelo próprio órgão ministerial. Evidentemente, como se trata de procedimento investigatório extremamente perigoso, parece desarrazoado que o Ministério Público exija a infiltração de agentes de polícia sem antes verificar se os órgãos especializados dispõem de pessoal capacitado para a tarefa [...]. (LIMA, 2016, p. 579).

Resta definido que, a infiltração de agentes só poderá ser iniciada através dessas duas fontes inerentes ao instituto, sendo negado pela lei em vigência, a possibilidade do próprio juiz (*ex officio*) decretar a infiltração de agentes, preservando assim o princípio da imparcialidade do juiz. Dessa maneira, o magistrado deverá ser provocado pela autoridade policial ou pelo promotor, conforme o sistema acusatório adotado no processo criminal brasileiro.

Já em relação a capacidade de execução desse instituto, a lei em vigência deixa expresso que a infiltração deverá ocorrer por agente policial, diferentemente da Lei 9.034/95, que previa a possibilidade de infiltração por agentes policiais e de inteligência, como da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) ou do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), a título exemplificativo. Entretanto, esse referido artigo não deixa claro se infiltração deverá ocorrer por qualquer classe de policial ou por uma específica.

Assim, surgiu diferentes pensamentos doutrinários em relação a legitimidade de executar a infiltração de agentes. A Constituição Federal de 1988 por meio do seu artigo 144, elenca quais são as forças policiais presentes no território brasileiro, confira:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

De acordo com Lima (2016, p. 567), “Como se trata, a infiltração de agentes, de

técnica especial de investigação, devem ser entendidos como agentes de polícia apenas as autoridades policiais que tenham atribuição para a apuração de infrações penais”. Assim, caso se trate de crime militar, a competência para investigar será da polícia judiciária militar, competente para instaurar inquérito policial militar (IPM). Se versar sobre crime eleitoral, por ser competência da União, será habilitado a Polícia Federal. Entretanto, caso não haja órgão da Polícia Federal no município, nada impede que a Polícia Civil, assumida a investigação. Na hipótese de crime de competência da Justiça Federal, quem deverá efetuar a infiltração será a Polícia Federal. Já nos casos de crimes de competência estadual, a polícia civil é competente para a infiltração de agentes (LIMA, 2016).

Já Bitencourt (2014), defende que apenas os policiais civis e federais são legítimos para executar a infiltração, já que a polícia militar não tem capacidade investigatória. Segundo ele, a própria Constituição Federal em seus parágrafos determina quais órgãos possuem capacidade investigatória. Ainda nessa perspectiva, Souza (2015, p.44) defende que a infiltração deve ser feita por “servidor público, concursado, diretamente ligado aos órgãos de investigação policial (Polícia Civil e Federal), pertencente aos quadros da carreira de agente de investigação”

Vale ressaltar que, não é qualquer policial que poderá exercer a infiltração em uma organização criminosa, será exigido do agente um preparo especial para exercer aquela função, visto que este irá lidar diretamente com indivíduos de alto risco e qualquer erro, poderá pôr em perigo o êxito da operação e a própria vida do agente. Nesse sentido, Pereira (2009, p. 117) disserta sobre as características que devem ser inerentes ao agente policial para o sucesso da infiltração:

[...] perfil físico compatível com as dificuldades da operação, inteligência aguçada, aptidão específica para determinadas missões, equilíbrio emocional vez que poderá ficar distante do âmbito familiar por tempo indeterminado, sintonia cultural e étnica compatível com a organização a ser infiltrada [...]

2.5 Requisitos para infiltração de agentes

A legislação em vigência prevê alguns requisitos inerentes a infiltração de agente, que deverão ser observados para que esse meio de obtenção de prova seja legal. O primeiro deles é a autorização judicial, que deverá ser circunstanciada, motivada e sigilosa, sendo estabelecido os limites da infiltração pelo magistrado, sob pena de colocar a validade processual desse instituto em risco (SILVA, 2015). Corroborando com esse pensamento, a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX, dispõe que toda autorização judicial deve

ser fundamentada, evitando assim a nulidade do processo. Por se tratar de um meio extraordinário de obtenção de provas em uma situação extraordinária, qual seja, o combate às organizações criminosas, tal instituto se mostra invasivo na vida dos investigados, de modo que poderá alcançar alguns direitos fundamentais dos indivíduos, e devido a isso, se mostra de grande importância a fundamentação da indispensabilidade desse instituto. Além disso, na hora de decretar a autorização, o juiz deverá estabelecer os limites que serão impostos ao agente durante o período de infiltração, regulamentando o procedimento e possíveis ações permitidas ao policial (LIMA, 2016).

De acordo com a primeira parte do § 2º da “nova” Lei de Organização Criminosas, “Será admitida a infiltração se houver indícios da infração penal de que se trata o artigo 1º”. Em outras palavras, para o sucesso da infiltração de agentes, é necessário indícios da prática do crime de organização criminosa (*fumus comissi delicti*), não sendo necessário comprovar realmente a existência efetiva do crime (LIMA, 2016). Nesse sentido, Nucci (2018, p. 99) disserta:

[...] Certamente, por se tratar de uma organização, os indícios de infração penal, referidos pelo art. 10, § 2.º, da Lei 12.850/2013, representam igualmente a fundada suspeita em relação à autoria, pois seria ilógico supor prova da existência da organização sem o conhecimento de qualquer de seus integrantes [...]

