

# ADMISSIBILIDADE DA PROVA COLHIDA DURANTE A INFILTRAÇÃO POLICIAL NA PERSECUÇÃO PENAL

Larissa Carolaine Menezes de Oliveira<sup>1</sup>

Mildes Francisco dos Santos Filho<sup>2</sup>

Ellen de Oliveira Fumagali<sup>3</sup>

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

## RESUMO

O presente artigo tem como objeto analisar a validade das provas colhidas por meio da infiltração policial, demonstrando que uma vez respeitados os requisitos legais e os limites impostos na decisão judicial que autoriza a medida, o material probatório pode ser plenamente utilizado na instrução processual sob o crivo do contraditório. Para tanto, procura-se abordar primeiramente sobre o instituto da infiltração policial previsto na Lei 12.850/2013, explicitando sobre os seus aspectos procedimentais. Em continuidade, examina-se a compatibilidade constitucional dessa técnica especial de investigação, ressaltando a problemática envolta as eventuais colisões entre direitos individuais e coletivos ocorridas na utilização da medida e evidenciando a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. Seguidamente, são feitos breves apontamentos a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Posteriormente, analisa-se a licitude do material probatório arregimentado durante a operação, salientando a atuação do agente infiltrado na coleta da prova, averiguando quais os comportamentos que são admissíveis e quais os seus reflexos na validade do arcabouço probante arregimentado. Por fim, estuda-se a possibilidade de atribuição de valor probatório ao depoimento do agente infiltrado.

## PALAVRAS-CHAVE

Infiltração Policial. Compatibilidade Constitucional. Validade das Provas. Limites do Agente.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the validity of the evidence collected through police infiltration, demonstrating that once the legal requirements and the limits imposed by the judicial decision authorizing the measure have been complied with, the evidentiary material can be fully used in the procedural instruction under the sieve of the adversary. In order to do so, it seeks to address first the institute of police infiltration provided for in Law 12.850/2013, explaining its procedural aspects. In continuity, the constitutional compatibility of this special investigative technique is examined, emphasizing the problematic involved the possible collisions between individual and collective rights occurred in the use of the measure and evidencing the necessity of applying the principle of proportionality. Brief notes are then made on the inadmissibility of unlawful evidence in Brazilian criminal proceedings. Subsequently, it analyzes the legality of the evidence material regrouped during the operation, highlighting the agent's role in collecting the evidence, ascertaining which behaviors are admissible and what their reflexes are on the validity of the proven regimented framework. Finally, the possibility of assigning probative value to the deposition of the infiltrated agent is studied.

## KEYWORDS

Police Infiltration. Constitutional Compatibility. Validity of Evidence. Limits of the agent.

## 1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico proporcionado pela globalização além de contribuir para transformações econômicas e sociais, infelizmente ajudou a configurar e desenvolver novas formas de criminalidade. Trata-se, em verdade, do que contemporaneamente se reconhece como atuação de organizações ou grupos criminosos, caracterizada pelo alto nível de planejamento e estrutura e que nem sempre ocorrem em um âmbito restrito às fronteiras nacionais.

Nesse contexto, considerando que as leis devem se adequar aos tempos e serem desenvolvidas por meio das novas estruturas sociais, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), passou a prever técnicas especiais de investigação, conferindo, por exemplo, destaque mundial a possibilidade de inserção de agente no ambiente criminoso, denominada infiltração policial.

Não obstante, tal método encontra-se previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 1995, mas somente veio a ser abordado com mais clareza por meio da Lei 12.850/2013 (Lei de Combate ao Crime Organizado).

Assim, a presente pesquisa tem como norte central, o estudo acerca da validade da prova produzida na figura do agente infiltrado para o processo penal brasileiro, ou melhor, se os dados probatórios amealhados durante a infiltração podem ser utilizados para uma instrução processual pautada pelo devido processo legal.

O agente que, averbe-se, se infiltra na organização, passando a integrá-la como se fosse criminoso, viabilizando a identificação de fontes de provas robustas para um eficiente deslinde da persecução penal.

Foi utilizado o método dedutivo, apoiado em levantamento bibliográfico e a sucessão de quatro etapas. Em primeiro tempo, será feita uma breve apreciação da infiltração policial, explicitando os requisitos e procedimento desse mecanismo. Seguidamente, antes de chegar ao tema principal, procurou-se realizar uma reflexão acerca da compatibilidade desse instituto com os princípios constitucionais, considerações que, por sua vez, refletem necessariamente na admissão ou não do material probatório obtido. A questão reside no fato de se ter resultados satisfatórios para as investigações em curso por meio da operação, contrapondo-se à relativização de garantias fundamentais.

Posteriormente, aporta-se no exame dos aspectos gerais da teoria da ilicitude da prova no direito processual penal brasileiro. Por derradeiro, feitos os esclarecimentos necessários, se procederá à análise da validade da prova constituída durante a infiltração, uma vez que se trata do Estado, envolvendo diretamente seus agentes na prática de delitos como forma de melhor apurá-los, permitindo que ele pratique atos ilícitos, em prol de resultados positivos para a investigação. Em outros termos, pondera-se se o arcabouço probante obtido possui resguardo e validade legal.

