

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

Análise Constitucional da Infiltração de Agentes na Lei das Organizações Criminosas e na Lei  
de Drogas

JUIZ DE FORA

2012

Anik Souza Cândido

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI DAS  
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E NA LEI DE DROGAS

Monografia de conclusão de curso apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para  
obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a  
orientação da Professora Clarissa Diniz Guedes.

JUIZ DE FORA

2012

**Anik Souza Cândido**

Análise Constitucional da Infiltração de Agentes na Lei das Organizações Criminosas e na Lei de Drogas

Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientador(a): Prof(a). Clarissa Diniz Guedes

Trabalho de conclusão de curso aprovado em 18/10/2012 pela banca composta pelos seguintes membros:

---

**Prof(a). Clarissa Diniz Guedes**

---

**Prof. Leandro Oliveira da Silva**

---

**Prof. João Daniel Gonelli**

JUIZ DE FORA

2012

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Rudolf Von Ihering, A Luta pelo Direito

## RESUMO

O presente trabalho investiga, através de uma análise jurídico-teórica, a constitucionalidade da infiltração de agentes no Brasil, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 10.207/01 que alterou a Lei nº 9394/95 denominada Lei do Crime Organizado, estando também prevista na Lei nº 11.343/06 denominada Lei de Drogas. Tendo em vista a crescente polêmica doutrinária a esta modalidade de investigação criminal e consequente meio de obtenção de provas, sob a alegação de que vários direitos constitucionais inerentes ao processo penal seriam violados com esta prática pelo Estado, por outro lado, muitos doutrinadores defendem a adoção da infiltração de agentes tendo a ineficácia policial, pelos meios tradicionais de investigação, no combate às organizações criminosas, sobretudo aquelas relacionadas ao tráfico ilícito de drogas. Deste modo a busca pelo equilíbrio entre a eficiência do *jus puniendi* do Estado e as garantias fundamentais do acusado por meio da infiltração de agentes nas organizações criminosas é o objetivo deste estudo, assim analisaremos a figura do agente infiltrado, os direitos fundamentais do investigado que podem ser restringidos no curso da infiltração, o direito à prova no processo penal, o princípio da proporcionalidade como meio de compatibilização da figura do agente infiltrado com as garantias fundamentais do acusado e as inovações legislativas que entendemos ser necessárias ao tema.

**Palavras-chaves:** Agente infiltrado. Direitos fundamentais. Organização criminosa. Lei de Drogas. Direito à prova. Princípio da proporcionalidade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O AGENTE INFILTRADO .....</b>	<b>10</b>
2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E REGULAMENTAÇÃO OU ASPECTOS CONCEITUAIS E PROCEDIMENTAIS .....	10
2.2 RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO .....	14
2.3 AGENTE INFILTRADO X AGENTE ENCOBERTO X AGENTE PROVOCADOR .....	16
<b>3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES.....</b>	<b>18</b>
3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	18
3.2 CONTRADITÓRIO .....	19
3.3 PUBLICIDADE PROCESSUAL .....	20
3.4 DIREITO À INTIMIDADE .....	22
3.5 DIREITO DE NÃO PRODUIR PROVAS CONTRA SI MESMO ( <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> ).....	23
3.6 SOBRE A VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS PELOS AGENTES INFILTRADOS .....	25
<b>4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE COMPATIBILIZAÇÃO DA FIGURA DO AGENTE INFILTRADO COM AS GARANTIAS .....</b>	<b>30</b>
4.1 LEGALIDADE .....	33

4.2 JUSTIFICAÇÃO TELEOLÓGICA .....	34
4.3 MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL .....	35
4.4 ADEQUAÇÃO .....	35
4.5 NECESSIDADE .....	36
4.6 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO .....	38
4.7 NÃO VIOLAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO .....	39
4.8 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE À INFILTRAÇÃO DE AGENTES .....	41
<b>5 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DESEJADAS E SEUS MOTIVOS .....</b>	<b>42</b>
5.1 CONTROLE DA ATIVIDADE .....	44
5.2 OBRIGATORIEDADE OU NÃO DE ACEITAÇÃO DE O AGENTE ATUAR INFILTRADO .....	45
5.3 ROL DE CRIMES CUJA INVESTIGAÇÃO PERMITE A UTILIZAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO .....	46
5.4 USO DE IDENTIDADE FICTÍCIA PELO AGENTE INFILTRADO .....	47
5.5 POSSIBILIDADE DE O AGENTE INFILTRADO COMETER DELITOS .....	48
5.6 PRAZO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES .....	49
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>50</b>
<b>7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a infiltração de agentes no Brasil, como meio de investigação extraordinário utilizado em ocasiões de crimes graves, praticados pelas organizações criminosas, em sua maioria relacionados ao tráfico ilícito de drogas.

A infiltração de agentes consiste em um meio de obtenção de prova ou de investigação criminal, na qual um agente do Estado, judicialmente autorizado, se introduz em uma organização criminosa, sem revelar sua real identidade, com intuito de colher informações acerca do seu funcionamento, das pessoas que a integram e de quais os delitos praticados, usando para tanto de dissimulação, criando uma confiança pessoal entre os criminosos, uma vez que age como se fosse realmente integrante daquela organização criminosa.

Esta infiltração de agentes foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 10.207/01 que alterou a Lei nº 9.034/95 denominada Lei do Crime Organizado, estando também prevista na Lei nº 11.343/06 denominada Lei de Drogas.

A figura do agente infiltrado surgiu no direito estrangeiro, onde inclusive é amplamente utilizada nos países como Portugal, Espanha e Estados Unidos da América, na necessidade de combate às organizações criminosas.

A organização criminosa é comumente conceituada pela doutrina a partir da enumeração de suas características elementares, entre elas: estrutura hierárquico-piramidal e funcionamento nos moldes de uma genuína empresa; divisão direcionada de tarefas; administração profissional; disponibilidade de meios materiais e humanos para a execução de tarefas distintas e escalonadas; restrição dos membros que venham a integrar o grupo; participação ou envolvimento de agentes públicos; orientação para obtenção de dinheiro e

poder; domínio territorial; persistência das atividades ilícitas; clandestinidade; possibilidade de substituição de membros mediante uma rede de substituição.<sup>1</sup>

Nos dias atuais, os meios disponíveis pelo Estado de combate a criminalidade organizada, mostram-se insuficientes. A sociedade assiste a crescente violência, e as práticas delituosas das organizações criminosas mostram-se cada vez mais audaciosas.

Neste contexto, adotou-se no Direito Pátrio a infiltração de agentes no combate a estas organizações criminosas. Este meio extraordinário de investigação vem ganhando diversas críticas por parte da doutrina, que não admite seu uso em razão da limitação de diversos direitos fundamentais do acusado.