Outro requisito “irmão” do *fumus comissi delicti*, é o da *periculum in mora*, visto que a aplicação penal poderá sofrer perigo, risco e prejuízo, caso o instituto em tela não for implantado de forma imediata (LIMA, 2016).

O quarto requisito é a subsidiariedade da infiltração policial, ou seja, esse instituto não poderá ser o primeiro meio de obtenção de prova adotado, por se tratar de algo extraordinário no ordenamento jurídico pátrio. Assim, deve ser esgotado durante a investigação policial a possibilidade de utilização de outros meios idôneos, menos invasivos a intimidade do investigado, antes de adotar a figura do agente infiltrado, tratando-se assim de uma técnica derradeira, de *ultima ratio* (NUCCI, 2018). A segunda parte do § 2º do artigo 10 da Lei 12.850/13, prevê que será admitida a infiltração de agentes “se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis”.

Por fim, também deverá ser observado a anuência do agente policial selecionado para a infiltração, visto que o mesmo tem o direito de recusar ou até sustar a operação, devido a periculosidade da tarefa. Assim, caso opte por esses dois atos, o agente não poderá ser punido por seus superiores, por fazer parte dos direitos do agente policial.

2.6 Procedimentos da infiltração

Como já foi abordado, o procedimento ocorrerá pela representação da autoridade policial ou pelo requerimento do Ministério Público, sempre passando pelo crivo um do outro. O juiz não poderá decretar a infiltração de agente em caráter *ex officio* por se tratar de uma afronta ao princípio da imparcialidade e o sistema acusatório (LIMA, 2016).

Salienta-se dizer que, representação ou a requisição não poderão ser feitas de forma verbal e deverão conter alguns requisitos. O primeiro deles é a demonstração da necessidade da medida, cujo tal instituto não poderá ser utilizado como primeira opção, conforme já foi abordado (LIMA, 2016). A autoridade policial e o promotor, também deverão citar em suas respectivas representação e requisição “quais tarefas serão possivelmente exercidas pelo agente durante o procedimento de infiltração (v.g., transporte de drogas, ocultação de mercadoria roubada, etc.)” (LIMA, 2016, p. 580). Isso ocorre, objetivando que o juiz tenha um conhecimento prévio das tarefas, para que não haja um abuso de autoridade. Por último, ainda deverão constar os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração, quando for possível de se realizar tais exigências (LIMA, 2016).

Após receber o requerimento ou a representação, o juiz terá 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre a instauração do instituto, conforme o § 1º do artigo 12 da Lei 12.850/13. Vale ressaltar que a defesa somente poderá ter acesso aos autos do processo, após o oferecimento da denúncia por parte do *parquet*, a fim de preservar a segurança e a identidade do agente infiltrado (SILVA, 2015).

Vale ressaltar, que o sigilo do inquérito policial vai de encontro com a Súmula Vinculante nº 14 que prevê: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Todavia, segundo o entendimento de Lima (2016, p. 581):

[...] o advogado não pode ser cientificado com antecedência acerca da execução dessa medida, porquanto o sigilo é inerente a sua eficácia e à própria proteção da integridade física do agente infiltrado. É o que se denomina de sigilo interno, que visa assegurar a eficiência desse procedimento investigatório. A própria súmula vinculante nº 14 do Supremo confirma que este acesso do defensor aos autos da investigação não tem natureza absoluta [...]

Ainda a respeito do tema, Silva (2015, p. 98) disserta:

[...] Mais uma vez é oportuno observar que a jurisprudência terá de tratar com o delicado tema do confronto dessas disposições com o teor da Súmula Vinculante nº14 do STF [...] [...] É possível que haja uma reformulação desse entendimento em relação à publicidade de meios de obtenção da prova em curso que coloquem em risco a segurança de terceiros, como na hipótese de divulgação da operação do infiltrado, da ação controlada e de acordo com o colaborador premiado [...]

O prazo para a duração da infiltração é de até 6 (seis) meses, que poderão ser renovados, conforme § 3º da lei em vigência, caso comprovado a necessidade da renovação, visto que se trata de um meio de obtenção de prova extraordinário, e portanto, bastante complexo. Vale ressaltar, que a decisão de renovação deve ser fundamenta pelo juiz, sob pena de a futura prova obtida ser desentranhada do processo por ser ilícita (LIMA, 2016).

Por fim, ao término do prazo estipulado para a infiltração, o agente policial deverá apresentar ao magistrado um relatório circunstanciado, que deverá conter um resumo de suas ações enquanto esteve no seio da organização, as tarefas por ele executadas e os possíveis ilícitos cometido pelo mesmo. Deve-se salientar, que durante a investigação criminal, a autoridade policial também poderá exigir de seus agentes o referido relatório e o parquet poderá requisitá-lo, conforme os §§ 4º e 5º da Lei 12.850/13.

2.7 Espécies e fases da infiltração policial

A doutrina norte-americana define duas formas de infiltração, sendo elas a light cover, cujo o agente não permanece mais de 6 (seis) meses infiltrado, não muda sua identidade e não perde o contato com sua família, e a deep cover, na qual a infiltração excede o tempo limite de 6 (seis) meses, podendo durar anos. Sendo assim, trata-se de uma infiltração mais complexa, cujo o agente perde substancialmente o contato com sua família e muda de identidade (LIMA, 2016).