A partir da premissa que o crime está à frente de sua repressão e os tradicionais métodos de investigação criminal não conseguem disciplinar de forma adequada os seus desdobramentos, conduzindo à impunidade dos criminosos, é preciso valer-se de técnicas excepcionais, ainda que a flexibilização de alguns princípios seja necessária.

E não só, objetiva-se colaborar com a popularização do tema e suas consequências, porque embora a técnica esteja prevista legalmente há mais de vinte anos no país, o que se percebe é sua baixa exploração e o desconhecimento do homem médio brasileiro.

Ressalte-se que, o colime precípuo da presente pesquisa não é esmiuçar o instituto da infiltração, mas abordar principalmente de que modo as provas obtidas por meio desta operação estão sendo recepcionadas no processo penal, pois em que pese a eficiência dessa modalidade investigativa, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio e a licitude das provas angariadas mediante o seu uso, ainda são objeto de controvérsias na doutrina.

## **2 INFILTRAÇÃO POLICIAL: CONTORNOS E DEFINIÇÕES NECESSÁRIAS**

De início, tem-se que a infiltração policial é a colocação dissimulada dos agentes para mapear a organização criminosa, podendo praticar crimes com o objetivo de desvendar a atuação dos integrantes (GOMES; DA SILVA, 2015).

Ademais, Nucci (2015) segue afirmando que a natureza jurídica dessa técnica investigativa é de meio de prova misto, uma vez que o agente que será infiltrado na agremiação pretende arregimentar dados probatórios, ao mesmo tempo que explora a estrutura e o desenvolvimento da organização, sendo posteriormente ouvido como testemunha.

Sem destoar desse sentido, Souza (2015), sustenta que a infiltração de agentes consiste na introdução de um agente no âmago da organização criminosa para colher elementos probatórios a respeito da atuação desta, simulando para tanto estar cooperando com a prática das condutas delitivas, objetivando, ao final, o desfazimento do grupo e a prisão dos integrantes.

Destarte, nota-se que os desideratos principais do agente infiltrado, concentram-se na obtenção de um conjunto probatório consistente, buscando lastrear a acusação e, por conseguinte, levar ao desfazimento da organização. O agente se infiltrará, simulando ser um novo membro e as informações colhidas por ele servirão de base para uma investigação mais eficiente.

Saliente-se que, o instituto foi delimitado pela primeira vez no Brasil por meio da Lei nº 9.034/95, que embora fosse inovadora à época, era demasiadamente omissa em pontos essenciais, o que não foi resolvido com as correções trazidas pela Lei nº 10.217/01. Atualmente a regulamentação encontra-se nas Leis nº 11.343/06 e nº 12.850/13, esta que trouxe disposições mais claras a respeito do mecanismo.

Uma vez exposta essa tímida definição, necessário se faz agora centrar a atenção nos requisitos legais e respectivo procedimento da infiltração policial. Em primeiro instante, registre-se que nem toda infração penal autoriza o manejo da técnica especial sob comento.

Noutro viés, é indispensável que se esteja diante da configuração de uma organização criminosa, ou ainda, no caso de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais (necessário que o início ou resultado tenha ocorrido no Brasil) e condutas delitivas praticadas por organizações terroristas internacionais.

Nesse contexto, Nucci (2015) assevera que a utilização da infiltração dependerá da presença concomitante de alguns pressupostos legais, como ser o agente infiltrado um policial civil ou federal, a instauração de um inquérito policial para que se proceda à operação, autorização fundamentada do magistrado que acompanha a investigação, provas acerca da materialidade do crime, fixação de prazo inicial de até seis meses para a diligência, bem como que seja demonstrado que se trata do único meio hábil para angariar provas acerca das infrações.

A princípio, note-se que o art.10º, caput, da Lei nº 12.850/13 autoriza a infiltração da seguinte forma, *in verbis*:

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 do inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites (BRASIL, 2013).

Desta feita, verifica-se que a medida infiltração somente poderá ser realizada por agentes de polícia, integrantes dos quadros da polícia federal ou da polícia civil. Em verdade, o procedimento terá início com a representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público, estes que deverão conter, em especial, a demonstração da necessidade da medida e o alcance das tarefas do agente (SOUZA, 2015).

Feito isto, caberá ao juiz que acompanha a investigação criminal, autorizar a infiltração, explicando os motivos para a concessão da medida, assim como os limites da atuação do agente. O prazo inicial pode ser de no máximo seis meses,

sendo admissível a renovação por outros períodos de seis meses cada um, desde que comprovada a sua necessidade.

Observe-se que a legislação permite múltiplas prorrogações, ficando a cargo do juiz, diante do caso concreto, decidir em relação a continuidade da diligência. No término do prazo fixado pelo juiz ou, ainda, sempre que requerido pelas autoridades, o infiltrado deverá apresentar relatórios, descrevendo todo o desenvolvimento da experiência, bem como as provas que foram arremetidas.

Uma vez finalizada a infiltração, os autos com as informações da operação acompanharão a denúncia do Ministério Público e, assim, serão disponibilizados à defesa, consoante o artigo 12, § 2º da legislação supramencionada.

