

ASSOCIAÇÃO VITORIENSE DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - AVEC
CENTRO UNIVERSITÁRIO FACOL - UNIFACOL
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO - BACHARELADO

LUCIANA ALESSANDRA DA SILVA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO POLICIAL NA *PERSECUTIO
CRIMINIS*.**

VITÓRIA DE SANTO ANTÃO - PE
2021

LUCIANA ALESSANDRA DA SILVA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO POLICIAL NA *PERSECUTIO
CRIMINIS*.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro Universitário FACOL - UNIFACOL,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito
Área de Concentração: Direito Processual
Penal
Orientadora:

RÚBIA MARINHO

VITÓRIA DE SANTO ANTÃO - PE
2021



**ASSOCIAÇÃO VITORIENSE DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E CULTURA - AVEC
CENTRO UNIVERSITÁRIO FACOL - UNIFACOL
COORDENAÇÃO DE TCC DO CURSO DE DIREITO**



**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
ATA DE DEFESA**

Nome do Acadêmico: Luciana Alessandra da Silva

Título do Trabalho de Conclusão de Curso: A constitucionalidade da infiltração policial na persecutio criminis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário FACOL - UNIFACOL, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito Processual Penal

Orientadora: Rúbia Marinho.

A Banca Examinadora composta pelos Professores abaixo, sob a Presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Monografia em nível de Graduação e a julgou nos seguintes termos:

Professor: _____

Julgamento – Nota: _____ Assinatura: _____

Professor: _____

Julgamento – Nota: _____ Assinatura: _____

Professor: _____

Julgamento – Nota: _____ Assinatura: _____

Nota Final: _____. Situação do Acadêmico: _____. Data: ___/___/___

MENÇÃO GERAL: _____

Coordenador de TCC do Curso de _____:

< Nome do coordenador de TCC do Curso aqui >
Credenciada pela Portaria nº 644, de 28 de março de 2001 – D.O.U. de 02/04/2001.
Endereço: Rua do Estudante, nº 85 – Bairro Universitário.
CEP: 55612-650 - Vitória de Santo Antão – PE
Telefone: (81) 3114.1200

Dedico a Damião Alexandre da Silva, meu avô, (*in memoriam*), que sempre contribuiu com toda a minha formação e sentia extremo orgulho em saber que a neta estava se formando em Direito.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus por nunca ter me deixado desistir e me manter sempre resiliente em todas as situações, me mostrando que tudo passa.

Agradeço a toda a minha família que sempre me deu total apoio para concretizar os meus sonhos e que em meio a tantas dificuldades fizeram o possível e o impossível para realiza-los, me incentivando e dando todo o aparato necessário para que isso aconteça.

Ao meu querido avô, que em meio a escrita dessa monografia faleceu mas me deixou uma lição inesquecível, te dedico toda a minha história profissional que irei construir, concluindo o curso que o senhor sempre amou e sonhou tanto em me ver na colação de grau. Sempre foi e sempre será o grande amor da minha vida.

Agradeço também aos meus amigos que também sempre me apoiaram e me incentivaram em todos os momentos, com companheirismo, bons conselhos e compreensão. E não poderia esquecer de todos os amigos que também fiz durante toda a graduação, compartilhando momentos diversos.

Também não poderia deixar de agradecer a todos os professores da faculdade, contribuindo de forma extremamente importante para explicar todo o conhecimento durante os cinco anos de curso.

RESUMO

O presente trabalho destina-se a analisar a constitucionalidade da infiltração policial, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela lei 12.850/13, isto é, a Lei de Organização Criminosa. O objetivo geral que norteou o trabalho é analisar se a conduta do agente policial infiltrado viola preceitos ético e morais, bem como os princípios constitucionais. Por outro lado, os objetivos específicos estão voltados para trazer aspectos gerais sobre tal instituto, analisa-lo como um meio de obtenção de prova e principalmente acerca da sua constitucionalidade. A problemática que dirigiu o respectivo trabalho é se a infiltração policial é (in) constitucional. Para responder as questões centrais da presente monografia, o método de abordagem escolhido é o método bibliográfico, utilizando jurisprudência, doutrinas e artigos científicos. Tendo em vista a crescente criminalidade na sociedade contemporânea, é necessário buscar outros meios de obtenção de provas para combatê-los de forma eficaz e garantir o pleno exercício do Estado Democrático de Direito. Contudo, ao ser regulamentada a infiltração policial surgiu questionamentos se o mesmo estaria de acordo com os princípios norteadores do ordenamento jurídico ou se com a sua atuação, estaria violando tais princípios. Também está sendo questionado sobre a ética e a moralidade na sua conduta. No decorrer do trabalho, é analisado uma perspectiva sobre a historicidade da infiltração policial, bem como todos os aspectos relevantes sobre o tema. Por outro lado, é discorrido sobre a infiltração como um meio de obtenção de prova, trazendo aspectos gerais sobre as provas no Processo Penal. Por fim, também é analisado a respeito da constitucionalidade, trazendo uma breve análise sobre os princípios aplicáveis e conseqüentemente a análise constitucional. Tão logo, a busca pelo combate ao crime organizado e a garantia da segurança pública, atuando em concordância com o princípio da proporcionalidade, está assim garantindo a ponderação entre os direitos fundamentais e o *jus puniendi*, de forma a compatibiliza-los. Sendo assim, entende-se que a infiltração policial é considerada constitucional, devendo, outrossim, adotar e respeitar o princípio da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

Palavras-Chave: Organização criminosa. Meio extraordinário de obtenção de prova. Infiltração policial. Constitucionalidade. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the constitutionality of police infiltration, introduced in the national legal system by law 12.850 / 13, that is, the Criminal Organization Law. The general objective that guided the work is to analyze whether the conduct of the infiltrated police agent violates ethical and moral precepts, as well as constitutional principles. On the other hand, the specific objectives are aimed at bringing general aspects about such an institute, analyzing it as a means of obtaining evidence and mainly about its constitutionality. The problem that directed the respective work is whether the police infiltration is (un) constitutional. To answer the central questions of the present monograph, the method of approach chosen is the bibliographic method, using jurisprudence, doctrines and scientific articles. In view of the increasing crime in contemporary society, it is necessary to seek other means of obtaining evidence to combat them effectively and guarantee the full exercise of the Democratic Rule of Law. However, when police infiltration was regulated, questions arose as to whether it would be in accordance with the guiding principles of the legal system or if with its performance, it would be violating such principles. He is also being questioned about ethics and morality in his conduct. In the course of the work, a perspective on the historicity of police infiltration is analyzed, as well as all the relevant aspects on the subject. On the other hand, it is discussed about infiltration as a means of obtaining evidence, bringing general aspects about the evidence in the Criminal Procedure. Finally, it is also analyzed with respect to constitutionality, bringing a brief analysis of the applicable principles and consequently the constitutional analysis. As soon as the search for combating organized crime and the guarantee of public security, acting in accordance with the principle of proportionality, is thus guaranteeing a balance between fundamental rights and jus puniendi, in order to make them compatible. Thus, it is understood that police infiltration is considered constitutional, and, furthermore, it must adopt and respect the principle of proportionality between the means employed and the ends pursued.

Keywords: Criminal organization. Extraordinary means of obtaining evidence. Police infiltration. Constitutionality. Proportionality principle.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	INFILTRAÇÃO POLICIAL	13
2.1	Breve histórico da infiltração policial.....	13
2.2	Conceituação da infiltração policial.....	14
2.3	Distinção com institutos afins: agente infiltrado, agente provocador, informante, agente de inteligência e agente policial disfarçado	16
2.4	Atribuição para infiltração policial.....	18
2.5	Requisitos legais para ser concedida a infiltração policial.....	19
2.6	Procedimento da infiltração policial.....	20
3	DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO DE PROVA.....	23
3.1	Conceito de provas e aspectos gerais no Processo Penal.....	23
3.2	Valor probatório do testemunho prestado pelo agente policial infiltrado.....	26
3.3	Validade das provas obtidas pelo agente infiltrado.....	27
3.4	Análise do princípio da proporcionalidade como critério de.....	29
	validação das provas colhidas	
4	ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL.....	33
4.2	Considerações sobre os princípios aplicáveis a infiltração policial.....	33
4.3	A constitucionalidade da infiltração policial.....	37
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

É inegável que os crimes de alta periculosidade não são um fenômeno atual, mas sim um problema inerente a sociedade desde os tempos remotos. Atualmente, é possível identificar com bastante veemência que esses delitos estão tomando proporções alarmantes, se tornando um verdadeiro escalonamento do crime e em consequência disso está tornando um grande problema social em função da elevada danosidade da conduta praticada.

Em razão disso, é necessário buscar outras soluções para o enfrentamento desses crimes, tendo em vista que os meios tradicionais de obtenção de provas mostram-se ultrapassados. Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo analisar um meio extraordinário de obtenção de prova no ordenamento jurídico pátrio e alguns preceitos inerentes a sua implementação, podendo ser utilizado em qualquer fase da *persecutio criminis*, denominado assim de infiltração policial (*undercover agent*). E consequentemente defender por sua constitucionalidade tendo em vista todos os motivos expostos acima.

Sendo assim, a infiltração de agentes da polícia é definida como a introdução de um agente policial em uma organização criminosa, atuando de forma disfarçada como um de seus integrantes para ganhar confiança, descobrir sua forma de atuação, isto é, o seu *modus operandi*, e posteriormente desarticular a mesma, ocultando a sua verdadeira identidade com a prévia autorização judicial e inserido de forma estável. É, também, a razão primordial, de identificar fontes de provas que possam embasar o oferecimento da denúncia de crimes graves e complexos.