Sobre outra visão, a infiltração poderá ocorrer de dois jeitos, sendo eles, a infiltração preventiva, cujo o agente não age de forma ativa, apenas acompanha a organização e a infiltração repressiva, na qual o agente pratica infrações penais como se criminoso fosse, com o intuito de ganhar prestígio e confiança dos investigados (LIMA, 2016).

Já em relação as fases da infiltração, Lima (2016, p. 573-574) as define como “I – Recrutamento; II – Formação; III – Imersão; IV – Especialização da Infiltração; V – Infiltração propriamente dita; VI – Seguimento; VII – Pós-infiltração; VIII – Reinserção”

O recrutamento se divide na captação, na qual se olha os atributos dos agentes de acordo com a necessidade do Estado, e a seleção, que já é a escolha dos recrutados que

possuem peculiaridades pessoais e profissionais para executar a infiltração em determinada organização criminosa. A formação é a capacitação do agente escolhido para que o mesmo desenvolva qualidades inerentes a um agente infiltrado. A imersão, em que será implantado a identidade falsa no agente e a especialização da infiltração, que pode ser um aprimoramento da fase anterior, com o intuito de alcançar o nível máximo de eficácia. A infiltração propriamente dita, onde ocorrerá os primeiros contatos entre os investigados e o agente policial. O seguimento é uma das fases mais importantes, visto que neste período o agente irá obter as provas e elementos de informação, que ajudarão a desabilitar a organização. Na pós-infiltração, será buscado o melhor procedimento para retirar o agente da organização criminosa. Por último a reinserção, na qual o agente será acompanhado e auxiliado a recuperar sua identidade frente aos seus familiares e em seu ambiente de trabalho. Nessa fase, é de suma importância o acompanhamento médico e psicológico do agente, para evitar problemas de saúde futuros.

2.8 A figura do agente infiltrado virtual introduzido pela lei nº 13.967/19 (Pacote Anticrime)

É bem verdade que, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), já previa desde o ano de 2017, o instituto do agente infiltrado virtual em relação a crimes contra a dignidade sexual da criança e adolescentes, que aconteciam de forma virtual. Todavia, em relação a crimes cometidos no aspecto de organização criminosa, a figura do agente infiltrado foi introduzida de forma inédita no ordenamento jurídico brasileiro, pelo popularmente conhecido “pacote anticrime” (Lei 13.967/19), aprovado no ano de 2019 (GARAY, 2020). O instituto de cyber infiltração amplia o poder de combate as organizações criminosas, agora em ambiente virtual, trazendo nos artigos 10-A ao 10-E e parágrafo único do artigo 11, toda a regulamentação referente a figura do agente infiltrado virtual (GARAY, 2020). O artigo 10-A da “nova” Lei de Organizações criminosas prevê:

[...] Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do **caput** do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas [...]

Em relação aos requisitos da infiltração virtual, estes permanecem os mesmos da

infiltração tradicional, ou seja, da presencial, abordados acima, logicamente excluindo as peculiaridades de cada uma, por se tratar de um ambiente distinto de infiltração. Desse modo, ainda são exigidos a prévia autorização judicial bem fundamentada, os indícios da prática do crime de organização criminosa (*fumus comissi delicti*), a subsidiariedade da infiltração policial, ou seja, técnica derradeira, após esgotados outros meios de obtenção de provas, e a anuência do agente policial (GARAY, 2020).

A respeito da legitimidade, tal instituto continua sendo representado pela autoridade policial ou requerido pelo MP, com o crivo um do outro. O pedido para a infiltração deve demonstrar a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes, as possíveis tarefas virtuais que serão exercidas pelos policiais, os nomes e apelidos das pessoas investigadas quando possível, além dos dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação das pessoas, sendo essa última característica específica da infiltração virtual. O § 1º do artigo 10-A, em seus incisos I e II, define:

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se:

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão;

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

O prazo para a infiltração policial virtual será de até 6 (seis) meses, com possíveis renovações, após comprovação da real necessidade da prorrogação e autorização judicial. Vale destacar que, todo o período da infiltração não pode exceder 720 (setecentos e vinte) dias, conforme § 4º do artigo 10-A. Após o término da infiltração, o agente deverá apresentar o relatório circunstanciado sobre os atos praticados durante a operação, “bem como todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz” (GARAY, 2020, p.13). Deve-se se salientar, que durante o inquérito policial, a autoridade policial poderá determinar a elaboração de um relatório ao seu agente infiltrado, e o promotor e o Juiz poderão requisitá-lo, conforme o § 6º do artigo 10-A.

Em relação ao sigilo, o artigo 10-B prevê:

10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações.

Vale ressaltar, que o sigilo do inquérito policial vai de encontro a súmula vincula nº 14 do STF como, por ser um direito constitucional do preso que o seu defensor tenha acesso ao inquérito policial, como já foi abordado e discutido acima.