Ademais, forçoso ressaltar que quando a lei menciona que a infiltração ocorrerá em tarefa de investigação quer dizer, necessariamente, que não é admissível o uso da técnica em uma investigação informal, permanecendo adstrita a investigação formalizada por meio de um inquérito devidamente instaurado. Saliente-se que a medida pode ser realizada em qualquer fase da persecução penal (NUCCI, 2015).

E não é só, a infiltração policial tem caráter excepcional, ou seja, somente deve ser utilizada quando não for possível a colheita de provas por outros meios previstos na legislação processual penal.

Averbe-se que, o artigo 14, inciso II, da Lei 12.850/13 dispõe acerca da alteração da sua identidade. Com efeito, incumbe ao magistrado determinar a criação de registros e de documentos fictícios que forem necessários para o êxito da medida.

Por último, necessário registrar que a Lei nº 12.850/13 traz em seu art.12, a exigência da preservação do sigilo nas infiltrações policiais, ao passo que estabelece limites à defesa no que pertence ao acesso do acervo probatório. O objetivo é impedir o vazamento das atividades investigativas, preservando-se assim a efetividade e o êxito da operação e a identidade do agente infiltrado.

### **3 A COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL**

Ao considerar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem como substrato o respeito à Constituição, às leis, e o dever de observância aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, deduz-se que para a admissibilidade de operações de infiltração policial e, por conseguinte, para a validade dos elementos angariados, é indispensável que se tenha em mente um modelo que atenda aos interesses da persecução penal do Estado, bem como respeite as prerrogativas individuais pautadas na Lei Maior (SOUZA, 2015).

Nessa linha intelectual, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, interpretando o artigo 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos, sobreleva que a intervenção do Estado na vida privada do cidadão justifica-se diante da presença de três pressupostos, consistentes na respectiva ingerência estar prevista em lei, que sua finalidade seja legítima e que seja necessária em uma sociedade democrática para a consecução deste fim.

Com efeito, parte da doutrina, ainda que minoritária, invoca a tese da inconstitucionalidade do instituto, sob o fundamento que se trata de mecanismo que viola direitos dos investigados e garantias processuais penais previstas no texto constitucional.

Diante disso, por certo que a infiltração de agentes é uma medida que, eventualmente, pode vir a afetar direitos garantidos aos indivíduos, como por exemplo o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio, não obstante tais prerrogativas não são absolutas, podendo ser relativizadas ante a presença de direitos igualmente amparados pela Constituição Cidadã (GOMES; DA SILVA, 2015).

A propósito, Carlos e Friede (2014), ao tratarem sobre o tema ressaltaram o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos, razão pela qual deve ocorrer no caso o concreto o que a doutrina passou a chamar de relativização interpretativa de direitos constitucionais.

Registram ainda estes autores que o crime organizado constitui verdadeiro entrave ao direito constitucional à segurança (art. 5º, caput, da CRFB), devendo o Estado garanti-lo na sua plenitude, tendo em conta que a prestação estatal ineficiente acaba impedindo, ou no mínimo dificultando, o exercício de diversas garantias constitucionais, como por exemplo o direito à vida e à liberdade. Em verdade, entre prestigiar a intimidade de criminosos que se organizam para a prática de condutas delitivas e proteger a sociedade, aumentando a eficiência das investigações mediante a infiltração de agentes, o interesse da coletividade deve prevalecer, uma vez que o direito a segurança social e coletiva ostenta maior dimensão.

Mendroni (2015) acrescenta que evidenciada a legalidade do instituto, conclui-se que a necessidade de repressão da criminalidade organizada torna aceitável a ingerência na vida privada, tanto para salvaguardar a segurança coletiva, como para proteger os direitos dos demais cidadãos. O Estado deve de forma excepcional limitar direitos fundamentais de indivíduos que se insurgem contra a ordem social e jurídica, colocando em risco toda a coletividade.

Neste aspecto, Jesus e Bechara (2015) afirmam que a concepção de que a prova obtida por meio da infiltração policial seria ilícita, sob o mote que o instituto legal viola direitos fundamentais, trata-se de desfecho demasiadamente formalista, que despreza as peculiaridades da criminalidade atual, pois não foi sem razão que a técnica investigativa foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, ao revés, foi a partir da premissa que em determinados casos, é necessário valer-se de mecanismos extraordinários de investigação, os quais são mais restritivos de direitos fundamentais.

Assim, seguindo este raciocínio, infere-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado para regulamentar o conflito entre os interesses estatais e os direitos individuais na apuração dos delitos em situações excepcionalíssimas. Importa ressaltar que o referido princípio não está previsto expressamente na Constituição brasileira, porém é utilizado na observância dos interesses de diversos ramos jurídicos, uma vez que decorre da cláusula do devido processo legal e da estrutura dos direitos fundamentais.

A doutrina expõe o princípio da proporcionalidade dividido em três subprincípios, quais sejam: adequação (se a medida é apta a atingir a finalidade buscada), necessidade (se consiste na única forma de atingir o fim pretendido gravosa) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação dos benefícios e ônus), circunstâncias que serão aferidas pelo magistrado caso a caso (CAMPOS, 2015).