Tal instituto é de suma importância na atualidade, tendo em vista que os meios convencionais de investigação restam insuficiente diante de crimes tão complexos como o de tráfico de drogas, organização criminosa, tráfico de pessoas e crimes contra a dignidade de crianças e adolescentes (essa última modalidade a infiltração é por outro meio, ou seja, virtual, que não será tratada especificamente no presente trabalho).

Também é de conhecimento geral na sociedade contemporânea que os crimes supracitados, tal como o tráfico de drogas e de pessoas, organização criminosa e entre outros, estão presentes em todas as classes sociais, sem distinção

alguma e cada vez mais evoluindo com técnicas difíceis de serem desvendadas, sendo possível visualizar uma relação vertical, com hierarquia e divisão de tarefas, dificultando assim chegar ao chefe. Esses crimes possuem grande potencial lesivo e dessa forma, indo em contrário ao propósito principal do Estado Democrático de Direito.

À vista disso, o Estado precisa de técnicas especiais de investigação. Entretanto, ao ser regulamentada essa técnica especial pela primeira vez na Lei de Organizações Criminosas, há divergências e críticas com veemência pois a lei supracitada não trouxe de forma detalhada, principalmente sobre a possibilidade de violação dos direitos constitucionais consagrados, seu valor probatório em relação as provas obtidas, as consequências que o agente infiltrado pode acarretar, a ética na sua conduta e os limites a serem estabelecidos na sua atuação de forma proporcional.

É plenamente passível de discussão se essa técnica violaria direitos fundamentais, tal como: direito à intimidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presunção da inocência, dentre outros. E que também violaria princípios explícitos na Constituição Federal, da Administração Pública, como: legalidade e moralidade e também, se em consequência disso esse instituto seria constitucional ou inconstitucional.

Entretanto, cabe ressaltar que os crimes que permitem a infiltração policial necessitam de procedimentos investigativos mais afrontosos e serão utilizados em *ultima ratio*, quando não for possível investigar de outra forma além dessa. Desde os primórdios esses crimes são difíceis de serem combatidos na sociedade e se há falta de meios mais eficazes para combatê-los eficazmente, a probabilidade da expansão torna-se conseqüentemente cada vez maior. Diante do exposto, apresentamos a seguinte problemática: a infiltração policial como meio de obtenção de prova é (in) constitucional?

Justifica-se o presente trabalho em razão da incessante expansão da criminalidade no Brasil, no qual tem-se alastrado cada vez mais na sociedade e com isso, exige do detentor do direito de punir, isto é, o Estado, de adotar meios mais eficazes de combate ao crime.

Sendo assim, surge uma reflexão de extrema importância acerca da efetividade dos meios de provas convencionais na persecução do crime e a efetiva

redução no índice de crimes de alta periculosidade, tais como os previstos na Lei de Organização Criminosa, Tráfico de drogas, Lei de terrorismo, Lei de tráfico de pessoas e crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. A dificuldade de combater determinados tipos de crimes resultam em estatísticas altas e acabam afetando bens jurídicos relevantes para a sociedade e o bem social de todos.

O objetivo geral é apresentar a atuação do agente policial infiltrado na investigação criminal, mais especificadamente sobre a ótica da (in) constitucionalidade, tendo em vista a polêmica quanto ao seu aspecto ético e moral em relação aos princípios constitucionais e os direitos fundamentais consagrados.

Apresentamos como objetivos específicos, enumerando-os em três aspectos: discutir sobre as características gerais da infiltração, tal como a sua conceituação, atuação, procedimentos, requisitos para que seja concedida a medida e por fim, a distinção com outros institutos, analisá-lo como um meio de obtenção de prova e por fim, analisar a discussão sobre a sua constitucionalidade.

Para responder as questões centrais da presente monografia, o método de abordagem escolhido é o método bibliográfico. Sua utilização se dará a partir de materiais já publicados, tais como: pesquisas científicas sobre o assunto, doutrinas, legislação, jurisprudência, artigos jurídicos, etc., utilizando-se da perspectiva descritiva, bem como da explicativa. As informações trazidas no trabalho supracitado são de caráter qualitativo e quantitativo, eventualmente, conforme a necessidade de levantamento a fim de uma melhor percepção da pauta pretendida na referida monografia, como no aprofundamento jurídico do tema e nos objetivos específicos já citados anteriormente.

O primeiro capítulo do presente trabalho tem por objetivo discorrer acerca da infiltração policial em relação aos seus aspectos gerais e introdutórios. Está sendo abordado a sua conceituação, historicidade, distinção com outros institutos afins, tal como: agente infiltrado, agente provocador agente de inteligência e agente policial disfarçado, será também analisado a atribuição para infiltração policial, isto é, quais órgãos policiais poderão ser infiltrados, bem como os requisitos legais para ser concedida e por fim, como se dará em relação a procedibilidade.

Por outro lado, o segundo capítulo versa sobre a infiltração como meio de provas no processo penal vigente. Com isso, é discorrido o conceito de provas e

aspectos gerais no Processo Penal, o valor probatório do testemunho prestado pelo agente policial infiltrado, a validade das provas obtidas por ele no curso da investigação, bem como analisado o princípio da proporcionalidade como critério de validação das provas colhidas.

Apresentar-se-á no terceiro capítulo e último capítulo sobre o principal debate do presente trabalho, isto é, a constitucionalidade da infiltração policial. Inicialmente, é abordado sobre os princípios aplicáveis a tal meio extraordinário de obtenção de provas, se os mesmos são violados ou não e sobre a sua compatibilidade constitucional.

O posicionamento deste trabalho fundamenta-se na hipótese de que a infiltração policial é considerada constitucional, tendo em vista crimes com alto poder de hostilidade justificar a infiltração criminal e se dispuser à *persecutio criminis* de forma eficaz pode diminuir os crimes que justifique esta investigação.

2 DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

2.1 Breve histórico da infiltração policial

Gomes e Silva (2015, p. 389) em seu exemplar denominado “Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação”, registram informalmente sobre os primeiros indícios da infiltração policial, sendo que para eles são os bíblicos os primeiros a descrever sobre tal tema e que Judas teria sido o primeiro agente infiltrado. Assim como alguns historiadores aludem o surgimento dessa técnica à Bíblia ou à antiguidade Grega. Contudo, formalmente, diz-se que de forma concreta a infiltração de agentes teve início na França durante o absolutismo, quando foi criado o *agente provocateur* pelo Rei Luís XIV com a finalidade de fortalecer o Ancien Régime.

Entretanto, com o passar do tempo, tal prática mostrou-se insuficiente levando à evolução da prática da espionagem. Na Inglaterra, a Polícia Metropolitana de Londres, adotaram agentes infiltrados à paisana, porém teve pouca aprovação pública porque temiam ser os mesmos usados para repressão política. Em 1906, nos EUA, os agentes infiltrados foram utilizados para combater a criminalidade e a intimidação nos bairros pobres italianos, inspirando o surgimento de outros programas secretos. Só na década de 80 a técnica de infiltração de agentes na investigação criminal ganhou força, tanto na Europa, quanto nos países latino-americanos. A legislação espanhola é das mais detalhadas e serviu de estudo e doutrina.

Em sua obra “Crime Organizado”, Marçal e Masson (2018, p. 305) relatam que é possível observar que no direito comparado a aparição do agente infiltrado nos ordenamentos jurídicos europeus, tal como na Alemanha, Portugal e em outros países, nos EUA e em países latino-americanos, como a Argentina.

No ordenamento jurídico brasileiro, a infiltração policial foi inaugurada de forma eficiente (ou ao menos buscaram a sua eficácia) na primeira Lei de Organização Criminosa, isto é, a 9.034/95 mas sem muito detalhamento e embasamento, tratando esse tema de forma omissa e lacunosa gerando diversas dúvidas a seu respeito. Após isso, foi seguida de outra que também trabalhou esse

instituto de forma expressa, sendo a Lei 11.343/06, denominada Lei de Drogas. Entretanto, a 9.034/95 foi revogada pela 12.850/13, que é a atual Lei de Organização Criminosa, e essa detalhou inteiramente esse meio extraordinário de obtenção de prova e retomou a figura do Agente Policial infiltrado, não prevendo a possibilidade de infiltração de Agente de Inteligência.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo Decreto nº 5.015/2004, também faz menção à infiltração com um caráter mais objetivo, em seu art. 20: “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.” (BRASIL, 2004)

Por fim, vale ressaltar que duas recentes leis passaram a aplicar tal meio de obtenção de prova na apuração de crimes que estão nela previstos e que não necessariamente são cometidos por organizações criminosas ou tráfico de drogas, sendo: A lei de terrorismo (13.216/16) e lei de tráfico de seres humanos (13.344/16). Outro instituto de grande relevância que passou a abordar sobre tal tema é a Lei 13.441/17, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e passou a prever uma nova modalidade infiltração de agentes caracterizada por ser efetuada não no ambiente físico, como previsto nas outras leis, mas sim na internet com o fim de prevenção, repressão e investigação de crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente e casos de pedofilia e assim, constituindo uma grande inovação de técnica investigativa no meio cibernético.