Por fim, segundo Garay (2020), uma técnica de inteligência se destaca em relação a infiltração de agentes, sendo ela a estória-cobertura, que tem por definição:

[...] Consiste na técnica de criar uma dissimulação, por meio de uma narrativa, somada a um conjunto de atitudes e circunstâncias convincentes, de modo a influenciar o imaginário do alvo e modular suas crenças, convicções ou percepções, sempre direcionada para o objetivo de operação de inteligência. Em termos bem diretos, é fazer o alvo acreditar em uma mentira [...] (GARAY, 2020, p. 13)

Essa técnica evita uma possível contrainteligência por parte do investigado, mas para seu êxito, é necessário cobrir todos os “buracos” da vida pré-infiltração do agente, evitando assim que o mesmo seja descoberto e a infiltração não obtenha êxito (GARAY, 2020).

3. OS LIMITES PREVISTOS PARA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

Devido a não se tratar de um meio ordinário de obtenção de prova, ou seja, um meio extraordinário, o instituto do agente infiltrado pode acabar por vezes violando os direitos fundamentais dos investigados, já que não se trata de qualquer ato criminoso, mas sim o crime de organização criminosa. Assim, os limites de atuação do agente enquanto infiltrado geram muitos debates frente a doutrina brasileira, justamente por agredir direitos fundamentais dos investigados, como por exemplo o silêncio e a intimidade garantidos constitucionalmente. Outro argumento usado por parte da doutrina, é de que os criminosos em potencial, somente são investigados e não condenados, e mesmo que tenha fortes indícios, ainda não existem material probatório concreto de sua culpa.

Em relação ao uso desse meio extraordinário de prova, Sanches (2013, p. 260) é a favor e disserta:

[...] trata-se, ademais, como já observado, de instituto que têm previsão na conversão de palermo e que, fosse assim tão nefasto e danoso, como pensam alguns, decerto que não merecia a aprovação em um encontro de âmbito mundial, promovido pela Organização das Nações Unidas. É, de resto, meio de prova admitido em praticamente todos os países do mundo ocidental [...]

Em contrapartida, Friede (2014, p.100) expõe:

[...] O agente infiltrado se vê, não raro, na contingência de praticar fatos também criminosos e quase sempre ações de duvidosa eticidade. É de indagar-se, então, se, em nome da eficiência do sistema punitivo, guarda legitimidade o juízo criminal que se apoia na atuação de agente infiltrado, ou melhor, se, em nome dessa mesma eficiência, deva reconhecer-se, como racional e justo, que, o próprio Estado em vez de exercer a função de prevenção penal pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso. [...]

3.1 Imposição dos limites ao agente infiltrado

Ao analisar os limites impostos ao agente infiltrado, é necessário observar a parte final do artigo 10 da Lei 12.850/13, que versa:

[...] 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 [...]

O referido diploma legal não prevê em seu bojo, um rol de limites impostos ao policial. Entretanto, ao visualizar o final do artigo, entende-se que o magistrado ao autorizar a infiltração de agentes, deverá estabelecer os seus limites. Como já abordado neste artigo, é necessário que a autoridade policial ou o promotor de justiça, relatem ao juiz as possíveis tarefas que serão praticadas pelo agente durante o período de infiltração. Nesse sentido Lima (2016, p. 580) expõe:

[...] Incumbe à autoridade policial e ao Ministério Público indicar quais tarefas serão possivelmente exercidas pelo agente durante o procedimento de infiltração (v.g., transporte de drogas, ocultação de mercadoria roubada, etc). Conquanto seja um tema em aberto, a delimitação das condutas e tarefas dos agentes infiltrados deve ser antecipada ao magistrado na medida do possível, visando lhe dar conhecimento acerca do que se pretende realizar, permitindo-se, assim, um controle prévio contra eventual abuso de autoridade [...]

Em relação a esse estabelecimento de limites deixado a cargo do magistrado, Souza (2015, p. 97) disserta:

[...] Por outro lado, ao se determinar que o magistrado estabeleça os limites da infiltração policial, a depender da lente que se usa para enxergar tal regra, pode-se concluir pela indevida ingerência do poder judiciário na investigação, cujo resultado é a mácula do sistema acusatório [...]

Em outras palavras, o juiz se tornaria um coautor na produção de provas do processo que futuramente ele mesmo irá julgar, decidindo pela absolvição ou condenação dos possíveis

réus integrantes da organização criminosa investigada. Assim, a crítica de Marlon Souza é sobre a imparcialidade do juiz e o desrespeito ao sistema acusatório, gerando um processo maculoso. Para Souza (2015), a autoridade judicial deveria limitar-se unicamente a examinar os pressupostos legais inerentes a esse meio de obtenção de provas, deixando para analisar os limites futuramente.

Ainda segundo Souza (2015), o rol de limites impostos ao agente infiltrado deveria estar expresso em lei, com o intuito de delimitar um padrão a ser seguido, tal como o sistema norte americano, que possui uma cartilha para a atuação do FBI, trazendo em seu bojo as seguintes orientações:

[...] A prática de condutas definidas como crime pelo agente infiltrado é proibida salvo se: (a) imprescindível a ação para coleta de evidências e informações necessárias ao sucesso da operação, desde que sem violência à pessoa e haja a comunicação prévia à autoridade superior, ou imediata nos casos em que o contato prévio não for possível; (b) fundamental para manutenção da falsa identidade do policial infiltrado; ou (c) para evitar a morte ou grave lesão, permitindo-se, nesse caso, atos violentos, cujo excesso não será permitido. 2. Não deverá haver o induzimento ou instigação à prática de nenhum ato definido como crime por parte do agente infiltrado. 3. Se no decorrer das investigações o infiltrado tiver notícia de fatos praticados pela organização criminosa, sendo o corpo de delito matéria cuja prova, salvo flagrante delito, somente seja passível de obtenção mediante autorização judicial, deverá comunicar imediatamente à autoridade policial, para que represente ao juízo a medida pertinente (mandado de busca e apreensão, interceptação, quebra de sigilo fiscal, bloqueio de bens etc.). 4. Todo material probatório que o agente infiltrado teve contato em razão de integrar o grupo criminoso, cujo acesso foi-lhe livremente franqueado pelos demais membros da organização, constituirá prova idônea da investigação [...]