Em verdade, o que ocorre é que a despeito das precauções que se deve ter a respeito dos interesses dos investigados, surge um verdadeiro entrave entre direitos individuais e coletivos e, para solucionar tal conflito faz-se mister a ponderação entre um e outro, para decidir qual deve preponderar. Com efeito, havendo colisão entre princípios constitucionais, se aplica a chamada teoria da ponderação de interesses, pautada no princípio da proporcionalidade (CAMPOS, 2015).

O princípio da proporcionalidade é essencial para conferir harmonia ao processo penal e equilibrar a eficácia estatal e os direitos e garantias fundamentais do cidadão. De um lado, encontra-se o interesse do Estado em promover uma eficiente investigação criminal apta a desmantelar grupos criminosos altamente organizados, objetivando o exercício do *ius puniendi*, do outro o investigado dotado de direitos e garantias individuais. Diante desse contexto, é necessário que prepondere o interesse estatal, agindo de forma proporcional a espécie de criminalidade, caso contrário não se estaria considerando a importância de se buscar estabelecer a pacificação social (SILVA, 2015).

Assim, diante do contexto apresentado, resta evidente que a utilização da infiltração de agentes só deve ocorrer quando não for possível a obtenção de resultados satisfatórios para a persecução penal por meio de outro meio de investigação, em verdadeiro caráter de excepcionalidade, com a devida demonstração dos benefícios e danos decorrentes da medida.

Tal requisito, por sua vez, já se encontra inserido no art. 11 da Lei do Crime Organizado. Além disso, não se deve olvidar que a infiltração policial não constitui uma carta branca para o cometimento de ilícitos em prol da coletividade por parte do agente infiltrado, ao revés, consoante esclarecem André Carlos e Reis Friede (2014), a infiltração de agentes passa por um rígido controle judicial que, por sua vez, deverá fixar os limites que irão nortear a conduta do agente infiltrado, em respeito ao Estado Democrático de Direito.

De mais além, conforme assevera Rorato (2015) o legislador não destinou a infiltração de agentes para todo e qualquer delito, mas somente para aqueles de grande expressividade, os quais envolvem organizações criminosas e que dificultam ao máximo a obtenção de provas por parte da polícia, impondo ao Estado o dever de reação e contenção. Por tais razões, a vulgarização da infiltração policial deve ser evitada ao máximo, seja pela sua complexidade operacional, seja pela manutenção de sua credibilidade como meio excepcional de obtenção de provas.

Destarte, diante do antagonismo existente entre direitos e garantias pertencentes tanto aos investigados, como ao agente infiltrado e a busca pela eficiência penal, encontra-se a harmonia necessária nos requisitos que tornam o mecanismo aplicável previstos na Lei nº 12.850/2013 e nos limites trazidos na decisão judicial que autoriza a infiltração. Pois, uma vez apontada a legalidade na implementação da infiltração de agentes torna-se aceitável a ingerência na vida privada, considerando a periculosidade inerente a toda Organização criminosa, razão pela qual é necessário o emprego de procedimentos mais invasivos (GOMES; DA SILVA, 2015).

Portanto, ante à inexistência de direitos absolutos, os princípios constitucionais conflitantes devem ser ponderados caso a caso, de modo a verificar qual irá prevalecer. Nesse contexto, infere-se que a infiltração policial, a qual deve ser utilizada em

casos excepcionais, encontra amparo incontestável na Carta Magna, sendo evidente a importância da referida técnica, diante da reconhecida complexidade da criminalidade organizada a ser reprimida, cujas ações delituosas demandam, à vista do princípio constitucional da eficiência, tratamento mais rigoroso (CARLOS; FRIEDE, 2014).

#### **4 ADMISSIBILIDADE DA PROVA COLHIDA DURANTE A INFILTRAÇÃO POLICIAL NA PERSECUÇÃO PENAL**

Feita uma breve análise a respeito dos requisitos que autorizam a utilização da técnica de infiltração de agentes, bem como acerca da constitucionalidade da medida, necessário se faz agora centrar a atenção no objeto precípua do presente estudo, qual seja a licitude da prova angariada pelo agente infiltrado.

##### **4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Para Noberto Navena (2015) as provas são todos os elementos produzidos com a pretensão de convencer o magistrado acerca de determinado fato, ou seja, o objetivo da prova é sedimentar a convicção do juiz sobre a veracidade das informações levadas pelas partes ao processo, a fim de que o mesmo decida a matéria controvertida.

Segundo Nestor Távora (2016), a busca da demonstração da realidade fática no processo penal acarreta uma vertente libertária na produção probatória, mormente porque o princípio da verdade real permite a utilização de meios de provas não diversos daqueles elencado no Código de Processo Penal, a exemplo da infiltração de agentes, desde que não afrontem o ordenamento jurídico.

Em outros termos, em que pese a liberdade na produção de provas seja a regra, tem-se que estas não poderão ser obtidas por meios ilegais, isto é, a amplitude na possibilidade de produção de provas encontra limites. Nesse sentido, a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LVI, traz o principal obstáculo, ao consagrar a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Averbe-se que o apontado dispositivo constitucional deve ser considerado em consonância com as disposições sobre a licitude da prova presentes no Código de Processo Penal, especificadamente o artigo 157, os quais vedam não só a utilização das provas ilícitas, como também as advindas destas (TÁVORA, 2016).