2.2 Conceituação da infiltração policial

Entende-se por infiltração policial uma técnica adotada em procedimentos excepcionais, no qual é introduzido agentes da polícia judiciária (polícia civil e polícia federal) dentro de organizações criminosas, de forma sigilosa, com a finalidade de

desvendar fontes de provas de difícil acesso e obter elementos de informação para que assim, conseqüentemente, tenha-se mais elementos informativos para o embasamento da denúncia. Cabe ressaltar que todas essas leis que tem previsão da infiltração policial alegam que essa técnica apenas é utilizada em *ultima ratio*, isto é, quando nenhum outro meio de investigação do ordenamento jurídico atual consegue desvendar elementos de informação do crime investigado e só se deve optar quando não houver um meio tão eficaz quanto, tendo que ficar demonstrada a imprescritibilidade para o sucesso da investigação. E a sua natureza jurídica permite que seja adotado em qualquer fase da *persecutio criminis*.

Nucci (2013, p. 116), em sua obra “Organização Criminosa”, conceitua a infiltração da seguinte maneira:

Como um meio de prova previsto na Lei nº 12.850/13, que destina-se a garantir que agentes policiais, em tarefas de investigação, possam ingressar, lentamente, no âmbito da organização criminosa, como se *integrantes fossem*, mantendo identidade falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão da tarefas e hierarquia interna.

Vale salientar que existem diversos conceitos acerca do agente policial infiltrado, assim como dispõe o doutrinador Lima (2020, p. 914), no ordenamento jurídico pátrio a definição comum de agente infiltrado, podem ser enumerados com os seguintes aspectos: um agente policial, ocultando a sua verdadeira identidade atua de maneira disfarçada nas organizações criminosas para ganhar confiança dos integrantes da mesma, mediante prévia autorização judicial, com o principal objetivo de identificar fontes de provas de crimes graves.

Outra definição é a exposta pelo doutrinador Mougnot (2019, p. 574):

Infiltração policial é uma das efetivas técnicas a serem utilizadas pelas unidades policiais, com o objetivo de possibilitar o ingresso de um agente extraneus que, ocultando sua real identidade, passa a fazer parte da organização criminosa de forma fictícia, com o intuito de verificar o *modus operandi* do grupo, bem como colher elementos de informação, dados e outras provas que possibilitem descortinar a atuação da precitada organização criminosa.

Sendo assim, o autor afirma que o infiltrado será o funcionário da polícia (no qual tenha atribuição para isso), que adentra na organização criminosa para conseguir informações e dessa forma, conseguir desvendá-la e tudo isso de forma sigilosa, sem ter sua identidade revelada.

Por fim, na lição de Pacheco (2009, p. 820):

Infiltração é a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles.

Como conceitua o autor acima, entranhar-se perversamente no crime que se deseja investigar e que seja cabível, com a finalidade precípua de obter elementos de prova que possibilitem combater a atividade criminosa, é denominado infiltração policial.

2.3 Distinção com institutos afins: Agente infiltrado, agente provocador, informante, agente de inteligência e agente policial disfarçado

Tendo em vista a ocorrência de equívocos em relação a conceituação de alguns institutos afins, cabe fazer algumas distinções sobre eles: agente infiltrado (conceituado no subtópico acima), agente provocador, informante e agente de inteligência.

O agente provocador é caracterizado por aquela pessoa que age de forma artilosa para obter vantagens, convencendo ou instigando o investigado a praticar determinado crime sem que esta pessoa tivesse previamente essa intenção, hipótese na qual se viola o direito fundamental de não se auto acusar e o da amplitude de defesa, comprometidos pelo engano provocado pelo agente infiltrado, tendo como objetivo precípua a obtenção de um flagrante desse ato. Para melhor exemplificação, cabe ressaltar um exemplo importante de Lima (2020, p. 920):

Exemplificando, suponha-se que, após prender o traficante de uma pequena cidade e com ele apreender seu computador pessoal no qual consta um cronograma de distribuição de drogas, a autoridade policial passe a efetuar ligações aos usuários, simulando uma venda de droga. Os usuários comparecem, então, ao local marcado, efetuando o pagamento pela aquisição da droga. Alguns minutos depois, são presos por agentes policiais que se encontravam à paisana, sendo responsabilizados pela prática do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Isso remete também ao flagrante preparado, sendo considerado o ato que é instigado também para cometer o crime, sem saber que está sendo monitorado pelas autoridades competentes ou até mesmo por terceiros que aguardam os atos executórios serem iniciados para realizar o flagrante delito. Entretanto, como dispõe o entendimento do STF na súmula 145, esse flagrante não poderá ser validado, tendo em vista que se trata de um crime impossível.

Nesse sentido, fica evidente que a figura do agente infiltrado em nada se assemelha com o agente provocador. A atuação do agente infiltrado deve se limitar as regras estabelecidas no plano operacional, não admitindo condutas que induzam os investigados ao cometimento de crimes, caracterizando, assim, a atuação de um agente provocador, direcionando a um flagrante preparado que por ser vedado compromete todas as provas obtidas em sede de investigação. Tal conduta de agir como um agente provocador viola o art. 13 da Lei 12.850/2013 que dispõe sobre os limites de atuação, baseado na proporcionalidade, que caso desrespeitado enseja em uma responsabilização penal do agente infiltrado. Outro ponto que vale salientar é que essa atuação é uma forma de violar direitos fundamentais, especificadamente o de não se auto acusar e o da amplitude de defesa.

Por outro lado, tem-se a figura do informante (também chamado por muitos doutrinadores de delator ou colaborador), é aquela pessoa que não integra o corpo policial, porém conhece determinado ambiente criminoso e atuação dos integrantes ou até mesmo por participar de algo, o mesmo sabe de informações consideradas privilegiadas e fornece para as autoridades competentes.

Já o agente de inteligência tem uma função mais genérica, segundo a Lei nº 9.883/99, considera-se inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação

governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado (art. 2º).

Por fim, tem-se a figura do agente policial disfarçado, é uma inovação legislativa trazida pelo Pacote Anticrime, disposto nos arts. 17, §2 e 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, e também na Lei de Drogas, no art. 33, §1º. IV. Tendo em vista a leitura dos referidos artigos, fica claro que só poderá ser realizado por agentes da polícia judiciária e com o principal objetivo de evitar que a difusão seja feita em partes e em pequenas quantidades. A sua validade não depende de prévia autorização judicial, ao contrário da infiltração de agentes, e está condicionada a necessidade de existir elementos probatórios que indiquem a provável prática delituosa preexistente.

Outro ponto que cabe salientar é que a infiltração pode ser dividida em duas modalidades, de acordo com a doutrina norte-americana, sendo elas: a light cover e a deep cover. A primeira é considerada uma forma mais leve e menos arriscada, sua duração não é superior a seis meses e o agente não precisa se infiltrar necessariamente. O mesmo mantém sua identidade e posição na estrutura policial, e a sua finalidade precípua se resume em uma só transação ou encontro para que se tenha informações. Por outro lado, a segunda modalidade, isto é, a deep cover é considerada mais complexa e perigosa, porque possui uma duração maior que é de seis meses e pode ser estendido, exigindo do agente o total ingresso no meio que será investigado, ou seja, infiltra-se fisicamente no interior da organização criminosa. Neste tipo de investigação, os agentes recebem identidades falsas e chegam a perder totalmente o contato com seu ambiente familiar, tudo para não colocar em risco as investigações e a sua própria vida.

Verifica-se que a infiltração não pode ser realizada por qualquer policial da instituição. Tendo em vista o grau de perigo e complexidade da operação, deve ser feita por pessoas que tenham mais equilíbrio emocional para lidar com a atribuição de ser infiltrado e além disso, de ficar longe de seus familiares por tempo indeterminado.

2.4 Atribuição para a infiltração: agentes de polícia

Masson e Marçal (2018, p. 310) indagam em sua obra “Crime Organizado” quem pode ser agente infiltrado, tendo como resposta expressamente o art. 10 da Lei do Crime Organizado, ao ser mencionado que só poderá ser realizada a infiltração policial por agentes de polícia. Dessa forma, corrigiu-se a revogada lei que admitia que essa técnica especial de investigação pudesse ser feita também por agentes de inteligência.

Sendo assim, cabe explicar tal entendimento. Na revogada lei 9.034/95 não havia restrição acerca de quem poderia se infiltrar, era autorizada a infiltração de agentes de polícia e de inteligência (ABIN), essa última era considerada de duvidosa constitucionalidade porque não é de sua competência coletar provas para o processo penal. Sendo assim, os mesmos não tem legitimidade para isso e essa seria uma causa legítima de violação de alguns direitos fundamentais. Contudo, desde a Lei 12.850/2013, só pode ocorrer precipuamente por agente da polícia judiciária, sendo elencadas no art. 144, §1º da CF/88, pois as mesmas possuem caráter investigativo, isto é, a Polícia Civil e a Polícia Federal. Corroborando com a CF/88, a doutrina não tem admitido outra espécie de agente na infiltração. Outro ponto importante é que é vedada a participação de outros agentes além dos elencados em tal artigo citado, sob pena de violação do mesmo, da Lei nº 9.883/1999, e dos arts. 4º e 157 e parágrafos do CPP.

Diante do exposto, os Tribunais Superiores vêm considerando que a execução de atos típicos de polícia judiciária como monitoramento eletrônico e telemático, bem como ação controlada, por agentes de órgão de inteligência, sem autorização judicial, acarreta a ilicitude das provas assim obtidas.