Assim, “colocado este modelo de limitação à atuação do agente infiltrado, sua adoção por meio de texto de lei simplificaria muitas questões de ordem prática, bem como seriam afastadas diversas arguições de nulidades no âmbito da coleta da prova” (SOUZA, 2015, p. 98).

3.2 Responsabilidade criminal do policial e a proporcionalidade como regra de atuação

Com o início da infiltração do agente no seio de uma organização criminosa, é natural que os criminosos exijam que o mesmo atue em alguns crimes, simplesmente para testá-lo ou meramente com o intuito que, o policial ajude nas tarefas delituosas inerentes à organização. Vale ressaltar que, dependendo da situação fática em determinado caso, a recusa do agente a executar práticas delituosas, pode gerar a desconfiança dos criminosos em relação à verdadeira identidade do policial, colocando em risco a segurança do mesmo e o sucesso da

operação. A lei 9.034/95, não determinava em seu bojo a responsabilidade criminal do agente e nem os limites da infiltração. Entretanto, com o advento da Lei 12.850/13, foi previsto em seu artigo 13 o seguinte, “O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados” (LIMA, 2016).

Em relação a tal dispositivo, que foi trazido de forma genérica, visto que não explica o que seria esse excesso praticado pelo policial, é necessário fazer duas observações. No tocante a primeira, é notório que o agente infiltrado não será responsabilizado pelos crimes previstos na Lei 12.850/13, como integrar organização criminosa, tampouco o de associação criminosa, previsto no artigo 288 do Código Penal e artigo 35 da Lei nº 11.343/06. Isso ocorre, devido a se tratar de uma infiltração autorizada judicialmente, o que afasta a ilicitude da conduta, devido ao estrito cumprimento do dever legal, previsto no artigo 23 inciso III, do Código Penal Brasileiro (LIMA, 2016). Neste giro, conceitua Mendroni (2011, p. 55):

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

Quanto a segunda observação, Lima (2016, p. 82) disserta:

[...] Na hipótese de o agente ser coagido a praticar outros crimes (v.g., tráfico de drogas, receptação), sob pena de ter sua verdadeira identidade revelada, o ideal é concluir pela inexigibilidade de conduta diversa, com a consequente exclusão da culpabilidade, desde que respeitada a proporcionalidade e mantida a finalidade da investigação. É evidente que, em prol da infiltração do agente, nada justifica o sacrifício de uma vida. No entanto, se um policial infiltrado, impossibilitado de impedir o pior, se ver obrigado a atirar contra uma pessoa por ter uma arma apontada para sua própria cabeça, não se pode estabelecer um juízo de reprovação sobre sua conduta, porquanto, no caso concreto, não lhe era possível exigir conduta diversa [...]

Em relação a esse entendimento, é necessário observar o parágrafo único do artigo 13 da Lei 12.850/13 que prevê, “Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”. Em outras palavras, uma das causas de exclusão da culpabilidade, é a inexigibilidade de conduta diversa (coação moral irresistível), ou seja, se o agente no momento que cometeu o crime, não tinha escolha, alternativa, se não era possível que o mesmo agisse de forma diversa, o policial não sofrerá sanções penais. Vale ressaltar que, o agente na condição de infiltrado, deve

respeitar o princípio da proporcionalidade e a finalidade da investigação no cometimento de suas condutas.

No entendimento contrário ao acima, há doutrinadores como Bitencourt e Busato, que têm uma perspectiva diferente em relação a responsabilidade criminal do policial. Segundo eles, se os crimes que o agente infiltrado cometeu possuem uma relação direta com a natureza do crime praticado pela organização criminosa, ou seja, no campo do esperado pelo projeto da infiltração, o agente será amparado por uma excludente de ilicitude, qual seja, o estrito cumprimento do dever legal. Todavia, se o crime cometido pelo agente for paralelo à natureza dos delitos praticados pela organização criminosa, ou seja, não pertinentes à investigação em curso, e o agente se ver obrigado a praticar conduta delitiva como prova de lealdade e confiança, é necessário observar as seguintes hipóteses (LIMA, 2016).