Assim, nos vemos diante de três perspectivas distintas:

A primeira seria a do investigado ou acusado, aos quais se concede um complexo de garantias, tais como o princípio da não autoincriminação, da liberdade individual, da presunção da inocência, da privacidade etc. A segunda seria a do cidadão, a quem se confere o direito à liberdade e à segurança pública, tidos como essenciais ao desenvolvimento de suas respectivas potencialidades, o que está plenamente garantido pela Constituição Federal de 1988. Por fim, a terceira seria a do próprio Estado, cuja legitimidade se funda na tutela dos interesses públicos e manutenção da paz social e a quem cabe exercer o *jus puniendi* de forma eficaz em relação aos delitos abrangidos pela jurisdição penal brasileira, tendo por finalidade garantir aos cidadãos, por meio da manutenção da segurança pública, o exercício dos seus direitos e liberdades, sem que isso comprometa as garantias constitucionais do investigado ou do acusado.<sup>2</sup>

A busca pelo equilíbrio entre a eficiência do *jus puniendi* do Estado e as garantias fundamentais do acusado por meio da infiltração de agentes nas organizações criminosas é o objetivo deste estudo, assim analisaremos a figura do agente infiltrado, os direitos fundamentais do investigado que podem ser restringidos no curso da infiltração, o direito à prova no processo penal, o princípio da proporcionalidade como meio de compatibilização da figura do agente infiltrado com as garantias fundamentais do acusado e as inovações legislativas que entendemos ser necessárias ao tema.

---

<sup>1</sup> ROSSETTO, Patrícia Carraro. Criminalidade Organizada: Considerações sobre a Lei 9.034 de 03.05.1995. *Ciências Penais*, vol.14, pp.257, Jan/ 2011

<sup>2</sup> ROSSETTO, Patrícia Carraro. Criminalidade Organizada: Considerações sobre a Lei 9.034 de 03.05.1995. *Ciências Penais*, vol.14, pp.260, Jan/ 2011.

## 2 O AGENTE INFILTRADO

### 2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E REGULAMENTAÇÃO OU ASPECTOS CONCEITUAIS E PROCEDIMENTAIS

Mostra-se necessário, anteriormente à análise das provas obtidas pelos agentes infiltrados no ordenamento jurídico pátrio, conceituar o instituto do agente infiltrado, haja vista o parco debate que se encontra sobre o tema em nosso Direito.

Assim, a infiltração de agentes no Direito pátrio consiste em uma técnica de investigação criminal ou em um meio de obtenção de provas<sup>3</sup>, no qual um agente, que em nosso ordenamento será necessariamente um policial ou agente de inteligência, infiltra-se em uma organização criminosa, com o intuito de obter informações privilegiadas acerca dos delitos cometidos, dos integrantes, bem como do *modus operandi* da organização, quadrilha ou bando. Para tanto, o agente infiltrado age como se verdadeiro integrante fosse da Organização (*lato sensu*).

Destacam-se deste modo, três características essenciais que devem ser observadas na conduta do agente infiltrado, são elas a dissimulação, quando o agente infiltrado oculta sua

---

<sup>3</sup> “Os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz.(...) Importante ressaltar que, em regra, esses meios de investigação devem ser produzidos sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova.”( LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2011, pp. 843.)

verdadeira identidade e intenções, o engano, a fim de se obter a confiança dos investigados, que devem acreditar que o infiltrado é um criminoso, e a interação, que consiste na relação pessoal que o agente deverá desenvolver com os investigados.

No Direito Brasileiro, a figura do agente infiltrado surgiu primeiramente na Lei n. 9034/1995, que trata do Crime Organizado, contudo foi parcialmente vetada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, justamente na parte que previa a infiltração policial, tendo como justificativa de que a medida contrariava o interesse público, uma vez que não contemplava a necessidade de autorização judicial prévia e permitia a prática de crimes pelos agente infiltrados, ficando desde logo excluída sua antijuridicidade.

Contudo, a Lei n. 10.217/2001, acrescentou o inciso V ao artigo 2º da Lei n. 9.034/1995, incorporando em nosso ordenamento a infiltração policial como meio de investigação e obtenção de provas, ganhando a seguinte redação:

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:  
[...]  
V – a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Posteriormente, a Lei n. 11.343/2006, denominada Lei de Drogas, trouxe em seu artigo 53, inciso I, a previsão da infiltração policial, a saber:

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

Assim, vemos que pela simplicidade da previsão da figura do agente infiltrado no Direito Brasileiro acarreta diversas discussões doutrinárias acerca da aplicação do instituto, destacam-se como falhas dos dispositivos vigentes: o fato de não ter especificado um procedimento próprio para o processamento da infiltração; não ter deixado expresso quem possuiria legitimidade para requerê-la; não esclarecer qual o prazo da duração da infiltração; não dispor sobre a possibilidade ou não de renovação da infiltração; não prever se as

informações obtidas pelo agente devem ser relatadas ao Ministério Público ou ao Magistrado; e, por fim, nada dispor sobre a participação do Ministério Público. A lei não dispôs sobre os limites da atuação do agente infiltrado, certo foi que a lei regulamentou apenas dois pontos sobre a infiltração: quem poderia infiltrar-se e quem deve autorizá-la.<sup>4</sup>

Passemos então a análise destes pontos conturbados e de como a doutrina especializada vem tratando-os.

Um dos pontos mais criticados pela maioria dos juristas refere-se à previsão de infiltração por agentes de inteligência, que são funcionários do Estado ligados a centrais de colheita de dados e fiscalização, sem contudo pertencer à polícia. Em nosso ordenamento, podemos citar os integrantes da ABIN – Agência Brasileira de Inteligência. As atribuições destes agentes são previstas na Lei n. 9.883/99 e a grande crítica é justamente a infiltração em organizações criminosas desvirtuar o labor desses, cujo objetivo precípua é a busca por informações referentes à manutenção da ordem e da segurança nacional, e não a busca de informações e provas a serem usadas em uma persecução criminal.

Como solução para os demais questionamentos, que foram omitidos pelo legislador ao prever a infiltração, alguns doutrinadores propõem a aplicação, por meio do argumento analógico e no que couber, do procedimento previsto para a decretação da interceptação das comunicações telefônicas, previsto na Lei n. 9.296/1996. Destacamos os dizeres de SILVA sobre a questão, *litteris*:

Diante das patentes deficiências pelas quais ainda passa a legislação brasileira, com vistas a tutelar pelas garantias do investigado, somente resta valer-se, por analogia e no que couber, do procedimento estabelecido pela Lei nº 9.296/96, que estabelece normas e regramentos acerca das interceptações das comunicações telefônicas e das comunicações por meio de sistemas de informática e telemática, uma vez que reflete na moderna concepção do princípio constitucional da proporcionalidade em relação à matéria que igualmente pode acarretar em restrição ao direito à privacidade.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> SILVA, Eduardo Araújo, da. *Crime Organizado* – procedimento probatório. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

<sup>5</sup> *Idem*.