2.5 Requisitos legais para ser concedida a infiltração policial

A infiltração policial está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: Prévia autorização judicial, como aduz o art. 10, caput, da nova Lei do Crime Organizado e em fiel observância ao art. 93, IX, CF/88, esta autorização é de competência do magistrado e deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade absoluta. De acordo com Lima (2020, p. 917) a prévia autorização deve conter:

Também deverá indicar certas diretrizes a serem observadas pelo agente infiltrado além da descrição detalhada dos procedimentos investigatórios que poderão ser por ele produzidos, na medida em que o sucesso dessa medida depende de sua combinação com outros procedimentos investigatórios (v.g., apreensão de objetos, gravações ambientais e/ou telefônicas, vigilância eletrônica, etc e produtos ilícitos, de modo a facilitar a descoberta e a prova de uma determinada infração penal.

Como aduz tal doutrinador, além da decisão ser devidamente fundamentada, também deverá conter elementos que indiquem o que deve ser observado que irá se infiltrar e o que pode ser produzido por ele, para que assim tenha sucesso na infiltração.

A lei de organização criminosa também menciona expressamente, no art. 10, § 2º, que só será admitida e está condicionada se houver indícios de infração penal (*fumus commissi delicti*). Outro requisito que cabe mencionar é sobre a indispensabilidade da infiltração, como já citado, esse meio de obtenção de prova só deverá ser utilizado em *ultima ratio*, ou seja, só deve ser admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios, de maneira subsidiária e complementar. Por fim, anuência do agente policial, assim como dispõe o art. 14, I, da Lei nº 12.850/13, o agente policial tem o direito de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada.

Corroborando com o nosso entendimento, os doutrinadores em processo penal Reis e Gonçalves (2016, p. 713) aduzem que os requisitos para a realização da infiltração pressupõe: existência de indícios de infração penal praticada por organização criminosa, a impossibilidade de produção da prova por outros meios, a aceitação do encargo por parte do agente policial, a inexistência de risco iminente para o agente e por fim, como é de conhecimento geral a obtenção de prévia autorização judicial.

2.6 Procedimento da Infiltração Policial

O procedimento da infiltração de agentes está descrito na Lei 12.850/13, em seu art. 10 e seguintes, trazendo uma simbiose entre a polícia e o Ministério Público, tendo em vista que os dois órgãos irão trabalhar em conjunto. E tal procedimento se dará por meio de cinco fases, podendo ser enumeradas em: fase postulatória, fase de autorização, fixação do âmbito de infiltração e outras medidas, fase de execução da infiltração, fase de apresentação de relatórios e denúncia. Se a polícia representa pela necessidade da infiltração, o MP deve ser ouvido, mas se o MP requer infiltração, a polícia deve ser ouvida. De certa forma, em qualquer caso, deve ser anteposto de autorização judicial e por meio de um procedimento sigiloso.

Tal lei diz que essa técnica deve perdurar por até 6 meses, podendo ser renovada quantas vezes for necessário, porém exige que essa decisão seja devidamente motivada, assim como em qualquer outra decisão judicial. E, findo o prazo da operação, deverá ser emitido um relatório circunstanciado pela Autoridade Policial, na sequência cientificado o Ministério Público.

Como dispõe Nucci (2013, p. 122), em sua obra “Organização Criminosa”, são basicamente três elementos para constar a representação do delegado ou do MP, sendo os mesmos: demonstração de indícios de materialidade, necessidade da medida, alcance de tarefas, nome ou apelido dos investigados e por fim, o local que se dará a infiltração policial.

Outro ponto importante é que não raras vezes o agente será obrigado a praticar algum delito para não ter sua verdadeira identidade revelada. A Lei de organização criminosa aduz que se o agente infiltrado não extrapolar os fins da infiltração e não agir com desproporcionalidade, não responderá por crimes eventualmente praticados durante as diligências, porque dele é inexigível conduta diversa. Os crimes praticados no âmbito da investigação são considerados típico, ilícito mas não é culpável, tratando-se assim de uma causa de inexigibilidade de conduta diversa e não de causa extintiva da punibilidade.

Nas lições de Cunha, em seu artigo publicado com o tema “A figura do agente infiltrado e sua responsabilidade penal” e em conformidade com a teoria da acessoriedade limitada, será punido apenas os partícipes (integrantes da organização) pelo delito praticado.

Vale salientar também que o *undecover agent* não é obrigado a aceitar o encargo de se infiltrar ou caso o mesmo aceite, pode fazer cessar a qualquer tempo. Da mesma forma, é permitido a alteração da sua identidade, não ter sua identidade

revelada, nem fotografada ou filmado por meio de comunicação. Sendo assim, fica evidenciado a preocupação do legislador com o agente para proteger sua integridade física e sobretudo, a sua própria vida.

Por outro lado, a lei 13.441/17, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e introduziu a infiltração virtual de agentes, não fez isso e aduz que se o MP requer pela infiltração é dispensado a oitiva policial. A lei agiu erroneamente, porque quem irá realizar ou não a infiltração é a polícia, então nada mais coerente do que ouvi-la para saber se há possibilidade, se tem estrutura, viabilidade e eficiência em ser realizado tal procedimento. O prazo é mais rígido e não poderá exceder a 90 dias, sem prejuízo de renovação, desde que o total não exceda a 720 dias, conforme o art. 190-A de tal dispositivo legal.

De maneira diferente a lei de organização criminosa, a lei 13.441/17 diz que o agente infiltrado na internet não comete crime. Nesse caso, não está falando que dele é inexigível conduta diversa, mas sim que ele não pratica crime algum. A doutrina tem entendido que não há hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, mas sim um caso de atipicidade.

3 DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

3.1 Conceito de provas e aspectos gerais no Processo Penal

Inicialmente, cabe ressaltar o entendimento do doutrinador Lima (2020, p. 656), no qual aduz que em sentido amplo, prova significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Corroborando com esse entendimento, conceitualmente, a prova no processo penal é considerada um ato e complexo que serve como embasamento para formar a plena convicção do magistrado e dar veracidade aos fatos investigados na persecução penal.

Por outro lado, cabe demonstrar o entendimento de Nucci (2020, p. 591):

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

Dessa forma, diante do exposto, prova é considerado tudo aquilo que confirma e reconhece a veracidade de determinado fato praticado.

As provas no processo penal tem como objetivo primordial os fatos que pretende demonstrar para influenciar no julgamento do feito, sendo considerado um elemento indispensável para a decisão de uma lide. Dessa forma, no processo penal tudo que ensejar na atribuição da culpabilidade para tipificação de um ato delituoso ou até mesmo na exclusão da culpabilidade, deverá ser provado. Sua finalidade é convencer o magistrado sobre a verdade real de um fato litigioso. Sendo assim, importante demonstrar também o entendimento de Pacelli (2020, p. 416):

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

Como visto, o principal objetivo das provas é de reconstruir tudo aquilo que está sendo investigado e trazer dessa forma, mais veracidade e certeza para os fatos na persecução penal.

Para Nucci (2020, p. 591), há três sentidos para a prova, sendo: o ato de provar para dar veracidade aos fatos, o meio para demonstrar a verdade acerca de algo e por fim, o resultado da ação de provar, isto é, a análise do que foi colhido. Isso serve como embasamento para uma possível condenação pelo magistrado, porque é exigido do mesmo que tenha certeza e não apenas uma dúvida, e por conseguinte, essa certeza só poderá ser adquirida por meio das provas colhidas.

No ordenamento jurídico pátrio, as provas estão descritas no art. 155 e seguintes do CPP, sendo todas as provas admitidas no processo penal, exceto as que são expressamente vedadas. Os meios de provas podem ser lícitos, admitidos pelo Juiz ou ilícitos, sendo inadmissíveis dispendo assim o art. 157 do CPP, são entendidas assim por violarem normas constitucionais ou legais, dessa forma, as mesmas devem ser desentranhadas dos autos do processo.

Outrossim, os meios ilícitos abrangem não somente os que forem proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito, como destaca Nucci (2020, p. 599).

Rangel (2019, p. 829) em sua obra aduz que:

A teoria da prova pertence ao ramo do direito processual porque se refere não à determinação dos delitos e das penas, mas, sim, às normas necessárias à comprovação das infrações penais e de suas circunstâncias.

Diante do exposto, a prova é um instrumento para que seja demonstrado a prática do ilícito cometido pelo investigado e não uma forma de conceituar ou caracterizar os delitos cometidos e nem as penas impostas.

Cabe salientar uma diferença importante em relação as provas, existem os meios de provas que são considerados as testemunhas, porque por seu intermédio prova-se algo relevante para o processo, como também a perícia e a confissão. E, por outro lado, existe o meio de obter prova, isto é, um mecanismo para obter as provas mais eficazes para o processo, quem, na realidade, tornar-se-á prova, nos

autos, é o policial infiltrado, atuando como testemunha, como aduz Nucci (2020, p. 599, 600) em sua obra.

De forma mais clara, Junior (2020, p. 586) define que o meio de prova será o meio que oferecerá ao magistrado os meios de conhecimento cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão. De outra forma, o meio de obtenção são os instrumentos que permitem a obtenção de determinada prova.

Na doutrina atual, costuma-se classificar os meios de obtenção de provas com base no grau de restrição aos direitos e garantias do investigado, sendo: ordinário e extraordinário. Entende-se por meio ordinário aqueles previstos não apenas para investigação de delitos graves, mas para investigar também infrações de menor gravidade, cuja forma de execução é diferenciada, por ser escondida sob o manto protetor da inviolabilidade de bens jurídicos individuais. Tendo como exemplo uma busca domiciliar. Por outro lado, os meios extraordinários ou também chamado de técnicas especiais de investigação criminal, são ferramentas de caráter sigiloso postas à disposição da polícia, dos órgãos da ABIN e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves e considerados mais complexos de investigar-se, exigindo assim, estratégias investigativas análogas das usadas tradicionalmente para os demais crimes, essas tradicionais normalmente usam a prova documental ou testemunhal.