- I) No caso de o agente participar da ação criminosa na condição de partícipe, auxiliando de forma material na prática do delito, será aplicado o parágrafo único do artigo 13, da Lei 12.850/13, ocasionando a exclusão de culpabilidade em decorrência da inexigibilidade de conduta diversa (LIMA 2016);
- II) Na circunstância de crime praticado pelo agente junto a outro integrante da organização criminosa, ou seja, na condição de coautor, deverá ser feita uma análise da proporcionalidade da ação e se essa conduta guarda relação com a finalidade da investigação. Devido a isso, não é exequível adotar uma regra geral em relação aos limites em que o agente está autorizado a contribuir como coautor, em relação a realização de determinado crime (LIMA, 2016);
- III) Em relação a delitos praticados pelo agente infiltrado na condição de autor de direto ou mediato, mostra-se impraticável a adoção de qualquer causa justificativa ou de absolvição, visto que essa técnica extraordinária de obtenção de provas não pode alimentar a prática de crimes (LIMA, 2016);
- IV) Por último, na hipótese de crime cometido por organização criminosa devido à provocação, ao estímulo do agente infiltrado, também não é possível à aplicação de causa justificativa ou de absolvição. É importante ressaltar que, a organização não poderá ser responsabilizada pelos atos criminosos praticados à luz da provocação do policial, devido a Súmula nº 145 do STF, “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação” (LIMA, 2016);

No tocante a relação da infiltração de agentes e o Princípio da Proporcionalidade, Masson (2016, p. 159) disserta:

[...] Como meio extraordinário de obtenção de prova, a infiltração de agentes deverá ser pautada pela observância dos princípios da legalidade, especialidade, subsidiariedade, controle (judicial, ministerial e interno) e proporcionalidade. Obedecendo a esses postulados de extração constitucional, a atuação encoberta será compatível com as bases de um processo penal garantista, tornando-se lícitas as condutas realizadas pelo infiltrado, desde que em consonância com o objeto da investigação e com os limites estabelecidos em decisão judicial [...]

Ao se afastar dessa orientação, o agente correria o risco de ser responsabilizado pelos atos cometidos durante o período em que esteve infiltrado, conforme o artigo 13 da lei 12.850/13. Todavia, o diploma legal não prevê no referido artigo, como o princípio da proporcionalidade deve ser usado, apenas expõe que o agente “responderá pelos excessos praticados, quando não guardar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação”. Contudo, é pertinente ressaltar, o que se compreenderia por proporcionalidade, e qual seria a linha entre o desejo do Estado de obter um lastro probatório frente as organizações criminosas e a razoabilidade de suas ações para tal. Assim, as ações praticadas pelo agente observando a proporcionalidade em suas condutas, seria plausível a o que? A um mero uso de drogas ilícitas? A um tráfico de entorpecentes? A um furto? A lesionar outrem? A matar alguém? Se mostra evidente que a Lei é incompleta ao prever a relação entre a conduta do agente versus sua proporcionalidade. O entendimento é que não é razoável praticar um homicídio, a título de exemplo, com o intuito de perquirir outro.

Para Masson (2016, p.159), a linha tênue enfrentada pelo policial enquanto infiltrado, dever respeitar o seguinte:

[...] O principal para que não ocorra essa atuação excessivamente desproporcional em relação à finalidade da investigação, permitindo-se que a operação se desenvolva de forma juridicamente adequada, a nosso sentir, é que em cada caso sejam estritamente observados pelo policial infiltrado os já mencionados limites espacial, temporal e investigatórios impostos na autorização judicial em consonância com as informações apresentadas ao magistrado por meio do plano operacional da infiltração [...]

Em outras palavras, o agente deve se limitar as atividades criminosas inerentes a natureza da organização criminosa investigada, já que essas condutas foram citadas no projeto da infiltração e tiveram prévio conhecimento do magistrado (MASSON, 2016). Vale ressaltar que, como já fora abordado acima, doutrinadores como Bitencourt e Busato, entendem que na hipótese do agente praticar condutas não inerentes a natureza de atuação da organização criminosa, com o intuito de preservar sua verdadeira identidade, este poderá ser acobertado

pela a inexigibilidade de conduta diversa, a depender da sua condição de partícipe ou coautor, e se o mesmo respeitou a proporcionalidade e a finalidade da investigação (LIMA, 2016).

Além disso, devido a Lei não tratar de forma específica tal conteúdo, o entendimento é que, qualquer ato que o agente cometa com o intuito de acobertar seu disfarce, e essa conduta respeite a proporcionalidade e a finalidade da investigação, não será passível de punição futura. Assim, fica vedado o agente praticar a violência com o intuito de lesionar ou matar alguém, salvo se o mesmo estiver protegendo sua integridade física ou a de outrem (SOUZA, 2015).

A respeito da desproporcionalidade da conduta, Masson (2016, p. 160) expõe alguns exemplos:

[...] Exemplo 1: “O agente se infiltra em organização criminosa voltada a delitos financeiros; não há cabimento em matar alguém somente para provar lealdade a um líder. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova uma falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro. No primeiro caso, o agente responderá por homicídio e não poderá valer-se da excludente, visto a desproporcionalidade existente entre a sua conduta e a finalidade da investigação. No segundo, poderá invocar a inexigibilidade de conduta diversa, pois era a única atitude viável diante das circunstâncias”. Exemplo 2: “O infiltrado, na tentativa de obter informações sobre a venda de drogas por uma organização criminosa, já estando ambientado nesse grupo delitivo, resolve violentar sexualmente um dos membros deste, a fim de que este lhe conte detalhes sobre o *modus operandi* utilizado na empreitada criminosa”. Exemplo 3: Devidamente autorizado por decisão judicial, o agente infiltrado ingressa num dado domicílio em busca de evidências da atuação de determinada organização criminosa que corrompe servidores públicos para fraudar licitações. Concluídas as buscas, o policial encontra fortuitamente uma significativa quantidade de drogas, apropria-se dela e passa a comercializá-la com o único intuito de obter lucro [...]