Este entendimento, no entanto, não é pacífico na doutrina, existindo juristas que entendem que esta analogia, da infiltração de agentes com a interceptação telefônica não é possível tendo em vista a notável distinção dos riscos destas atividades.

Nos dizeres de Renato Stanzola Vieira:

O nível de intromissão à privacidade no caso de agentes infiltrados é superior ao previsto na Lei de interceptações telefônicas. Lembre-se, a respeito, não só da posição passiva de quem apenas ouve conversas quando se compara àquele que se infiltra em determinado grupo para lá colher qualquer tipo de informações; como também do risco (anormal, já se viu acima da doutrina portuguesa) que só o infiltrado corre, enquanto o expectador da interceptação não corre nenhum.<sup>6</sup>[grifos do autor]

Ao elaborar este estudo, concordamos em parte com as duas doutrinas. Quanto àquela que faz a analogia, acreditamos ser uma boa saída à omissão legislativa da infiltração de agentes, mostrando-se as limitações pertinentes às interceptações telefônicas condizentes com o nosso processo penal. Contudo, igualmente fazemos coro com a segunda doutrina, pois acreditamos que a melhor maneira de solucionar a omissão é justamente através de novo processo legislativo, uma vez que a infiltração de agentes, por ser um meio mais invasivo, requer ainda mais cautelas do que a interceptação telefônica.

Diante do exposto, continuaremos nosso trabalho, expondo as analogias feitas em relação ao tema, por se mostrar esta a doutrina atualmente majoritária, ressaltando que no capítulo final deste estudo, destacaremos as regulações legislativas que entendemos necessárias a infiltração de agentes.

Assim, embora a legislação específica não tenha deixado expresso, a doutrina tende a encarar que possui legitimidade para requerer a infiltração de agentes, tanto a autoridade policial, no curso das investigações preliminares, quanto o Ministério Público, na fase de investigação criminal preliminar e também na instrução processual, conforme previsto no art.

---

<sup>6</sup> VIEIRA, Renato Stanzola. Agente Infiltrado – Estudo Comparativo dos Sistemas Processuais Penais Portugueses e Brasileiro (Ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 87, pp. 200, nov. 2010.

3º da Lei n. 9.296/96, devendo ainda o pedido de infiltração demonstrar a necessidade de tal medida, bem como os seus pressupostos autorizadores.

Ressalta-se que a decisão judicial, que autoriza a infiltração, deverá ser, nos termos do art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034 de 1995, “circunstanciada”, assim nos esclarece Nucci:

Autorização judicial circunstanciada: toda decisão judicial deve ser fundamentada (art. 93, IX, CF). Entretanto, a menção, neste inciso, de autorização judicial *circunstanciada* refere-se a uma decisão proferida em termos minuciosos, explicando, com clareza e riqueza de detalhes, o motivo da quebra do sigilo. Não é suficiente, portanto, a mera referência ao pedido formulado pelo Ministério Público ou à representação da autoridade policial (ex: “com base no parecer do Dr. Promotor de Justiça de fls. \_\_\_\_, defiro a interceptação ambiental”)<sup>7</sup>

Os requisitos que deverão ser observados pelo juiz, a fim de legitimar a infiltração e posterior utilização das provas obtidas, serão analisados no Capítulo 4 deste estudo.

O juiz terá o prazo de 24 horas, para decidir acerca da infiltração policial, prazo este estabelecido no art. 5º da Lei n. 9.296/1996, sendo certo que a decisão deverá determinar a forma de execução da infiltração, bem como as cautelas a serem observadas pelo agente infiltrado, prevendo ainda, o prazo de duração da medida, que pela analogia à Lei de interceptação telefônica, não poderá ultrapassar 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias.

Fato é que inerente ao instituto em tela é a necessidade de sigilo da investigação e consequente infiltração, uma vez que faz parte da própria natureza da operação, sendo indispensável para que a iniciativa repressiva logre êxito. E ainda, constitui a segurança do agente que atua infiltrado, que poderá ter a sua vida comprometida em razão de eventual descoberta de sua real identidade.

Dessa forma, há autores que defendem a alteração da identidade do policial que estiver atuando como agente infiltrado. Destacam ainda que o conhecimento da infiltração de agentes deve se restringir a pouquíssimos interessados. Tudo isso de forma a garantir o êxito da operação, bem como a segurança do agente.

---

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254-255.

## 2.2 RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

Ponto muito questionado sobre o tema, e que vem ganhando importantes estudos, refere-se a possibilidade de prática de crimes pelo agente infiltrado, uma vez que este devendo atuar, como se real membro fosse da Organização Criminosa. Assim, estará diante de circunstâncias que o conduzirão a práticas de delitos, como forma até mesmo de provar sua verdadeira condição de integrante, já que a recusa a práticas de crimes, certamente levaria a desconfiança dos demais membros, comprometendo assim a investigação criminal.

O tema é polêmico e bastante delicado, uma vez que o agente infiltrado representa de fato, o Estado, e dessa forma estaríamos diante de uma ‘autorização’ em que seria permitido ao Estado praticar delitos. Por isso, esta análise exige cautela.

Fato é que, que em qualquer infiltração policial, o agente estará incorrendo no crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal. Contudo, neste crime específico, a doutrina majoritária isenta de responsabilidade penal o agente, divergindo quanto a justificativa da isenção. Alguns defendem que a conduta do agente não pode ser qualificada como típica uma vez que inexistente a vontade livre e consciente de praticar estes delitos. Outros pregam a incidência de uma causa de exclusão da culpabilidade, em virtude da inexigibilidade de conduta diversa, ou ainda, uma causa de exclusão da ilicitude, pelo estrito cumprimento do dever legal. Tendo ainda aqueles que pregam a existência de escusa absolutória.

Quanto aos demais crimes que poderiam ser cometidos pelo agente infiltrado existem longas discussões doutrinárias, as quais não abordaremos, por não ser este o objeto do presente estudo. Podemos ressaltar no entanto, o entendimento comum do caráter estritamente

excepcional da medida, que deve levar em consideração o bem jurídico a ser violado com a prática do delito, devendo ser sempre de menor potencial ofensivo, de modo a garantir a legitimidade da infiltração policial, que perderia seu propósito primário que é a prevenção da prática dos crimes praticados pelas Organizações Criminosas.

### 2.3 AGENTE INFILTRADO X AGENTE ENCOBERTO X AGENTE PROVOCADOR

Ao analisarmos a figura do agente infiltrado em nosso ordenamento, não podemos deixar de diferenciá-lo de outros agentes que, embora sejam confundidos sobretudo na jurisprudência, apresentam atuações totalmente distintas, cuja análise é necessária sobretudo para assegurar a legitimidade da infiltração.

O ponto principal desta discussão reside na diferenciação do agente infiltrado para o agente provocador, figura esta muito criticada pelos doutrinadores.