Sendo assim, a infiltração policial como já visto anteriormente é considerada um meio extraordinário de provas em sede processual penal. Irrefutavelmente, como algumas técnicas especiais, assim como a infiltração, são intrusivas, podendo extrapolar esferas da intimidade e da vida privada, somente poderá ocorrer se a medida investigativa for legal e se com o emprego de tal técnica, se prestar um fim legítimo e que realmente seja necessária para se alcançar a finalidade para qual é destinada.

3.2 Valor probatório do testemunho prestado pelo infiltrado

Como já visto no presente trabalho, a infiltração é considerada uma forma mista de obtenção de prova, porque envolve a busca e a testemunha, uma vez que o agente busca provas enquanto conhece toda a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, posteriormente, como testemunha no processo penal. Dessa forma, o agente poderá ser ouvido como testemunha.

Concluso o prazo e a infiltração policial, é possível que o agente infiltrado possa servir como testemunha na instrução, além dos relatórios prestados pelo mesmo durante toda a infiltração. Sendo essa uma maneira também do acusado exercer, ainda que de forma deferida, o contraditório e a ampla defesa para garantir o seu direito plenamente protegido.

Contudo, é possível encontrar divergência na doutrina acerca do tema, tendo em vista que alguns autores concordam com o agente infiltrado ser testemunha, por outro lado alguns doutrinadores não concordam com tal atuação, sobre o assunto Gomes e Silva (2015, p. 408) lecionam que é desnecessária a oitiva do agente infiltrado, pois não se trata de testemunha, mas sim como mero realizador da técnica especial de investigação da infiltração de agentes policiais. Por outro lado, Mendroni (2010, p. 23) indica:

Há que se considerar, embora silencie a lei, a permissividade de o agente infiltrado servir de testemunhas em Juízo das ações e situações que presenciar. Nada impede, ao contrário, tudo sugere que ele deva servir como testemunhas de importante valor probatório, a respeito das atividades da organização criminosas dentro da qual terá convivido. Isso porque ele estará em condições de descrever ao Juiz tudo, ou grande parte, do que tiver presenciado, e relatar as atividades criminosas e os respectivos modus operandi.

Corroborando com o entendimento de Mendroni (2010, p. 23), é inegável que o depoimento testemunhal do infiltrado é de suma importância, exatamente porque o mesmo sabe exatamente de todos os pontos da organização criminosa ou de outro crime que esteja infiltrado para investigar e não são todos os fatos que serão comprovador de forma documental. Corroborando com isso, o art. 202 do CPP é taxativo ao estabelecer que toda pessoa poderá ser testemunha no processo penal. Como nosso ordenamento jurídico pátrio é baseado no livre convencimento do juiz, não cabe então retirar ou diminuir o valor probatório do depoimento testemunhal do policial.

Outro ponto importante que cabe ressaltar é que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo

desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal”.

Como dispõe Masson e Marçal (2018, p. 320):

Se nos processos criminais ordinários têm valia a oitiva em juízo dos policiais que atuaram na fase investigatória, com muito mais razão terá valor probatório o testemunho do policial infiltrado que atuou autorizado pelo Poder Judiciário e foi permanentemente controlado pelo Ministério Público e pela autoridade policial.

Sendo assim, não poderia ser diferente, até porque não há ninguém além do infiltrado que poderia ser mais capacitado para discorrer sobre todos os pontos do crime investigado, sua composição, forma de divisão de tarefas e demais atuações no seu *modus operandi*. Por fim, é inegável que não há pessoa mais habilitada para detalhar todos os pontos visto no crime que esteja infiltrado para investigar.

3.3 Validade das provas obtidas pelo agente infiltrado

É de conhecimento geral que para a obtenção de provas na *persecutio criminis*, o agente infiltrado deverá seguir os parâmetros exigidos na legislação vigente e os estipulados pelo magistrado, para que assim as provas sejam consideradas lícitas e por conseguinte, válidas. Caso contrarie tais preceitos, as provas podem ser consideradas ilícitas ou inválidas. Assim como aduz a Constituição Federal que estabeleceu em seu art. 5º, LVI que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Dessa forma, o agente não poderá agir da forma que desejar para conseguir alcançar as provas pretendidas e a sua atuação é limitada para obtenção de provas.

Nas lições de Pacheco (2011, p. 11):

O que realmente importa para legitimar a ação e determinar a validação da prova produzida pelo agente infiltrado é que ele não induza e não instigue os sujeitos envolvidos a praticarem crimes que de outro modo não praticariam.

Sendo assim, corroborando com tal entendimento de Pacheco, o agente policial infiltrado não poderá de forma alguma atuar na infiltração como agente

provocador, sob pena de invalidade total da prova obtida. Sua função é apenas de buscar elementos de provas e não de instigar ou induzir a prática de um crime que o investigado não queira ou não tinha a pretensão de cometer.

Cabe ressaltar o que seria considerado provas ilícitas, segundo o entendimento de Avena (2020, p. 104) seriam as provas obtidas mediante violação a Constituição Federal, de forma direta ou até mesmo indireta e não poderão ser usadas para convicção do juiz.

Como aduz Lima (2020, p. 661):

Deveras, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, caput).

Sendo assim, verifica-se que para o doutrinador acima, como a infiltração é considerada um meio de obtenção de provas, a sua ilegalidade será inadmissível no processo e será desclassificada para utiliza-la.

Como visto, o agente poderá utilizar todos os meios para obtenção de recursos probatórios para contribuir na fase pré processual e por conseguinte, para embasar uma ação penal provocada pelo *parquet*. O agente poderá utilizar diversas técnicas que lhe sejam mais favoráveis para adquirir as informações e entre elas, as mais utilizadas são a filmagem e fotos, tendo mais probabilidade da conduta delitiva pelos investigados, outro método utilizado em diversas vezes é a apreensão de documentos, objetos e materiais usados na prática dos crimes e também em muitos casos, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, sendo essa também um meio extraordinário de obtenção de prova.

Via de regra, como visto a cima, se o agente policial infiltrado cumprir todas as disposições exigíveis descritas na autorização, é escassa a probabilidade de haver alguma ilicitude e conseqüentemente a nulidade e invalidade de qualquer prova obtida pelo mesmo. E por fim, deve-se analisar como serão valoradas as provas obtidas pelo mesmo, tanto na instrução como testemunha, como nos relatórios feitos durante toda a infiltração policial.

3.4 Análise do princípio da proporcionalidade como critério de validação das provas colhidas

Em concordância com o presente trabalho e como bastante frisado, a infiltração policial tem como objetivo precípua a obtenção de provas para subsidiar a *persecutio criminis*, entretanto o agente não poderá atuar da maneira que mais deseja com inobservância de regras e princípios aplicáveis a sua atuação. Sendo assim, cabe discorrer sobre o princípio da proporcionalidade para a validação da prova colhida, tendo em vista que a sua forma de atuação que irá definir a convalidação de tais provas obtidas.

O princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente na Lei de Organização Criminosa e na Constituição Federal, mas apesar disso, é possível observar a menção indireta do princípio supracitado no art. 13 da Lei 12.850/13 e no art. 5º LVI da CF/88. Os dispositivos legais fazem menção ao mesmo informando que o agente responderá pelos excessos praticados, quando não guardar a devida proporcionalidade e sobre a garantia do devido processo legal, respectivamente em tais documentos legislativos.

Para Pacelli (2013, p. 374), ao ser aplicado esse princípio em tais situações, destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco e da maneira menos gravosa aos outros. Devendo sempre manter a ponderação dos dois lados.

O objetivo principal desse princípio é de coibir excessos desnecessários e de equilibrar os direitos individuais de todos, sendo assim, o agente policial infiltrado não poderá cometer excessos na sua atuação. Daí se dá a importância central do princípio supracitado, servindo como um coeficiente de aferição da conduta praticada como postulado básico.

Nucci (2013, p. 75, 82 e 83) dispõe em sua obra um exemplo importante sobre essa exceção e falta de proporcionalidade na conduta, exemplificando:

Ilustrando, 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 sua conduta

e a finalidade da investigação. No seguindo, poderá invocar a inexigibilidade de conduta diversa, pois era a única atitude viável das circunstâncias.

Como visto, não responderá pela conduta proporcional, mas sim pela desproporcionalidade na conduta e sem observar os objetivos da investigação.

A antiga lei de organização criminosa e a atual lei de drogas, que também regulamenta sobre a infiltração policial, não faziam menção a conduta do agente do âmbito investigativo. Daí a importância da atual lei de organização criminosa em discorrer sobre o tema. Porém, mesmo com a ausência da lei em descrever quais seria os seus limites de atuação e o que poderia cometer e não deixando de forma clara o que poderia ser utilizado, é pacífico que é vedado cometer crimes com emprego de violência ou grave ameaça ou que resulte morte. Será encoberto qualquer ato que demonstre ser necessário para sua sobrevivência dentro do crime investigado ou para proteger a sua integridade física ou de terceiros, não resultando em uma futura punibilidade para o agente.

Como é de conhecimento geral, o mesmo em determinadas ocasiões deverá cometer ou ajudar a cometer algum ilícito penal para cobrir a sua verdadeira identidade. E dependendo do caso concreto, a recusa em praticar alguma atividade poderá levantar sérias suspeitas sobre a sua verdadeira identidade, colocando em vista sua própria integridade física e conseqüentemente todo o procedimento investigatório.