De tal modo, observa-se que o legislador acolheu expressamente a chamada teoria da ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada), ao estabelecer no art. 157, §1º do CPP, que todas as provas oriundas de outra nula possuem o mesmo vício, ainda que aparentemente estejam formalmente perfeitas.

Contudo, conforme preconiza Nestor Távora (2016), o processo poderá ser aproveitado se presente provas absolutamente independente das ilícitas que, por sua vez, possam consolidar a responsabilidade criminal do investigado. Ou seja, inexistindo nexo de causalidade entre a prova ilícita e as demais, a referida contami-

nação não se efetiva. Ainda no entendimento do autor, a perquirição se o arcabouço probatório foi arregimentado de forma independente ou não, trata-se de tarefa de atribuição do magistrado, que uma vez constatando que a prova ilícita é isolada, deve permitir a integração das demais.

Para esse raciocínio Marllon de Souza (2015) sobreleva que o Código de Processo Penal além da popularmente chamada teoria dos frutos da árvore envenenada, adotou teorias quanto à convalidação das provas, razão pela qual algumas provas que, inicialmente, poderiam ser consideradas como ilícitas, passam a ser convalidadas em virtude de situações específicas observados pelo julgador ao examinar os autos, nessa ordem teríamos a chamada teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, segundo a qual não serão consideradas ilícitas as provas angariadas se as circunstâncias demonstrarem que os fatos de qualquer modo chegariam ao conhecimento da autoridade policial.

#### **4.2 A VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS PELO AGENTE INFILTRADO**

Para que as provas reunidas no curso da infiltração policial sejam consideradas lícitas, é imprescindível que a atuação do agente infiltrado ocorra com a devida observância aos limites estabelecidos quando da autorização judicial. Souza (2015) afirma que se o policial cumprir todas as disposições acerca da execução da medida, não haverá qualquer prova passível de nulidade em juízo, ou seja, desempenhando o agente o seu papel de coletor de dados, dentro dos parâmetros legais, as provas colhidas devem ser valoradas como qualquer outra prova de instrução.

Por outro lado, quando a utilização dessa técnica investigativa se der sem autorização judicial, sem o cumprimento dos requisitos previstos na Lei 12.850/2013, a ilicitude será evidente, contaminado, por conseguinte, todo o conjunto probatório reunido durante a diligência, motivo pelo qual não poderão servir de suporte ao processo criminal. De igual modo, conforme preconiza Souza (2015), a infiltração autorizada, mas executada de forma indevida pelo agente, em razão de condutas abusivas acarretará também a declaração de nulidade de todas as provas oriundas, pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que se deve aplicar as teorias gerais previstas no Código de Processo Penal à operação da infiltração policial.

Em outros termos, caso o infiltrado não venha cumprir com as ordens recebidas, extrapole os limites da ordem judicial, ou atue com abuso de poder, todas as evidências colhidas devem ser declaradas nulas e inadmitidas no processo, salvo se puder desvinculada da prática ilícita por alguma das teorias supramencionadas.

Destarte, faz-se mister deliberar acerca dos limites de atuação do agente, pois evidente que o comportamento do infiltrado durante a diligência reflete na validade e valoração das provas colhidas. Por essa razão, tem-se que os relatórios elaborados pelo policial infiltrado são de extrema relevância, uma vez que é através deles que o delegado, o Ministério Público e o Magistrado poderão ter acesso às atividades praticadas pelo infiltrado, verificando se este está desempenhando suas atribuições conforme delimitado na ordem judicial e em consonância com a legislação (SARAIVA, 2015).

Saraiva (2015), bem reconhece que com a finalidade de enriquecer a investigação, o infiltrado, se possível, deve levar dispositivos capazes de gravar reuniões, operações realizadas entre o grupo e, nesses casos a autorização judicial da operação de infiltração será suficiente a validar a obtenção desses meios de prova. Segue, esclarecendo que todos esses dados e informações obtidos pelo agente, ajudarão a ratificar o seu depoimento, como por exemplo uma gravação ambiental. Em convergência com tais fundamentos, Maciel (2015) defende que o relatório auxilia a identificar se o infiltrado realizou atos violadores de princípios, cuja consequência seria a invalidação do material probatório arremetido ao longo da operação, o qual perderia seu valor probante.

Nesse contexto, Souza (2015) afirma que o primeiro óbice encontrado na análise da legalidade da prova amealhada durante a infiltração, consiste na possibilidade ou necessidade do infiltrado praticar delito. Importa ressaltar que a própria Lei 12.850/2013, no artigo 13, prevê que o agente responderá por toda a conduta que não respeite a proporcionalidade com a finalidade da investigação, ou seja pelos excessos praticados, quando for possível ser exigido atitude diversa.

Assim, Gomes e Silva (2015) asseveram que no Brasil buscou-se resolver a dita questão com base no princípio da proporcionalidade, ou seja, analisando as peculiaridades envolvidas a cada caso, pautando-se na inexigibilidade de conduta diversa, considerando que a lei acertadamente não traz um rol de delitos que podem ser cometidos pelo agente, uma vez que se assim fosse iria auxiliar os grupos criminosos na identificação dos respectivos policiais.