Outro exemplo bastante claro para visualizar a desproporcionalidade do agente, é o trazido por Souza (2015). Na hipótese, o agente se infiltraria no seio de organização criminosa responsável pela prática de crimes contra a fauna ou flora, e para angariar material provatório, o policial lesionaria ou mataria alguém. Nesse caso, resta claro que o agente responderá pela sua conduta, visto que, a natureza de atuação da organização criminosa não se mostra periculosa, sendo assim, a ação do agente desrespeitaria a proporcionalidade e a finalidade da investigação.

Em todos esses casos citados acima, a atuação desproporcional do agente se mostra clara. Nesse sentido, Masson (2016, p. 160) disserta:

[...] A desproporção do agir do infiltrado nesses casos salta aos olhos. Há, por assim dizer, um verdadeiro rompimento do nexa causal que deveria unir a atuação do agente legitimada por decisão judicial às atividades da organização criminosa investigada. A quebra desse liame indica, nas palavras da lei, a falta de

proporcionalidade com a finalidade da investigação e a necessidade de responsabilização pelo excesso [...]

Por fim, a proporcionalidade se mostra um divisor de águas entre a conduta do agente enquanto infiltrado e a finalidade almejada, tendo o Estado que se atentar aos limites impostos e legalidade, com o intuito de não contaminar as provas tornando-as ilícitas (MOURA, 2018).

3.3 Contaminação da prova colhida e o reconhecimento das palavras do Agente

Como já abordado no tópico anterior, a proporcionalidade é de suma importância durante a infiltração policial, visto que as condutas e a forma adotada pelo agente incidirão na validação ou não do material probatório colhido. Vale ressaltar que, ao se falar da ilicitude das provas, é necessário fazer uma abordagem a respeito das teorias da convalidação das provas na persecução penal.

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVI versa que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. No mesmo seguimento, o artigo 157 do Código de Processo Penal expõe:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ao se analisar o artigo 157 e seus parágrafos, fica claro que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas do processo, não podendo ser usadas como material probatório em desfavor do réu. É notório que, o legislador ao desenvolver o referido artigo, foi influenciado pela Teoria norte-americana da Árvore Envenenada, ou seja, as provas derivadas das ilícitas

também são inadmissíveis no processo criminal, tal como, uma fruta advinda de uma árvore envenenada, também estará contaminada (SOUZA, 2015).

Entretanto, há duas exceções na legislação criminal, em que as provas derivadas das ilícitas serão admitidas. A primeira delas, refere-se ao parágrafo primeiro do mesmo artigo, a chamada Teoria da Fonte Independente. Nela, é previsto que, se uma prova é encontrada em relação ao fato criminoso, porém esta não tem relação de causalidade (ligação) com as provas ilícitas, sendo conseguidas de forma autônoma, poderá ser usada no processo criminal.

A segunda exceção está prevista no parágrafo segundo do artigo 157 CPP, a chamada Teoria da Fonte Independente. Nela, entende-se que, quando uma prova ilícita iria ser descoberta naturalmente, inevitavelmente, no decorrer normal das investigações, esta será aproveitada no processo criminal, contanto que se constate que seria descoberta de um jeito ou de outro.

Assim, após a análise, é necessário pontuar algumas observações. A primeira delas é que, o material probatório angariado pelo agente durante a infiltração é lícito e poderá ser usado, visto que tal meio de obtenção de provas está previsto em lei. A segunda é que, as provas ilícitas e suas derivadas, serão desentranhadas do processo, observando o que já foi abordado anteriormente. A última, refere-se as Teorias da Fonte independente e da Descoberta inevitável, em que as provas serão admitas nessas duas exceções, sendo consideradas lícitas aos olhos do processo criminal (MOURA, 2018).

Por fim, é necessário dissertar sobre o reconhecimento das palavras do agente após o término da infiltração, em sede processual. Para Masson (2016, p. 157) “é de suma importância o depoimento testemunhal do agente infiltrado, exatamente por haver conhecido as entranhas da organização criminoso investigada.” Demais disso, o art. 202 do Código de Processo Penal é taxativo ao estabelecer que “toda pessoa poderá ser testemunha”. Noutro giro, o depoimento do policial vem sofrendo grande debate, visto que a participação do agente durante a infiltração pode influir no seu depoimento, já que o mesmo possui o objetivo de assegurar que as suas condutas são legítimas.

Desse modo, a autoridade judicial não poderá acreditar totalmente no depoimento do policial, devendo ponderar suas palavras com as demais provas materiais existentes no processo, salvo se não houver outras provas. Esse entendimento é pertinente, devido a possibilidade de o agente angariar provas de forma ilícita, como: a violação de domicílio sem mandado expedido pelo juiz, violação de correspondência, interceptação telefônica clandestina, incitação do investigado a cometer um crime e todos os possíveis excessos que o policial possa praticar durante a infiltração (SILVA, 2015).