Outro ponto importante que cabe ressaltar, é uma explanação trazida por Lima (2020, p. 922):

A despeito da redação genérica do art. 13 da Lei n. 12.850/13, que faz referência à atuação desproporcional do agente com a finalidade da investigação, sem explicitar melhor o que poderia ser compreendido como excesso por ele praticado, parece-nos evidente que o undercover agent não poderá ser responsabilizado por quaisquer das infrações penais de que trata o art. 2º da Lei nº 12.850/13 (v.g., integrar organização criminosa), nem tampouco pelos crimes de associações criminosas (v.g., art. 35 da Lei nº 11.343/06 ou art. 288 do CP). Afinal, o fato de haver prévia autorização judicial para a utilização dessa técnica especial de investigação, permitindo sua infiltração no seio da organização criminosa, tem o condão de afastar a ilicitude de sua conduta, diante do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23, III).

Sendo assim, a exclusão da ilicitude é evidente e inafastável, tendo em vista a autorização judicial, o agente estaria integrando para fins de investigação criminal para fins de colheita de provas e melhor viabilização do controle do crime investigado.

Outrossim, ao ser coagido para a prática de outras condutas o ideal é considerar uma causa de inexigibilidade de conduta diversa, conseqüentemente terá a exclusão da culpabilidade, desqualificando a teoria do crime, entretanto, só será aceito se agir com a devida proporcionalidade descrita acima e mantendo a finalidade primordial da investigação. O art. 13 da Lei de Organização Criminosa dispõe expressamente sobre essa exclusão, ela torna-se de caráter dúbio porque primeiramente faz menção à não punibilidade do agente policial infiltrado e depois, faz referência a uma causa de inexigibilidade de conduta diversa.

Para que as provas colhidas tenham validação, levando em consideração o princípio supracitado, deverá também estar convalidado com o pressuposto formal desse princípio, isto é, a legalidade e com o pressuposto material que é a justificação teleológica, de acordo com Lima (2020, p. 83).

Sobre o tema, Pinto (2007, p. 81) aduz que:

Vemos que para a total integração do infiltrado na organização criminosa, não se descarta a possibilidade de que venha a praticar alguns crimes, pois ao buscar infiltrar-se no mundo da droga o policial deve acostumar-se com o consumo e ao tráfico; ao buscar relação com uma quadrilha de falsificadores deverá possuir dinheiro e documentos falsos; ao relacionar-se com um bando de assaltantes a carros fortes ou roubo de cargas, deve acostumar-se às ações que garantem a execução do crime.

Como já visto anteriormente e corroborando com o entendimento da autora, em todas as infiltrações é plenamente possível que o agente tenha que praticar algo e deverá acostumar-se, enquanto perdurar a infiltração, com o ambiente que está inserido.

Por fim, ao ser excluído a culpabilidade do delito praticado pelo agente infiltrado, por meio da teoria da acessoriedade limitada e subsistindo a tipicidade e ilicitude da conduta, será plenamente permitido e aceitável a punição dos demais integrantes da organização criminosa pelas infrações penais praticadas, ou por qualquer outro crime que esteja infiltrado. Além disso, o princípio da proporcionalidade é de suma importância entre a conduta do agente e o fim a ser

atingido, de maneira a validar a legalidade das provas obtidas, fazendo com que o agente antes de cometer qualquer conduta, analise anteriormente se é razoável ou não.

4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

4.1 Considerações sobre os princípios aplicáveis a infiltração policial

Mesmo com a expressa previsão dessa técnica de investigação criminal, é discutido se sua atuação violaria princípios constitucionais consagrados e princípios administrativos da legalidade e moralidade, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal ou se é necessário, tendo em vista os crimes de alta periculosidade. Com isso, conseqüentemente, surge um questionamento e uma discussão sobre a sua constitucionalidade na implementação do ordenamento jurídico pátrio. Contudo, inicialmente cabe fazer uma análise dos princípios aplicáveis a infiltração policial.

Nas lições de Reale (2002, p. 304-305):

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa do Direito quando o de sua atualização prática.

Visto isso, de acordo com o entendimento do doutrinador acima, os princípios gerais do direito servem primordialmente para orientar e condicionar o ordenamento jurídico. Logo, são considerados um alicerce no viés da proteção da limitação do poder de punir e dar garantia a todos os investigados e servem como parâmetro na elaboração de leis penais e na sua interpretação pelos julgadores.

Os princípios se desdobram de várias formas e em todos os ramos do Direito, para dar maior segurança jurídica na elaboração de tais normas, que deverão obedecê-los para serem considerados válidos. Sendo assim, após entendermos o conceito e objetivo dos princípios, cabe analisar os princípios que supostamente são considerados violados.

Como dispõe Carvalho (2018, p. 66) em sua obra:

o administrador público somente pode atuar conforme determina a lei, amplamente considerada, abarcando todas as formas legislativas - desde o próprio texto constitucional até as leis ordinárias, complementares e delegadas. É a garantia de que todos os conflitos sejam solucionados pela lei, não podendo o agente estatal praticar

condutas que considere devidas, sem que haja embasamento legal específico.

Como visto na citação acima, o agente público para praticar atos deve analisar se tal ato está previsto em lei, caso não esteja, o ato será considerado ilícito. Dessa forma, com a previsão legislativa na Lei de Organização Criminosa, respeita inteiramente o princípio da legalidade.

Por outro lado, também é discutido sobre a moralidade na sua conduta. Devendo estar em consonância com o princípio da moralidade, no qual aduz que o agente público deverá levar em sua conduta como forma essencial uma particularidade, sendo a ética em sua conduta praticada. E é por esse motivo que se discute se a sua atuação fere o princípio supracitado ou não.

Carvalho (2018, p. 72) entende por esse princípio da seguinte forma:

Trata-se de princípio que exige a honestidade, lealdade, boa-fé de conduta no exercício da função administrativa - ou seja, a atuação não corrupta dos gestores públicos, ao tratar com a coisa de titularidade do Estado. Esta norma estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que se assegure o exercício da função pública de forma a atender às necessidades coletivas.

Como dispõe o doutrinador, a conduta deverá ser pautada na eticidade e boa-fé, de forma a atender às necessidades coletivas. Sendo assim, não há o que se falar em violação porque a legislação pertinente autoriza essa prática e em razão da proporcionalidade na sua conduta, como já visto anteriormente, no qual o agente deverá agir estritamente como a lei autoriza de forma proporcional para garantir o interesse público.

Da mesma forma que é discutido acerca da violação dos princípios administrativos, também é discutido sobre a violação dos princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e não há como não tratar desses aspectos constitucionais em relação a infiltração policial.

Como já visto acima e é de conhecimento geral, em um estado Democrático de Direito existem princípios basilares no qual todas as normas devem seguir aos parâmetros desses princípios, para que assim a norma seja considerada válida e tenha eficácia jurídica. Sendo assim, qualquer lei que não tenha como base e que

não respeite esses direitos e garantias fundamentais, não terá validade no ordenamento jurídico pátrio.

À vista disso, o Processo Penal não pode atuar conforme a sua vontade, precisa estar em consonância com os princípios estabelecidos para que sua norma tenha validade e conseqüentemente a eficácia jurídica. Com isso, a infiltração policial deverá seguir esses parâmetros na sua implementação, com observância das garantias constitucionais para aplicar corretamente o *jus puniendi*.

Mas, inicialmente, antes de entrar no mérito de cada princípio, cabe salientar que nenhum direito fundamental é absoluto e conforme leciona Lenza (2018, p. 1178) em relação as características dos direitos fundamentais, tem-se a limitabilidade desses direitos. Isto é, não são absolutos e se houver conflitos de interesses a solução deverá vir na própria Constituição Federal ou caberá ao intérprete, diante do caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer.

E continuando nessa acepção, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em tempos remotos sobre os direitos e garantias fundamentais não terem caráter absoluto, sendo assim: “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (BRASIL, 1999).

A Constituição Federal de forma expressa aduz que são invioláveis a vida privada, a honra, a imagem e a intimidade de cada pessoa, como dispõe o art. 5º, X. Por outro lado, também assegura o devido processo legal, a publicidade dos atos processuais, a ampla defesa e o contraditório e também a vedação de produzir provas contra si mesmo.

Em decorrência do devido processo legal, tem-se a ampla defesa e o contraditório. O primeiro faz com que as partes tenham conhecimento dos fatos

alegados e possa contraditá-los e inclusive o direito de permanecer calado. Por outro lado, o segundo se relaciona com o direito do acusado de defender-se das acusações e esclarecer a veracidade dos fatos alegados.

Outro ponto que cabe ressaltar é que a Constituição e nem alguma lei do ordenamento jurídico faz menção sobre o tempo que o contraditório deverá ser feito, sendo assim não há implicação se será feita concomitante ou posterior a obtenção da prova. Tendo em vista que o acusado poderá contraditar essas provas em momento oportuno, não há que se falar é suposta violação a esse princípio. O que se tem nesse caso é o chamado contraditório diferido, isto é, em momento posterior a obtenção de prova o acusado terá seu direito resguardado de criticar, requerer ou demonstrar provas no processo.

Salienta-se também, corroborando com o entendimento acima, que o devido processo legal não se limita apenas ao contraditório e a ampla defesa. Também é assegurado o direito do acusado constituir um advogado e ter ciência dos seus direitos, direito a um juiz natural consagrado pela CF para julgar todos os atos processuais, direito a citação, ao duplo grau de jurisdição e dentro outros. Direitos esses que também serão assegurados ao investigado em momento oportuno, ficando claro que não há violação a todos esses desdobramentos do princípio supracitado.