O agente provocador, diferentemente do agente infiltrado, se caracteriza por aquele que, ganhando a confiança do criminoso, o instiga ou convence a praticar determinada conduta típica, atua, portanto de forma ativa, sendo nos dizeres de KNIJINK, ao citar GONÇALVES:

aquele que, de alguma forma, precipita o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente aparecendo como comprador ou fornecedor de produtos ilícitos, ou seja, é o instigador que determina outrem à perpetração de um crime, apenas porque quer que este seja acusado e punido<sup>8</sup>.

Contudo, a provocação do crime pelo agente infiltrado leva à ilicitude da prova colhida. Com efeito, se prejudica não apenas a responsabilização dos integrantes da

---

<sup>8</sup> GONÇALVES, Fernando et al. **Lei e crime**: o agente infiltrado versus o agente provocador; os princípios do processo penal. Lisboa: Almedina, [2007?], p. 255, *apud* KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 115.

organização criminosa pelo crime a que foram induzidos, mas também se vicia toda a credibilidade do restante das provas colhidas por aquele agente.<sup>9</sup>

Desse modo, não devemos acolher a hipótese de prisão em flagrante para estes casos, uma vez que o criminoso atua induzido pelo agente, o que caracteriza o flagrante provocado, que como estabelece Nelson Hungria<sup>10</sup>:

(...) quando alguém insidiosamente provoca outrem à prática de um crime e, simultaneamente, toma as providências necessárias para surpreendê-lo na flagrância da execução, que fica, assim, impossibilitada ou frustrada (..)

De modo semelhante entende o Supremo Tribunal Federal, quando da edição da súmula 145, que dispõe: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Resta demonstrado, portanto, o repúdio do ordenamento jurídico pátrio à figura do agente provocador, bem como a ilicitude de provas obtidas por este.

Por fim, destacamos ainda a diferença existente entre o agente infiltrado e o agente encoberto, caracterizado, nos dizeres de KNIJNIK, citando MEIREIS<sup>11</sup>, pela “absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”; ele “frequenta os meios conotados com o crime, na esperança de descobrir possíveis delinquentes”. Note-se: o *encoberto* não provoca o crime, nem conquista a confiança de quem quer que seja, pois aí, já se estará na figura do *agente infiltrado*. Trata-se da figura intitulada “policia à paisana”, prevista no art. 2º, inciso II da Lei n. 9.034/95.

---

<sup>9</sup> JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2010, p. 99.

<sup>10</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.1. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 103 *apud* JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2010, pp. 99-100.

<sup>11</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador**. Coimbra:Amedina, 199, p.191, *apud* KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 116.

### 3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Seguindo nosso estudo acerca da legitimidade das provas obtidas pelo agente infiltrado nos Crimes de Organização Criminosa e no Tráfico Ilícito de drogas, mostra-se imprescindível a análise constitucional do instituto, em razão da grande polêmica que surge entre os doutrinadores, em virtude da suposta violação de alguns direitos constitucionalmente previstos no curso da infiltração.

Destacamos, para tanto, alguns princípios mais evidentes, que serão analisados individualmente.

#### 3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Previsto na Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, artigo este que estabelece o rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Dessa forma, temos neste um dos princípios basilares de qualquer processo em nosso ordenamento, seja ele penal ou não. O princípio ora analisado sustenta a imperiosidade em nosso Estado de Direito de: i) um processo legislativo de elaboração de leis previamente definido e regular, acompanhado de razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, os quais devem estar necessariamente enquadrados nas disposições constitucionais; ii) a aplicação das normas jurídicas, tanto das leis positivadas quanto de qualquer outra expressão do direito,

apenas por meio do processo penal; iii) a assecuração, no processo, da paridade de armas entre as partes que o integram, buscando a igualdade e o equilíbrio entre elas.<sup>12</sup>

Este último ponto é que a doutrina especializada acredita ser violado no que se refere a infiltração de agentes, uma vez que o agente, atuando de maneira dissimulada, omitindo sua real identidade e ganhando a confiança do suspeito não estaria em condição de igualdade com este, estaria em uma posição privilegiada.

Destaca-se ainda, que o princípio do devido processo legal desdobra-se em vários direitos, dentre os quais o direito à citação; direito a um juiz natural, aquele que além de competente para julgar a matéria, está regularmente investido na função; direito ao duplo grau de jurisdição; direito à coisa julgada e, sobretudo, direito a um julgamento baseado em provas obtidas de forma lícita e regular.

### 3.2 CONTRADITÓRIO

Como um dos corolários fundamentais do devido processo legal, o contraditório, constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso LV da CRFB, é requisito essencial do processo penal.

O contraditório pode ser definido simploriamente como o direito do indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo que é levado para o processo pela parte adversa.

Dessa forma, como meio de se garantir a legalidade do processo penal, deve-se primar por um contraditório pleno e efetivo. Acerca disso, vejamos os dizeres de Ada Pellegrini Grinover<sup>13</sup>:

---

<sup>12</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed.. São Paulo: RT, 2009, pp. 57-59.

plenitude e efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre o seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela das suas razões. Mais ainda: no processo penal, com o seu máximo de publicismo e mínimo de disponibilidade, a reação não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contradição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando, para tanto, seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrios entre os ofícios da acusação e da defesa. Cabe ao juiz penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes.

Assim, conforme dito, uma vez que o contraditório é requisito de validade do processo penal, igualmente se faz necessário para assegurar a validade das provas obtidas naquele.

No caso das provas obtidas pelo agente infiltrado, não será possível a realização do contraditório pleno, sob pena de frustrar os fins desejados pela medida. Desta forma, ao acusado, que encontra-se ludibriado pelo agente, não é concedida a informação acerca das provas que estão sendo produzidas, muito menos a possibilidade de a elas se contrapor.

No entanto, como meio de garantir a legitimidade das provas obtidas pela infiltração de agentes, a doutrina especializada afirma que ao acusado, é permitido o contraditório diferido no tempo, que acontece após a formação da prova. Apesar deste tipo de contraditório ser aceito de forma plena pelos juristas, estes ressaltam que a ocorrência deste tipo de contraditório deve ocorrer em uma situação de emergência, ou em face de alguma cautelar, onde a intimação prévia do acusado para acompanhar os atos investigatórios, não se justificaria, como exemplo podemos citar a interceptação telefônica e a infiltração de agentes.

De qualquer modo, não há que se falar em mitigação ao princípio do contraditório nas infiltrações policiais, uma vez que é assegurado ao investigado o contraditório diferido, já que não há no texto constitucional qualquer exigência de que o princípio seja efetivado

---

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O conteúdo da Garantia do Contraditório*. Novas Tendências do Direito Processual (de acordo com a Constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp 18.

previamente ou simultaneamente ao ato realizado. O que de fato é exigido é que a manifestação contrária tenha eficácia prática, ainda que *a posteriori*. O Contraditório mitigado se justificaria ainda, em razão de valores que a ele se sobrepõem no caso concreto, com a adoção do princípio da proporcionalidade.