Desta feita, Souza (2015) defende que o agente infiltrado estará isento de responsabilidade quando conduta delitiva for praticada para manter a falsa identidade do policial, para salvaguardar a vida ou evitar grave lesão, a si mesmo ou familiares e que, o crime praticado pelo agente não envolva lesão ou ameaça a pessoa, ressalvado situações excepcionais. Nesse cenário, o autor argumenta que por exemplo: se durante a fase de provação do agente numa organização internacional de tráfico de drogas lhe é ordenada a execução de um rival, sob pena de pagar com a própria vida, não se vê outra solução senão retirar a vida de outrem.

Notório que o infiltrado deve evitar ao máximo o cometimento de delitos, mas quando estes forem inevitáveis, praticados dentro dos parâmetros supramencionados estaria albergado pela inexigibilidade de conduta diversa e tais condutas delitivas não teriam o condão de invalidar a prova colhida (SOUZA, 2015).

Maciel (2015) expõe que o ideal seria que antes do cometimento de qualquer conduta ilícita, o infiltrado comunicasse ao juiz que autorizou a medida, para que este viesse a analisar se a tomada da conduta era conveniente ou não. Explica o autor que como na maioria das vezes não há como prever as situações que o agente terá que enfrentar, ou tem este que tomar decisões de imediato, sob pena de comprometer sua identidade e integridade física, a averiguação a respeito de eventuais excessos será feita posteriormente.

A toda evidência, a prática de condutas delitivas por parte do agente infiltrado parece muitas vezes tratar-se de situação inevitável, uma vez que as organizações criminosas, em regra, somente aceitam a entrada de novos membros se após a de-

monstração de que estes merecem a confiança do líder, o que ocorre com a prática de infrações penais. Logo, concluindo-se que o agente atuou além do que lhe era permitido, cometendo infrações penais desproporcionais, ou que não tinham a ver com a finalidade da investigação, por certo que tal modo de agir influirá na aceitação judicial das provas angariadas e, conseqüentemente, ocasionará a responsabilidade do policial, mas guardando o agente infiltrado a devida proporção entre os atos por ele praticados e a finalidade da investigação, as provas colhidas serão válidas (MACIEL, 2015).

Ressalte-se que não se deve cogitar a responsabilidade criminal do agente por integrar a respectiva agremiação criminosa, tendo em conta que a inserção no grupo se amparou em decisão expressa de um magistrado, na esfera volitiva do indivíduo existe a vontade de desfazer o seio criminoso e não de tomar-se efetivo da organização (SARAIVA, 2015).

Noutro quadrante, argumenta Nucci (2015) que a atuação do policial infiltrado não pode deixar de ser voltada para a colheita de provas e tornar-se propulsora de práticas delitivas, destaca o autor que existem atividades semelhantes à infiltração policial das quais ela deve ser distinguida, sob pena de invalidação da prova colhida.

Gomes e Silva (2015) salientam a figura do agente provocador, o qual instiga ou determina a realização do delito, ou melhor, produz ou faz surgir em outro indivíduo a decisão de praticar um fato ilícito concreto, que antes da sua atuação não existia, pois trata-se de um flagrante provocado pela própria polícia.

O agente provocador é todo aquele que exorbitando o exercício regular das suas funções, instiga uma conduta criminosa de terceiro e, ao mesmo tempo, toma todas as medidas para que o autor seja surpreendido em flagrante. Consiste em um artifício, objetivando prender em situação de flagrância aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração penal, trata-se de ato nulo, ensejando o chamado crime impossível (TÁVORA, 2015).

Diante de tais contornos, resta evidente que a atuação do agente nesses casos cuida-se de medida que viola o devido processo legal, dando a causa a nulidade das provas obtidas, com a conseqüente responsabilização do policial, razão pela qual o instituto jamais pode ser confundido com a figura do agente infiltrado.

A atuação do agente infiltrado é prevista na legislação interna e estrangeira, como técnica especial de investigação, conferindo a legitimidade da diligência. Por sua vez, não cabe ao respectivo policial criar um cenário fictício como faz o provocador, mas somente colher provas de crimes que já ocorreram ou irão ser praticados durante a sua inserção no grupo criminoso. Assim, a infiltração policial é medida utilizada para apuração de delitos graves perpetrados por organizações criminosas, quando os meios tradicionais de prova se revelam insuficientes à solução dos crimes, enquanto ação do agente provocador é repudiada pelo direito, ocasionando a contaminação de todos os elementos angariados em razão da ilegalidade do ato de provocar a conduta ilícita (SOUZA, 2015).

É preciso que se evite que a condução da medida da infiltração, até então, legítima e legal, se desvie para o rumo onde o agente policial seja o responsável por induzir o cometimento de crimes por parte dos integrantes do grupo criminoso, assumindo a figura de agente provocador, ou ainda que, desrespeitando os limites impostos pela legislação e pela ordem judicial venha causar a nulidade de todo o material probatório coligido (SOUZA, 2015).

Contudo, para Souza (2015) a atuação como agente provocador só vai gerar a contaminação das provas advindas da conduta abusiva, pois os elementos probatórios colhidos em momento anterior não serão considerados ilícitos, ou seja, o comportamento de incitar práticas ilícitas só influirá nos atos subsequentes.