Em relação a publicidade dos atos processuais, via de regra, todos os atos pré processuais e durante a ação penal serão públicos para todos que desejam obter informações sobre esse aspecto, assim como dispõe o art. 93, IX da CF/88. Entretanto, há exceção quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, como aduz o art. 5º, LX da CF/88.

É inegável que em determinadas investigações, para que possa ter sucesso absoluto na medida o sigilo é imprescindível, para resguardar a identidade de todos envolvidos e para que não corra o risco da operação ser devastada pelos criminosos. Deste modo, a publicidade poderá ser restringida apenas ao juiz, a autoridade policial e o membro do Ministério Público. À vista disso, não há que se falar em uma possível violação, pois em momento oportuno será público todos os atos, mas durante a investigação e a infiltração, esses atos deverão ser restringidos a publicidade.

O direito a intimidade, garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º,X, garante que esse é um direito inviolável. Intimidade está relacionado com a vida

íntima de cada indivíduo, relativos a família, amigos e relações subjetivas, como dispõe o doutrinador Moraes (2015, p. 54). No âmbito da infiltração, o agente terá acesso a toda intimidade do investigado e enviará para as autoridades competentes no seu relatório final.

Então, de maneira óbvia, algumas técnicas mais invasivas tal como a infiltração, irá explorar as esferas da intimidade e da vida privada do indivíduo mas a sua aplicação no caso concreto só poderá ser feita mediante prévia autorização judicial, a sua utilização for para uma finalidade precípua específica e se realmente essa técnica for necessária para alcançar a prova que se destina, corroborando com esse entendimento o doutrinador Lima (2020, p. 662).

Sendo assim, como visto acima, apesar do direito supracitado não estar totalmente resguardado, não há que se falar em violação tendo em vista que isso esse procedimento só se dará em *ultima ratio* e com autorização para que seja feita e principalmente, com a finalidade de agir com esse meio de obtenção de prova e em consonância com o princípio da proporcionalidade na sua atuação.

Outro princípio debatido é o da não incriminação (*nemo tenetur se detegere*) ou da presunção da inocência, ou seja, que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo e nem será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ao se infiltrar, os investigados irão praticar a conduta delituosa na sua presença, podendo tirar fotos e realizar filmagens e isso, indiretamente se incriminando e produzindo provas contra si mesmo. Sendo assim, surgem dúvidas da relação entre esse princípio e esse meio de obtenção de provas.

Entretanto, o que é vedado pela legislação é que o investigado/acusado produza isso com outra pessoa o obrigando, de forma que não seja por livre e espontânea vontade do mesmo. Mas não é vedado que seja transformado em prova um ato que seja praticado livremente.

4.2 A constitucionalidade da infiltração policial

Como visto, a partir da suposta violação desses princípios supracitados e por ser um meio mais invasivo do que o habitual, gera uma discussão acerca da sua constitucionalidade como meio de obtenção de prova no processo penal por parte da doutrina. E para isso, será debatido e abordado posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema.

Esse debate era mais recorrente antes da atual Lei de Organização Criminosa, pois não havia sido regulamentada de forma detalhada, à vista disso Serys Slhessarenko senadora da época apresentou de forma favorável para que fosse retirado esse instituto e defendia a sua inconstitucionalidade, como aduz o PLS nº 150/06 apresentado por ela. A senadora supracitada alegava que isso violaria o preceito ético do Estado Democrático de Direito e que violaria também, os princípios da moralidade e da legalidade, basilares para o Estado-Administração e a segurança pessoal do agente.

Contudo, após o advento da nova lei em 2013, que passou a ser mais detalhada em todos os seus aspectos o senador Aloizio Mercadante deu um parecer favorável a sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio e conseqüentemente entendeu por sua constitucionalidade. O mesmo também salientou que a infiltração não foi objeto de nenhuma forma de impugnação, diante o STF e no âmbito do controle de constitucionalidade.

Pacheco (2011, p. 109/110) aduz que esse meio de obtenção de prova relembra um problema visto em tempos remotos, retornando o dilema ético e o debate sobre os meios e fins. Onde o Estado ao usar a infiltração sobre o pretexto de combater o crime, também o praticasse, ainda que não fosse de acordo com a sua vontade. Esse dilema ético sobre os fins justificarem os meios, sendo a moral substantiva dos meios e a moral formal dos fins a atingir, foi abordada por Nicolau Maquiavel em tempos remotos.

Agora, cabe conhecer alguns entendimentos dos doutrinadores a respeito do tema. Nas lições de Carlos e Friede (2014, p. 8), proferem-se da seguinte forma:

(...) 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, próprio Estado em vez de exercer a função de prevenção penal pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso.

Como visto, para os doutrinadores a crítica está baseada, principalmente, em relação a eticidade dessa conduta praticada pelo agente e pelo escrito não demonstrando se são totalmente a favor da manutenção dessa medida, entendendo

ser de caráter duvidoso. A crítica baseia-se também quando ao realizar essa técnica, o agente infiltrado se equipara ao criminoso de forma imoral e principalmente, com a conveniência do Estado em concordar com essa atuação.

Porém, o nosso entendimento é contrário tendo em vista que os meios atuais de obtenção de provas são insuficientes e que essa medida só será concedida mediante prévia autorização judicial e em *ultima ratio*, assim como dispõe Lima (2020, p. 915) corroborando com o nosso entendimento.

Cabe salientar outro crítico a esse meio de obtenção de prova, Brito (2020, p. 264) no qual aduz que:

(...) as desvantagens decorrentes do agente infiltrado são muito maiores que as possíveis vantagens, o que, por si só, deslegitima a atuação do Estado neste sentido (...) a existência de outros institutos tão eficazes quanto a infiltração corrobora para sua não aplicação, e servem de lápide a um instituto que, cada vez mais, vem sendo sepultado pela dogmática internacional.

Como visto, o autor não concorda com a infiltração de agentes tendo em vista que, na sua opinião, esse meio contribui de forma mais maléfica do que benéfica para a investigação e que existem outros institutos mais eficazes, incidindo assim para a sua não aplicação.

Contudo, o doutrinador supracitado não especifica quais seriam esses meios que o mesmo considera mais eficaz do que a infiltração policial e quais seriam as possíveis desvantagens em sua aplicação. Sendo assim, não basta apenas o seu entendimento, deverá ser demonstrado qual a outra forma que seria mais benéfica e eficaz e explanar os motivos que ensejam tal opinião.

Por outro lado, Sousa (2015, p. 100) em sua obra "*Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*", defende a infiltração dispondo da seguinte forma:

Portanto, deve ser afastada a arguição de inconstitucionalidade material da previsão legal de infiltração policial, sob o fundamento de mácula à moralidade administrativa, cujo exame de compatibilidade constitucional pautar-se não sobre o instituto enquanto realidade ontológica, mas sim na sua regulamentação normativa específica e nos atos efetivamente levados a cabo, utilizando-se das técnicas de valoração e vedação de provas previstas na Constituição de 1988.

O autor defende que não há que se falar em inconstitucionalidade em relação a esse meio extraordinário de obtenção de prova, tendo em vista estar compatível com a Constituição pois essa será exercida mediante controle judicial, com proporcionalidade e respeito aos limites estabelecidos pela legislação vigente.

Como visto acima, o principal motivo que norteia essa discussão é o fato de ser violado ou não os preceitos éticos durante a infiltração policial. Contudo, é inevitável o conflito de interesses, em qualquer relação social, tendo em vista que isso está inerente na convivência social e não apenas nesse método. Em determinados casos, e não raras vezes, as normas constitucionais não terão como abarcar todos os direitos que são assegurados.

Como esse é um procedimento que demanda de prévia autorização judicial, não há que se falar em ser ilícita a conduta. É lícita porque é autorizada judicialmente e é de forma excepcional, apenas nos casos que estiverem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, isto é, se houver indícios de materialidade e autoria, é necessário demonstrar o risco ou prejuízo que a não realização imediata desta diligência poderá representar para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais.

Posto isso, como visto no parágrafo acima, a infiltração deverá ser pautada nos indícios e como é uma medida que se dá em *ultima ratio*, também está abarcada pelo princípio da subsidiariedade trazido expressamente na Lei de Organização Criminosa, no qual a lei faz essa ressalva em seu art. 10-A, §3º, deixando transparecer o seu caráter subsidiário, isto é, só será concedida quando nenhum outro meio disponível for possível para obter os resultados pretendidos. Então, será feito um critério de exclusão diante os outros meios de obtenção de prova até chegar a infiltração policial.

Se existe esse impasse entre proteger os direitos fundamentais e do outro lado, o de proteger a sociedade e se isso conseqüentemente está gerando uma colisão, o que deverá prevalecer perante a proteção integral do Estado? Entendemos que o Estado, agindo e sendo o detentor do *jus puniendi*, adotará o princípio da proporcionalidade para resolver a solução de tais conflitos, princípio esse que já foi estudado anteriormente. Sendo assim, deverá haver um equilíbrio, preponderando o interesse da coletividade como um todo, tendo em vista que a proporcionalidade tem por finalidade à anulação dos excessos. Assim, o legislador

se atentou ao princípio supracitado e procurou alcançar a almejada proporcionalidade de forma equilibrada.