### 3.3 PUBLICIDADE PROCESSUAL

O princípio da publicidade pode ser entendido como a garantia concedida a todo e qualquer cidadão de ter acesso aos atos judiciais ocorridos em um processo.

Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos<sup>14</sup>:

a publicidade dos atos processuais insere-se em um campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes, públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Este não pode conviver com o sigilo, o segredo, o confinamento, a quatro portas, a falta de divulgação, porque por este caminho, da sonegação de dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em um Estado governado pelo povo, qual seja: o de controle. Não há dúvida, portanto, de que a publicidade dos atos, e especificamente dos atos jurisdicionais, atende ao interesse das partes e ao interesse público. Protege o magistrado contra insinuações e maledicências; da mesma forma que protege as partes contra um possível arbítrio ou prepotência. E confere a coletividade, de um modo geral, a possibilidade de controle sobre atos que são praticados com a força própria do Estado.

Esta garantia está prevista no art. 93, IX da Constituição Federal, e trata-se de regra em nosso ordenamento jurídico, contudo, como toda garantia, não possui caráter absoluto, sendo que a própria Constituição restringe a publicidade processual no seu art. 5º, inciso LX, em razão da defesa da intimidade ou do interesse social.

Em decorrência desta previsão e restrição constitucional, os doutrinadores fazem uma distinção entre as publicidades dos atos processuais.

---

<sup>14</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 285, apud LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2011, p. 42.

Dessa forma, eles a dividem em *publicidade externa*, que é aquela assegurada a terceiros, estranhos ao processo. Esta publicidade pode ser mitigada em razão da proteção da intimidade das pessoas envolvidas na persecução penal, como exemplos a vítima ou testemunhas do caso. Ressalta-se que esta restrição não resulta em nenhum prejuízo aos interessados na causa.

Já a *publicidade interna* é a garantia concedida as partes e demais integrantes da persecução penal, esta só pode ser restringida em casos excepcionais e por um rápido período de tempo, uma vez que cria uma desigualdade de atuação das partes, o que acarreta uma limitação a outros direitos fundamentais, aqui já analisados, como o contraditório e a ampla defesa.

No caso de provas cautelares, como as obtidas pelos agentes infiltrados não há que se falar em publicidade às partes do processo. Uma vez que esta colocaria em risco toda a investigação, bem como a integridade física do agente que atua infiltradamente na organização criminosa.

Deste modo, vemos que esta garantia constitucionalmente prevista também é mitigada na infiltração de agentes, razão pela qual, mais uma vez se justifica o estudo acerca da validade das provas obtidas nestas circunstâncias.

### 3.4 DIREITO À INTIMIDADE

Outro corolário do processo penal, que precisa ser analisado quando da infiltração de agentes em organizações criminosas é o *direito à intimidade* ou *direito à privacidade*. Trata-se de direito constitucionalmente previsto, no art. 5º, X da CF.

Trata-se da faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular.

Mostra-se deste modo evidente a violação ao direito à intimidade ou a privacidade em decorrência da infiltração policial, uma vez que o investigado não possui conhecimento da real identidade daquele sujeito, estando totalmente ludibriado, ele pode permitir que o agente entre em seu domicílio, participe de conversar íntimas deste entre tantas outras violações do tipo.

Assim sendo, uma vez que a autorização dada ao agente pelo investigado mostra-se viciada, ela não pode ser usada para permitir a restrição ao direito fundamental à intimidade.

Deste modo, há novamente a mitigação a um direito fundamental do investigado em decorrência da infiltração policial, razão pela qual as provas produzidas devem obedecer alguns requisitos para serem consideradas válidas.

### 3.5 DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*)

O direito de não produzir provas contra si mesmo é um dos princípios constitucionais fundamentais, previsto no art. 5º, LXXX da Constituição Federal. Ele se justifica pelo fato de que, em nosso ordenamento jurídico a atividade probatória é tarefa da acusação, é ela quem tem o dever de provar a culpabilidade, materialidade e autoria do delito.

No texto constitucional, o princípio analisado não foi escrito corretamente, uma vez que abrange na literalidade um direito do preso. Os doutrinadores no entanto, criticam este texto uma vez que afirmam nos dizeres de Renato Brasileiro de Lima:

Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime. A esse respeito, observa Antônio Magalhães Gomes Filho que o direito ao silêncio estende-se a qualquer pessoa, em razão do princípio da presunção de inocência, do qual decorre que incumbe exclusivamente à acusação produzir as provas de culpabilidade.<sup>15</sup>

Assim, cabe ao acusado, decidir sua linha de defesa, uma vez que não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, lhe é garantido o direito de permanecer em silêncio e até mesmo de faltar com a verdade em suas declarações. Neste sentido os dizeres de Alberto M. Binder:

caso declare a verdade ou oculte informação, não estará fazendo outra coisa que exercer seu direito à própria defesa e de nenhuma maneira descumprindo um dever como o que têm as testemunhas em relação ao depoimento. Isto significa que é o acusado que tem o domínio e o poder de decisão sobre seu próprio depoimento. Consequentemente, somente ele determinará o que quer ou o que interessa declarar.<sup>16</sup>

Os doutrinadores apontam alguns desdobramentos do direito de não produzir provas contra si mesmo, entre eles: i) direito ao silêncio ou direito de ficar calado; ii) direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; iii) inexigibilidade de dizer a verdade; iv) direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo.

A partir destas considerações, salta aos olhos que a infiltração de agentes fere este direito, uma vez que um dos objetivos do agente, é por meios enganosos (sobretudo quanto a real identidade do agente infiltrado), ganhar a confiança do membros da organização criminosa, para com isto, descobrir delitos, planos, possíveis membros e formas de atuação. Estas revelações, de caráter em sua grande maioria autoincriminatórias, não seriam consideradas em

---

<sup>15</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2011, pp. 57.

<sup>16</sup> <sup>16</sup> BINDER, Alberto M.. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 135.

uma primeira análise lícitas, por ofenderem de sobremaneira o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Na infiltração de agente, os investigados são ludibriados e pensam que estão lidando com colegas e possíveis comparsas, assim os agentes, aproveitando-se da confiança que adquirem com os membros da organização passam a instigá-los a relatar os delitos que já cometeram, os planos de futuros crimes, quais são os integrantes daquela organização e como a mesma atua, tudo visando a obtenção de provas que possivelmente serão usadas na procedimento criminal.