De mais além, convém frisar que para a validade das provas colhidas durante a infiltração, além do respeito aos contornos estipulados na autorização judicial, é essencial que o material probante juntado para a persecução penal esteja em consonância com os parâmetros gerais de produção probatória e princípios constitucionais do ordenamento jurídico, condições fundamentais para que não sejam desentranhadas do processo.

Em primeiro tempo, sobreleve-se que sendo necessário a utilização de medidas que restringem direitos e garantias fundamentais, mais uma vez volta-se ao princípio da proporcionalidade, este já explicado acima, haja vista que a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a ponderação que deve ser feita entre os valores em conflito para saber qual deve preponderar. Assim, sendo a técnica da infiltração policial a única medida capaz de amealhar provas sobre crimes cometidos por uma organização criminosa, os elementos obtidos serão considerados válidos, ainda que, eventualmente, violem direitos individuais. Cumpre, destacar, ainda, que o princípio da legalidade também implica na inadmissibilidade de provas ilícitas (MACIEL, 2015).

A infiltração policial, por sua vez, trata-se de medida legal, detalhada expressamente pela Lei 12.850/2013, cujo uso se justifica em razão da alta estrutura de organização e desenvolvimento dos grupos criminosos, observe-se que, por exemplo, a figura do agente provocador não está amparada por lei, razão pela qual, repise-se, as provas obtidas por ele não podem ser consideradas lícitas (MACIEL, 2015).

No tocante ao princípio do contraditório, Mendroni (2015) lembra que este será diferido, uma vez que a medida da infiltração policial requer absoluto sigilo, sob pena de tornarem-se inúteis todos os esforços empreendidos na operação. Assevera o autor, que o contraditório pode e deve ser oportunizado em momento futuro, posterior à produção probatória, não havendo nenhuma afronta constitucional, até porque a observância de tal postulado no processo penal não engloba a etapa investigativa.

Conforme relaciona o autor, não se desconhece que as provas somente serão consideradas válidas quando produzidas sob o crivo do contraditório efetivo, contudo tratando-se da infiltração policial tal providência se for tomada de imediato a investigação restará frustrada. Nesses casos, o contraditório postergado não viola a garantia da bilateralidade da audiência, impossibilitando a manifestação da parte contrária sobre o material, apenas se deixa tal providência para momento ulterior. E, por essa razão, finalizada a diligência e, sendo oferecida denúncia pelo Ministério Público, esta será acompanhada pelos autos, contendo as informações da infiltração, possibilitando a defesa do acusado impugnar as referidas provas

Por último, no que pertine à validade do depoimento do agente infiltrado durante o processo criminal, Gomes e Silva (2015) asseveram que este sempre constituiu tema de divergência na doutrina e jurisprudência, ante o temor de que tendo o policial participado das diligências investigativas, a sua imparcialidade estivesse comprometida. Não

obstante, explicam os autores que não se pode recusar o depoimento do infiltrado, uma vez que considerando o artigo 202 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode ser testemunha, excetuando as hipóteses de suspeição e impedimento.

Assim, o magistrado ao considerar o depoimento do agente infiltrado deverá observar se inexistente interesse em ocultar ilegalidades cometidas por ele durante a operação e, ainda, sempre que possível buscar a comprovação das declarações feitas por outras provas obtidas ao longo da diligência, como fotos e gravações, isso se deve pelo fato que não se pode descartar a possibilidade do policial que, eventualmente, praticou condutas abusivas, utilizou práticas ilícitas para amealhar provas, tenha interesse em omitir tais circunstâncias perante o juízo, tanto para evitar a responsabilização por tais condutas, como para inibir um decreto absolutório no processo (GOMES; SILVA, 2015).

Desta forma, infere-se que a palavra isolada do agente policial só deve ser utilizada para embasar uma condenação criminal em casos excepcionais, ante a impossibilidade de obtenção de outros elementos probatórios, como, por exemplo, quando a diligência ocorra longe dos olhares de testemunhas, ou quando estas se recusarem a prestar declarações por diversos motivos. Em tais situações, para que seja atribuído valor probatório, deve ser levado em deferência a pluralidade de testemunhos de agentes, a convergência entre eles e os contornos fáticos envolvidos ao caso, o que não se pode fazer é desprezar de início, sem justificativa, os depoimentos dos policiais (GOMES; SILVA, 2015).

Em verdade, não é razoável que o Estado organize toda uma estrutura para inserção de um de seus agentes em uma operação de alta complexidade como a infiltração policial, para que após o seu término não se possa valorar as declarações prestadas por esse policial, impedindo que ele venha a relatar suas próprias atividades. Trata-se da única pessoa que acompanhou o cotidiano dentro da organização, que chegou a conhecer o líder do grupo criminoso, o que não seria possível sem o uso da medida excepcional (CUNHA; PINTO, 2015).

Saraiva (2015) acrescenta que não há razões para que o policial infiltrado não possa dar o seu depoimento e que o valor de tais declarações, quando prestados em juízo sob a garantia do contraditório, possui inegável eficiência probatória, não podendo ser desprezados em razão de emanarem de agentes estatais, salvo no caso de revelarem-se depoimentos viciados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo não teve a pretensão de aprofundar-se nos fatores que levam a criminalidade organizada, ou esgotar o tema da infiltração policial, mas apresentar tal medida como um método investigativo válido e necessário no combate ao crime organizado.