Sobre o princípio em tela, Streck (2005, p. 180) disserta da seguinte forma:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Como visto, o autor conclui que para que seja arguido a inconstitucionalidade o Estado deve resultar do excesso em sua conduta praticada, resultando em um ato desproporcional ou de não proteger de forma suficiente os seus bens jurídicos tutelados. Desta maneira, se o agente atuar conforme determina a legislação pertinente, se atentando a proporcionalidade e sem desviar a finalidade principal da sua conduta, esta será aceita e será considerada devidamente válida, conseqüentemente constitucional.

O critério de preferência não pode ser axiológico (valorativo), mas deverá ser o deontológico, visto que ambas as normas devem ser cumpridas. Daí as dificuldades em relação ao seguinte questionamento: qual norma seria mais adequada em cada caso concreto de conflito? Logo, o que será utilizado na proporcionalidade é o critério hermenêutico para solucionar os possíveis conflitos, baseando-se na ponderação dos bens tutelados e será utilizado quando houver a colisão de direitos fundamentais.

Vale evidenciar um entendimento semelhante ao nosso, que apesar de trazer algumas restrições (inicialmente, tendo em vista que os direitos fundamentais serão assegurados em momento posterior) por serem mais agressivas, não há o que se falar em inconstitucionalidade, dispendo Lima (2020, p. 915) sobre a legalidade/constitucionalidade da seguinte forma:

Como essas técnicas caracterizam-se pelo emprego do sigilo e da dissimulação, certamente serão tidas como mais agressivas contra os criminosos, porquanto trazem consigo maior restrição não apenas à liberdade de locomoção, mas também a outros direitos fundamentais. Isso, no entanto, não autoriza qualquer conclusão no sentido da sua inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque se trata de procedimento investigatório que demanda prévia autorização judicial. Segundo, porque sua utilização é medida de *ultima ratio* (Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º). Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal.

Para o doutrinador Mougenot (2019, p. 574/575), deverá ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade os seguintes tópicos: se esse meio está apto para conseguir a finalidade a qual se destina, se já foram esgotados todos os outros meios menos invasivos aos direitos e garantias fundamentais e por fim, se as vantagens destinadas ao interesse da coletividade em relação a segurança pública, compensa os possíveis direitos que poderão ser violados. Se todas essas indagações forem assertivas, estará equilibrado com o princípio da proporcionalidade e conseqüentemente estará apta a ser implementada.

Dessa forma, após essa análise e diante do amparo pela legislação vigente e também por não ter sido objeto de controle de constitucionalidade, entende-se que a infiltração policial está em plena conformidade com o ordenamento jurídico e com os preceitos éticos e morais que o norteiam. Tendo como base ser medida adotada em *ultima ratio* e com a análise do princípio da proporcionalidade, portanto, constitucional.

Em toda colisão de direitos e princípios deve ser respeitado o núcleo intangível dos direitos fundamentais concorrentes, mas sempre se deve chegar a uma posição em que um prepondere sobre o outro (mas, sem eliminá-lo). A colisão deve ser resolvida por concordância prática, com aplicação do princípio da proporcionalidade ou pela dimensão de peso e importância, com aplicação do princípio da razoabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, é perceptível e inegável que a crescente criminalidade no Brasil tornou-se algo inerente e cada vez com maior ascensão. Constituindo assim uma verdadeira escola do crime e conseqüentemente, afrontando o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, resta evidente que os meios tradicionais de obtenção de provas não conseguem mais alcançar e coibir esse alto índice de criminalidade.

Nesta circunstância, surge a figura do agente policial infiltrado, utilizado em outros ordenamentos penais. Tal figura surgiu em tempos remotos, porém com pouca regularização o que acabou corroborando com a sua não implementação por restar muitas dúvidas. Após isso, finalmente foi consagrada e bem detalhada na atual Lei de Organização Criminosa, trazendo toda a sua regulamentação e prevalecendo até os dias atuais.

Com a finalidade precípua de obter elementos informativos mais detalhados, com provas mais concretas e de difícil acesso para a decisão judicial, surge a figura do agente policial infiltrado. No qual irá adentrar no seio da organização criminosa, de forma sigilosa para que assim, o mesmo possa encontrar as provas desejadas e que por outro meio de obtenção de prova não seria possível, tendo em vista o elevado grau de danosidade da conduta delitiva e principalmente, a deficiência em encontrar provas na estrutura hierárquica da organização criminosa.

Tendo em vista essa complexidade de obter novos elementos de provas, tem-se a justificativa da presente monografia. Pois deverá ser adotado novos meios de obtenção de provas para combater os crimes que o justificam, de modo que seja refletida sobre os meios convencionais de obtenção de provas diante de crimes complexos. Sendo assim, justifica-se levando em consideração a efetividade dos meios de provas convencionais na persecução do crime e a efetiva redução no índice de crimes de alta periculosidade

Alguns doutrinadores apontam esse instituto como um problema ético, tendo em vista que violaria alguns direitos fundamentais e também alguns princípios administrativos consagrados. Tendo em vista que o mesmo irá se infiltrar de maneira dissimulada no âmbito da organização criminosa e conseqüentemente irá agir como

se evidentemente participasse e que com isso, em tese, violaria o direito a publicidade, da não autoincriminação, do devido processo legal, intimidade e o contraditório e a ampla defesa e que violaria também, o princípio da moralidade e da legalidade.

À vista disso, surge um conflito entre os direitos fundamentais consagrados ao investigado e do outro lado, o dever do Estado sendo o detentor do *jus puniendi*, de garantir uma segurança pública eficaz, corroborando assim com a paz e o bem estar social. A partir disso, surge o questionamento de qual deverá prevalecer no caso concreto. Com esses questionamentos, surge a problemática do presente trabalho, em saber se a infiltração policial é considerada (in) constitucional.

Como abordado ao longo do respectivo trabalho, vimos que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto e em relação as características dos direitos fundamentais, tem-se a limitabilidade desses direitos. Isto é, não são absolutos e se houver conflitos de interesses a solução deverá vir na própria Constituição Federal ou caberá ao intérprete, diante do caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer. Assim como também já foi pronunciado pelo próprio STF em tempos remotos.

Entendemos que ao ser regulamentada com todas as suas características na Lei de Organização Criminosa, tal como quem poderá se infiltrar, a duração do procedimento, o rol de crimes investigados, a obrigatoriedade ou não de ser infiltrado e a possibilidade de cometer delitos, a respectiva lei trouxe uma solução definitiva para compatibilizar esse meio de obtenção de provas com os direitos constitucionais e administrativos e suprir as omissões que a antiga Lei de Organização Criminosa trazia.

Outro ponto importante que a regulamentação supracitada trouxe é relativo aos pressupostos que devem ser preenchidos para que seja admitida a infiltração, tal como: a prova não poder ser obtida por outro meio, haver indícios de materialidade e autoria, prévia autorização judicial, a aceitação do encargo por parte do agente policial e por fim a inexistência de risco iminente para o agente. Sendo assim, não poderá ser adotada de qualquer forma, deverá preencher tais requisitos para que seja concedida.

Diante do exposto e de todo o amparo legislativo trazido pela Lei de Organização Criminosa e também pela razão de não ter sido objeto de controle preventivo ou repressivo de constitucionalidade, assim como também por ser

medida adotada em *ultima ratio*, mediante prévia autorização judicial e sendo considerada um meio extraordinário de obtenção de prova, entende-se que a infiltração policial é considerada constitucional, estando de acordo com todos os trâmites legais e pautada na eticidade e moralidade, assim como está em anuência com os ditames constitucionais encontrados no ordenamento jurídico pátrio.

À vista disso, o presente trabalho esclareceu que deverá ser adotado o princípio da proporcionalidade para equilibrar os direitos fundamentais do investigado e o *jus puniendi* exercido pelo Estado e também para limitar a conduta do agente policial infiltrado, que deverá evitar excessos praticados na sua conduta, sob pena de invalidar as provas colhidas durante toda a investigação e não poderá atuar da forma que deseja e que acha ser a mais conveniente.

Por fim, essas considerações finais permitem afirmar terem sido também confirmadas as hipóteses de que a infiltração policial é constitucional e que se dispuser de forma eficaz, conseqüentemente, poderá combater tal crime investigado. Consideramos também que os objetivos propostos no respectivo trabalho foram contemplados, mas as possibilidades de entendimentos diversos não foram esgotadas.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BRASIL, **Decreto 5015, de 12 de Março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 31 de Maio de 2021.

BRITO, A. C. **Agente Infiltrado: Dogmática Penal e Repercussão Processual**. In: MESSA, A.F; CARNEIRO, J.R.G. (Org.). *Crime Organizado*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

CARLOS, A; FRIEDE, R. **Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. - 5. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Juspodvim, 2018.

CUNHA, R.S. **A Figura do Agente Infiltrado e sua responsabilidade penal**. Carta Forense. São Paulo.

GOMES, L.F; SILVA, M.R. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspodvim, 2015.

JUNIOR, A.L. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

LIMA, R.B. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

MENDRONI, M.B. **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais**. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

MARÇAL, V; MASSON, C. **Crime organizado**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOUGENOT, E. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, G.S. **Organização Criminosa**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, G.S. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora atlas, 2013.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora atlas, 2020.

PACHECO, D.F. **Direito Processual Penal - Teoria , Crítica e Praxis – 6. ed.** Niterói: Impetus, 2009.

PACHECO, R. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial.** 1. ed. Curitiba. ed. Juruá, 2011.

PINTO, S.M. **Infiltração policial nas organizações criminosas.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

REALE, M. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, A.C.A. GONÇALVES, V.E.R. **Direito Processual Penal Esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUSA, M. ***Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas.*** São Paulo: Editora Atlas, 2015.

STRECK, L.L. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, 2005.