Assim é, que ao investigado não é dado o direito de não produzir provas contra si mesmo, e muito ao contrário, é instigado a produzi-las. Em decorrência disto, muitos doutrinadores repudiam este meio de instigação e de obtenção de provas. Nesse sentido, ressaltam Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves:

o recurso à figura do agente infiltrado consubstancia, intrinsecamente e em si mesma, uma técnica de investigação de moral duvidosa, uma vez que é o próprio suspeito que, actuando e erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal, produz, involuntariamente, a prova de sua própria condenação.<sup>17</sup>

### 3.6 SOBRE A VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS PELOS AGENTES INFILTRADOS

Como visto acima a infiltração policial além de um meio de investigação policial, é vista também como um modo de obtenção de provas que poderão ser usadas em futura persecução penal. E, como meio de obtenção de provas, a infiltração de agentes não está apta a, por si só, fundamentar uma sentença penal condenatória. Por se tratar de medida excepcional, produzida extraprocessualmente e independentemente de contraditório, seu resultado apenas se

---

<sup>17</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando. **O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado**. Coimbra: Almedida, 2001, p. 27.

presta a colher novas fontes de prova, que serão inseridas no processo a partir dos meios regulares (prova testemunhal, pericial, documental etc.).

No entanto, analisamos nos tópicos anteriores, que o instituto da infiltração de agentes viola diversos direitos fundamentais do investigado, colocando em dúvida a validade ou licitude das provas porventura obtidas a partir dos elementos colhidos no curso da infiltração. Isso ocorre porque, a se entender pela ilicitude de uma infiltração, certamente que as provas colhidas a partir de seu resultado serão consideradas provas ilícitas por derivação, na linha do que será exposto na sequência.

No ordenamento jurídico pátrio a prova no processo penal é um direito de ambas as partes, e como todo direito possui limites, ou requisitos de validade, na visão de alguns doutrinadores.

As provas desempenham um papel mais importante, que é o de *fixar* os fatos no processo e, por conseqüência, no próprio universo social; nisso consiste sua função *legitimadora* das decisões judiciais à qual já nos referimos.<sup>18</sup>[grifos do autor]

Assim, são impostos no processo penal, limites a essa produção de provas ou regras de admissibilidade, que são na verdade requisitos que estas provas devem possuir para produzir o efeito almejado, qual seja a demonstração dos fatos em que se ajustam suas pretensões. Essas limitações alcançam os objetos de prova, os meios de prova e ainda os procedimentos de provas. Nos dizeres do jurista Gomes Filho:

O *método probatório judiciário*, constitui, na verdade, um conjunto de regras mais amplo, cuja função garantidora dos direitos das partes e da própria legitimação da jurisdição implica limitações ao *objeto* da prova, aos *meios* através dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os *procedimentos* adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório, ou mesmo, em certas situações, o *valor* da prova obtida.<sup>19</sup>[grifos do autor]

Importante distinção a ser feita é quanto a prova nula no processo penal e a prova inadmissível.

---

<sup>18</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

<sup>19</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

Temos que a nulidade é declarada em momento posterior à prática do ato, no qual se verifica que o mesmo é irregular e, portanto, a prova obtida a partir dele mostra-se inválida ou ineficaz. Essa declaração, no entanto, pode não ocorrer, uma vez que o ato praticado irregularmente pode ser considerado válido e eficaz, desde que verificados a inexistência de pressupostos legais para sua invalidação.

Por sua vez, a inadmissibilidade decorre de uma apreciação feita anteriormente à prática do ato, que impede a ocorrência da irregularidade, dessa forma, a inadmissibilidade, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais da idéia de *inexistência* (jurídica) do ato vedado pela lei processual.

A *admissibilidade* da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos, daí sua habitual formulação em termos negativos: *inadmissibilidade*, *proibição de prova*, *'exclusionary rules'*.<sup>20</sup>[grifos do autor]

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, inciso LVI: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. O mesmo objeto é tratado no art 157 do Código de Processo Penal.

**Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

A doutrina pátria conceitua como prova ilícita aquela produzida em violação à direitos materiais, com inobservância de garantias fundamentais, enquanto as provas ilegítimas

---

<sup>20</sup> Idem.

são aquelas produzidas em violação à normas de direito processual, como o contraditório e a ampla defesa.

O parágrafo primeiro do art. 157 do CPP, acima transcrito estabelece a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits of the Pousonous Tree*) em nosso ordenamento jurídico, a aludida Teoria prega que a prova obtida a partir de uma primeira prova adquirida por meios ilícitos, passa a ser também viciada pela ilicitude da prova original ilícita, pois os vícios são transmitidos ao que dela derivar.

De acordo com essa teoria, a prova ilícita por derivação, da mesma forma que a prova ilícita originária, também deve ser rejeitada ou desentranhada do processo para evitar da mesma forma o convencimento equivocado do julgador. A partir daí, tendo os vícios afastados, o curso do processo segue normalmente.

Em contrapartida na doutrina, surgiram teorias limitadoras à Teoria dos frutos da árvore envenenada.

A Teoria da Fonte Independente ou “*independent source limitation*,” permite a admissão de uma prova “contaminada” pela ilicitude quando houver elementos que demonstrem que esta prova também seria descoberta ou obtida a partir de uma outra fonte, que nenhuma relação guarde com aquela em que se verificou a violação aos direitos do investigados. Esta teoria está prevista no art. 157, § 2º do CPP.

A Teoria da Descoberta Inevitável ou “*inevitable discovery limitation*”, por sua vez, estabelece que não se impede a admissão da prova obtida por meio ilícito se tal prova teria sido descoberta inevitavelmente por meio de atividades investigatórias lícitas, sem qualquer relação com a violação.

Já pela Teoria da Contaminação Expurgada ou “*purged taint limitation*”, também conhecida por limitação da conexão atenuada ou “*attenuated connection limitation*”, permite-se a utilização da prova derivada se sua obtenção tiver ocorrido de forma muito remota (em

termos de nexos causal) com a ilicitude originária. Verifica-se, assim, uma “atenuação” da cadeia causal dos acontecimentos que justifica a permanência da prova.

Por fim, a Teoria da Boa-fé, prega que a prova obtida por meios ilícitos é considerada válida, desde que isso não tenha decorrido da intenção da autoridade policial, que agiu de boa-fé, na crença de estar praticando um ato lícito.

Essas últimas teorias são vistas com cautelas pela nossa jurisprudência, devendo sua aplicação ser analisada no caso concreto.

Deve-se observar que, sendo uma infiltração de agente considerada ilícita, e não sendo o caso de incidir nenhuma das limitações/exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, não poderão ser consideradas válidas as provas obtidas a partir desta medida.

Feitas estas considerações acerca das provas no processo penal, passamos a análise dos pressupostos para uma válida atuação do agente infiltrado, e conseqüente utilização das provas por ele obtidas.

#### **4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE COMPATIBILIZAÇÃO DA FIGURA DO AGENTE INFILTRADO COM AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Como já mencionado diversas vezes neste estudo, a infiltração de agentes nas organizações criminosas, implica uma simulação do agente, que conquista a confiança dos integrantes da organização se fazendo passar por delinquente, para assim conseguir informações e provas acerca dos delitos cometidos.

Essa prática pressupõe por consequência restrições a diversos direitos fundamentais, como o devido processo legal, contraditório, intimidade, direito de não produzir provas contra si mesmo, entre outros, dessa forma, constitui, aos olhos da doutrina, um meio menos transparente e aplaudido de obtenção de provas. Deve, portanto, a medida ser vista como de caráter excepcional.