A Lei 12.850/2013 veio tratar de forma mais detalhada sobre o instituto da infiltração de agentes, trazendo subsídios legais para que a referida técnica seja colocada em prática. Conclui-se que para a aplicabilidade desse mecanismo é necessária prévia autorização judicial, indícios da materialidade do delito e que seja demonstrado a indispensabilidade da medida, ante a impossibilidade de obtenção de provas pelos mé-

todos tradicionais. O dispositivo infraconstitucional também trouxe delimitações aos sujeitos que teriam legitimidade para requerer a utilização dessa técnica investigativa, cingindo-se ao Ministério Público e a autoridade policial essa possibilidade.

Também foi definido o procedimento que deve ser seguido para autorização da infiltração policial, os elementos que devem estar contidos na representação ou requerimento, o prazo de duração da medida, o controle exercido sobre ela e que a atividade da infiltração só pode ser realizada pela Polícia Judiciária. Ademais, deve-se atentar para o caráter de excepcionalidade da infiltração de agentes, uma vez que é inadmissível tornar essa operação complexa como um meio de facilitar qualquer ação de investigação ou persecução penal.

Como exposto, percebe-se que uma das maiores problemáticas envoltas ao tema surge a partir do instante que essa técnica especial de investigação pode colidir com direitos e garantias individuais consagradas no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, observou-se que para a utilização desse meio excepcional é imprescindível a observância a todos os requisitos e pressupostos legais, como ao princípio da proporcionalidade, cumprindo a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, verificou-se que os direitos fundamentais previstos na Lei Maior não são absolutos, podendo ser relativizados diante da presença de prerrogativas igualmente elevadas ao patamar constitucional, como o direito à segurança. Depreende-se que negar a aplicabilidade da infiltração de agentes é refutar a tentativa de resposta do Estado frente a agressividade e complexidade estrutural da delinquência organizada, além de configurar um verdadeiro entrave à efetivação do direito constitucional à segurança, à vida, à liberdade, que são continuamente desrespeitados pela atuação do crime organizado.

Assim, constatada a compatibilidade constitucional da infiltração de agentes, pôde-se concluir acerca da validade das provas colhidas por meio da operação, desde que cumpridos os pressupostos legais, respeitados os limites da decisão judicial que autoriza a medida e que não ocorra o cometimento de excessos por parte do agente infiltrado, como, por exemplo, assumir a figura de agente provocador. De mais além, averiguou-se que no tocante ao depoimento do agente infiltrado não há substratos jurídicos que inviabilizem a atribuição de valor probatório as declarações dos policiais, pois quando prestados em juízo sob a garantia do contraditório, possui inegável eficiência probatória, só podendo ser desprezados quando revelarem-se viciados.

Por fim, observou-se que o tema da proporcionalidade também se faz presente no que pertine a prática de crimes por parte do infiltrado e, conseqüentemente, na sua responsabilidade penal. Note-se que, guardando o agente o devido equilíbrio entre os atos praticados e a finalidade da investigação, ele não será responsabilizado penalmente, tampouco o conjunto probatório arregimentado durante o uso da técnica será considerado ilícito.

Por todo o exposto, torna-se razoável compreender a infiltração de agentes como um instrumento essencial no aprofundamento das investigações e conseqüente desfazimento das agremiações criminosas, uma vez que não é plausível permitir que estas desen-

volvam sua estrutura e se modernizem cada vez mais, ampliando o seu campo de atuação, sem que os órgãos estatais possam fazer uso de uma instrumentalização mais eficiente.

Portanto, entender como válidas as provas angariadas pelo agente infiltrado no processo criminal, significa mais do que admitir a legalidade do instituto, mas permitir a readequação do Direito com o quadro atual da criminalidade, mesmo que, eventualmente, seja necessário suprimir alguns direitos individuais, pois, em verdade, as garantias constitucionais asseguradas à coletividade deve preponderar sobre os direitos dos investigados.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 7.ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília-DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CAMPOS, Gabriel Silva de Queiróz. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: Juspodvim, 2015.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado: Lei n. 12.850/2013**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.117.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: JusPODVIM, 2015.

JESUS, Damásio; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente infiltrado: Reflexos penais e processuais**, 2015. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/agente-infiltrado-reflexos-penais-e-processuais>>. Acesso em: 2 maio 2018.

MACIEL, Alexandre Rorato. **Crime organizado: persecução penal e política criminal**. Curitiba: Juruá, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARAIVA, Wellington Cabral. Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/2013**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

---

**Data do recebimento:** 21 de junho de 2018

**Data da avaliação:** 22 de junho de 2018

**Data de aceite:** 23 de junho de 2018

---

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: larimenezes9@hotmail.com

2 Mestre em Direitos Humanos e Professor de Direito Penal e Processo Penal do curso de Direito, Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: mildesadvocacia@hotmail.com

3 Mestre em Direitos Humanos e Professora de Direito Constitucional do curso de Direito, Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: ellenfumagali@hotmail.com