Por último, é necessário esclarecer que, o depoimento do agente conforme o entendimento de Lima (2016), deverá ocorrer de forma anônima, visto que não teria sentido preservar a identidade do policial durante a investigação, para posteriormente revelá-la durante a fase processual, colocando assim a vida do policial em perigo. Ainda segundo Lima (2016), o material probatório colhido pelo agente como: provas documentais, apreensões, gravações ambientais, e-mails passíveis de interceptação, a título de exemplo, devem ser priorizadas, e caso ainda, seja necessário a oitiva do agente, então que aconteça de forma anônima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estudar o surgimento do crime organizado e sua evolução durante os séculos, se aperfeiçoando pelo decorrer do tempo, nota-se que, o Estado se viu na obrigação de legislar sobre o assunto, com o intuito de punir os criminosos. Como o crime organizado não se trata de um delito comum, foi necessário a criação de uma Lei especial, composta por meio extraordinários de obtenção de provas, para combater uma situação incomum.

No decorrer do artigo, é possível notar a evolução da legislação criminal e as estratégias adotadas pelo Estado, com o intuito de combater as organizações criminosas. É necessário ressaltar, a falta de técnica do legislador ao elaborar a Lei 9.034/95, já que não definiu o significado de organizações criminosas, não delimitou o procedimento e ainda se aproveitou do conceito do artigo 288 que versava sobre quadrilha ou bando (associação criminosa atualmente). Devido a essa falta de técnica do legislador, foi necessária a elaboração da Lei 10.217/01 que incorporou a lei anterior o termo “organizações ou associações criminosas” e trouxe pela primeira vez a figura do agente infiltrado.

Todavia, o legislador se mostrou incompetente novamente, e mais uma vez não definiu o significado de organizações criminosas e equiparou o tratamento dado ao delito de quadrilha ou bando, ao crime de organização e associação, delitos distintos. Além do mais, ao prever a figura do agente infiltrado, não foi previsto no bojo da referida Lei, o procedimento, os pressupostos e qual deveria ser a conduta do agente durante a infiltração.

Posteriormente, com a edição da Lei 12.694 de 24 de julho de 2012, era a primeira vez na legislação pátria, que o conceito de organização criminosa era definido por Lei Ordinária, além da possibilidade de julgamento colegiado em primeira instância. Entretanto, o referido diploma legal não previu os meios de obtenção de provas, que continuaram previstos na Lei 9.034/95, mas de maneira rasa e indefinida, ocasionado a vigência simultânea das duas

Leis. Assim, o legislador se viu na obrigação de legislar novamente, elaborando a Lei 12.850/13, atualmente em vigência.

Essa nova Lei revogou a 9.034/95, e abordou de uma forma nova e mais completa o tema, definiu o significado de organizações criminosas e trouxe de forma minuciada os meios de obtenção de prova, incluindo a figura do agente infiltrado. O referido meio de obtenção de provas, foi previsto de forma detalhada, delimitando o procedimento, os pressupostos, requisitos, como o agente deveria agir durante a infiltração, o tempo e a legitimidade para requerer a infiltração e os limites do agente infiltrado junto a sua responsabilidade criminal.

Em relação a esses dois últimos, o tema em questão gera muita discussão diante da doutrina brasileira, já que muitos defendem que deixar a cargo do Juiz, estabelecer os limites da infiltração macularia o sistema acusatório. Em relação à responsabilidade criminal do agente, a Lei informa que o policial deve respeitar a proporcionalidade e a finalidade da investigação durante sua conduta. O que parece, é que a lei em vigência foi omissa a não delimitar um rol de limites impostos ao agente e não definir o que seria essa proporcionalidade e como esta seria aplicada, ocasionado muitos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, embora a figura do agente infiltrado seja muito debatida e contestada por violar direitos fundamentais dos investigados, essa se mostra de grande valia para angariar provas frente às organizações criminosas e conseqüentemente o desmembramento do grupo. O delito de organização criminosa não é comum, é uma situação extraordinária que precisa de meios de investigação e obtenção de provas extraordinários. O Estado não pode ficar refém de criminosos, que por sua vez integram organizações estruturadas e na maioria das vezes, com vários recursos a sua disposição, se aperfeiçoando cada vez mais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cesar. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro (1940)**. República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

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

BRASIL. Lei 12.694 de 24 de julho de 2012. **Lei de organizações criminosas**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.html>.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Lei de organizações criminosas**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de Maio de 1995. **Lei de organizações criminosas**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.html>.

BRASIL. STF, **HC 96.007-SP**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2012. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, ADI 4.414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012; STF, 1ª Turma, HC 108.715/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24 set. 2013

BRASIL. **STF, súmula 145**. Julgada em: 13/12/1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=211922>>.

BRASIL. **STF, Súmula Vinculante 14**. Rel. Min. Menezes Direito, j. 02/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>.

FERNANDES, Antonio Scarance; **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GARAY, Humberto de Sá Garay. **Pacote Anticrime e seus Impacto na inteligência de segurança pública**. 2020.

Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm>.

LIMA, Renato B. **Legislação Criminal Especial**. 2ª edição. Salvador. Ed. Juspodivm, 2014;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**. Volume Único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. 2ª. Ed, São Paulo: Método, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MOURA, Takina Hikam Teixeira de. **Os limites do agente infiltrado dentro da organização criminosa: Uma análise do Princípio da Proporcionalidade como critério de validação das provas colhidas**. Brasília, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: Infiltração de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. 1ª edição. Curitiba. Ed. Juruá, 2011.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência**. In Limites Constitucionais da Investigação. São Paulo: RT, 2009.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: Nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANCHES, Rogério Cunha. **Código Penal para concursos**. 12ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial:** Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. **Crime organizado:** A Infiltração do agente como técnica de investigação criminal.