Assim temos dois ramos do Direito, em aparente conflito: O Direito Constitucional, que estabelece e concede caráter prioritário aos direitos fundamentais e o Direito Penal, que tem como função punir, através de sanções, aqueles que violam os bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal.

A partir deste cenário, surge o conflito entre a eficiência na busca pela segurança pública e o garantismo penal, entendido como a “efetivação do devido processo legal, nos prismas subjetivo e objetivo: como garantias das partes, essencialmente do acusado, e como garantias do justo processo”<sup>21</sup>.

Entendemos como o grande problema destes meios excepcionais de investigação e obtenção de prova, na qual destacamos a infiltração de agentes, é que eles são introduzidos em

---

<sup>21</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado. *Revista Brasileira da Ciências Criminais*, vol. 70, jan. 2008, p. 229.

nosso ordenamento jurídico sem que ocorra uma preocupação do legislador em regulamentá-los de modo a torná-los compatíveis com os direitos fundamentais.

Nesse sentido, analisando sobre a eficiência do ordenamento jurídico elabora o doutrinador Antonio Scarance Fernandes:

É dotado de eficiência o ordenamento formado por regras que permitam equilíbrio entre o interesse do Estado em punir autores de infrações penais e o interesse do acusado em se defender plenamente. Em outras palavras, o equilíbrio entre a exigência de assegurar ao investigado, ao acusado e ao condenado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de proporcionar aos órgãos de Estado encarregados da persecução penal mecanismos para uma atuação positiva. Não se deve pender para uma atuação positiva. Não se deve pender para os extremos de um hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo.<sup>22</sup>

A eficiência do processo penal não é baseada, dessa forma, no número de condenações. O processo penal eficiente, portanto, é aquele que, em tempo razoável, atinge um resultado justo.

Voltando para a análise do objeto deste estudo, temos que na infiltração de agentes, é praticamente impossível não ocorrer ofensas às garantias constitucionais e aos corolários do devido processo legal, já mencionados em capítulo anterior. Igualmente pacífico é o fato de que os direitos fundamentais não são intocáveis ou absolutos.

Assim, é necessário objetivar para que estas restrições sejam as menores possíveis, no intuito de alcançar-se a eficiência na persecução penal com atuação eficaz das normas de garantia, tendo sempre em vista o equilíbrio entre a repressão penal e os direitos do indivíduo. Neste contexto, o instrumento mais rogado pela doutrina é o princípio da proporcionalidade, haja vista a necessidade de ponderação no caso de conflitos entre garantias, que implicam uma restrição a um direito fundamental. O conceito de proporcionalidade serve como ponto de apoio da ponderação entre princípios constitucionais: quando dois princípios entram em colisão, por

---

<sup>22</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado. *Revista Brasileira da Ciências Criminais*, vol. 70, jan. 2008, p. 229.

que a aplicação de um implica a redução do campo de aplicação de outro, corresponde ao juiz constitucional determinar se essa redução é proporcional, à luz da importância do princípio afetado.

O princípio da proporcionalidade não encontra-se constitucionalmente previsto, no entanto a doutrina lhe garante o *status* de direito constitucional, por decorrer do Estado de Direito, tendo o mesmo fundamento dos direitos fundamentais.

O objetivo do princípio da proporcionalidade é a busca de equilíbrio entre direitos fundamentais contrastantes. Assim, estando dois valores em confronto, um deles pode vir a ser restringindo em detrimento do outro, que restará protegido.

A aplicação desse princípio exige a presença de alguns requisitos, com o objetivo de reduzir a carga de subjetividade na análise do caso concreto. Nesse sentido:

para chegar à conclusão de que o ato de compressão dos direitos fundamentais do cidadão é legítimo, porquanto proporcional, é necessário que ele passe por todos os filtros autorizadores daquele princípio (pressupostos e requisitos). Qualquer dissonância entre a conduta e esses filtros torna o ato constitucionalmente ilegítimo. Fora do âmbito da proporcionalidade, qualquer compressão a direito fundamental é ato ilegal de abuso de poder, seja sob a forma de excesso de poder seja como desvio de poder.<sup>23</sup>

Destacamos assim, quatro pressupostos essenciais para que a infiltração dos agentes seja válidas, bem como as provas por ele obtidas, são assim definidos como requisitos extrínsecos: a legalidade, a justificação teleológica e necessidade de motivação da decisão. Já os requisitos intrínsecos apontados pela doutrina são: a adequação, a necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito e não violação do núcleo essencial do direito.

Nos dizeres de MEIREIS: Assim, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, poderemos afirmar que a intromissão é abusiva quando: seja feita fora dos casos previstos na

---

<sup>23</sup> MORAES, Maurício Zanóide de. Publicidade e Proporcionalidade na Persecução Penal Brasileira. In: Sigilo no Processo Penal – Eficiência e Garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

lei e sem intervenção judicial; quando desnecessária; quando desproporcionada; quando aniquiladora dos próprios direitos.<sup>24</sup>

#### 4.1 LEGALIDADE

O uso de meios extraordinários de obtenção de prova para a repressão à criminalidade organizada só será permitida, com invocação do princípio da proporcionalidade, se estiver prevista expressamente na legislação.

Nos dizeres de Fernandes:

A lei deve: a) regular e explicitar claramente a medida excepcional de obtenção ou produção de prova, com os requisitos necessários para atuá-la; b) indicar o procedimento a ser seguido; c) especificar os órgãos, entidades ou pessoas legitimadas a requerê-la e a efetivá-la concretamente; d) indicar a autoridade competente para autorizá-la e a motivação necessária na decisão a ser proferida. Em caso de dúvida sobre alguns desses aspectos, a interpretação da norma autorizadora da medida excepcional deve ser restritiva, nunca ampliativa.<sup>25</sup>

A legalidade da infiltração de agentes em nosso ordenamento está prevista tanto na Lei n. 9034/1995, que trata do Crime Organizado, quanto na Lei n. 11.343/2006, denominada Lei de Drogas, assim só na conformidade com estes normativos é que as provas obtidas serão válidas, devendo obedecer a todos os requisitos previstos no texto legal.

Como dito no início deste trabalho, o legislador pátrio, ao prever a infiltração de agentes não estabeleceu muitos requisitos a serem observados, sendo esta inclusive uma das

---

<sup>24</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das Provas obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 173.

<sup>25</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado. **Revista Brasileira da Ciências Criminais**, vol. 70, jan. 2008, p. 232.

principais críticas feita pela doutrina no que se refere a este modo de investigação e obtenção de provas.

Assim, temos que na Lei do Crime Organizado, Lei nº 9.034/95, em seu artigo 2º, inciso V, que trata da infiltração por agentes de polícia, temos como exigência a autorização judicial circunstanciada, e o parágrafo primeiro do mesmo artigo prevê ainda que esta autorização deverá ser estritamente sigilosa e assim permanecer enquanto perdurar a infiltração.

A Lei de Drogas, por sua vez, ao prever a infiltração de agentes, em seu art. 53, inciso I, estabelece como requisitos, a autorização judicial, a manifestação do Ministério Público e que esta tarefa de investigação seja realizada por órgãos especializados pertinentes.

Assim, respeitados os requisitos contidos na previsões legislativas que tratam da infiltração de agentes, estará cumprido o pressuposto da legalidade.

No surgimento da tese que temos vindo a expor, o agente infiltrado, só será um método lícito para a obtenção de prova se respeitar as exigências da lei ordinária, dado que constitucionalmente não se encontra expressamente previsto. E isto quer dizer ainda que, como método relativamente proibido de obtenção de prova, a sua admissibilidade processual depende da sua consagração legal e dos termos dessa mesma consagração.<sup>26</sup>

#### 4.2 JUSTIFICAÇÃO TELEOLÓGICA

Este pressuposto material prega que a restrição a um direito fundamental do indivíduo só se justifica se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do texto constitucional. Por isso, o fim pretendido deve mostrar-se socialmente relevante.

Assim, sendo a proporcionalidade um juízo de ponderação entre o meio a ser utilizado e o fim a ser atingido, a justificação teleológica visa introduzir nessa análise de meio-

---

<sup>26</sup> Idem.

fim exatamente essa última parcela, qual seja, o fim. Nesse pressuposto, cabe analisar se o fim almejado, se socialmente relevante e constitucional, é que servirá de parâmetro para o estudo de todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos da proporcionalidade.

O objetivo da infiltração de agentes é justamente a promoção da segurança pública, haja vista, que as organizações criminosas, sobretudo aquelas ligadas ao tráfico ilícito de drogas, cometem diversos crimes graves, como homicídios, lesões corporais, torturas, além do próprio tráfico de drogas, entre outras, o que gera um dever de atuação eficaz do Estado no combate a estas organizações, e conseqüentemente aos crimes por elas cometidas.

Desta forma, temos presente o requisito da justificação teleológica do agente infiltrado.

#### 4.3 MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Este último requisito extrínseco ao princípio da proporcionalidade, refere-se a necessidade da motivação da decisão judicial que restringirá um direito fundamental em decorrência de outra garantia constitucional, sob pena de nulidade dessa decisão.

A necessidade de decisão judicial motivada, encontra-se prevista no art. 93, XI da Constituição Federal, e mostra-se imprescindível nos casos de autorização de infiltração policial nas organizações criminosas, onde o magistrado deverá analisar todos os direitos e garantias que serão postos em risco, motivando assim, sua decisão final. Ressalta-se que, no caso da infiltração de agentes, a motivação deve fundar-se no preenchimento dos pressupostos à medida e na aplicação concreta da proporcionalidade.

#### 4.4 ADEQUAÇÃO

O primeiro requisito intrínseco da proporcionalidade a ser analisado é a adequação ou idoneidade da medida restritiva.

Assim, nos dizeres de Fernandes:

Uma medida é adequada quando ostente a qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido (adequação qualitativa), quando a duração ou intensidade for condizente com a sua finalidade (adequação quantitativa) e quando dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigíveis para ser atuada (adequação subjetiva).<sup>27</sup>

No caso específico da infiltração de agentes nas organizações criminosas o requisito será atendido, se ela for apta e relevante para demonstrar a prática do crime investigado, se a duração não for excessiva e ainda se atingir indivíduos sobre os quais incidam as circunstâncias que levem à obtenção ou produção de prova.

#### 4.5 NECESSIDADE

O pressuposto da necessidade ou da “intervenção mínima”, e “alternativa menos gravosa”, ou de “subsidiariedade”, também se justifica em razão da infiltração de agentes importar uma restrição aos direitos fundamentais dos indivíduos ali investigados.

---

<sup>27</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado. *Revista Brasileira da Ciências Criminais*, vol. 70, jan. 2008, p. 232.

Assim, as restrições aos direitos fundamentais devem limitar-se ao necessário para assegurar outros direitos ou interesses que também são constitucionalmente previstos. Deve a medida empregada, portanto, mostrar-se como a menos gravosa para se alcançar o objetivo pretendido.

Sobre o tema, e sobretudo sobre as provas obtidas por meio da infiltração de agentes:

Posto isto, não nos restam dúvidas de que só se poderão restringir os direitos em causa quando tal seja exigido pelo dever de administração da justiça; ou seja, a prova só será válida – logo não abusiva – se surpreender o tribunal como único meio de administrar a justiça e de resolver o caso concreto; ou ainda, por outras palavras, esta prova só será necessária quando se apresentar como único meio ao dispor do tribunal para poder fazer justiça.<sup>28</sup>

Temos, deste modo, o requisito da necessidade da prova, como único meio de esclarecer os fatos naquele caso concreto.

Na infiltração de agentes nas organizações criminosas vemos facilmente a ocorrência do pressuposto da necessidade. Nos dias atuais, estas organizações, sobretudo aquelas destinadas ao tráfico ilícito de drogas, possuem muitos integrantes, se concentram em locais de difícil acesso policial, contam com uma tecnologia e logística muitas vezes superiores aquela utilizada pelas polícias de nosso país, sobretudo no que se refere ao armamento.

Estes fatores dificultam, e muito, as investigações dessas organizações, o que gera a necessidade da polícia em utilizar outros meios para combater os crimes praticados pelos integrantes dessas organizações.

Neste cenário surge a adoção em nosso ordenamento da infiltração de agentes nessas organizações criminosas, instituto amplamente utilizado em outros países como Portugal.

---

<sup>28</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das Provas obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 185.

Outra justificativa utilizada para a demonstração do pressuposto da necessidade quando se avalia o tipo de criminalidade que é combatida pela infiltração de agentes, sobretudo o tráfico ilícito de drogas e seus crimes correlatos como homicídios, lesões corporais, extorsão, tortura, furtos e roubos. Nessa medida, dizíamos entendemos estar justificada a necessidade da restrição do direito fundamental em causa, devido ao “efeito bola de neve” que este tipo de criminalidade desencadeia.<sup>29</sup>

#### 4.6 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A prova além dos pressupostos da legalidade e da necessidade necessita ainda de ser proporcional, ou seja, será necessário analisar o bem que será sacrificado e o interesse no caso concreto que se almeja.

Não se trata portanto de uma ponderação genérica entre garantias constitucionais, mas de uma verificação do justo equilíbrio em cada caso.

Nas palavras de Maurício Zanóide de Moraes:

é uma opção subjetiva do julgador, que, diante dos casos fáticos específicos, deverá decidir se é aceitável sacrificar um direito fundamental e, ainda, se isso ocorrer, em qual limite (extensão e duração) tal sacrifício se dará.<sup>30</sup>

No caso da infiltração de agentes, a proporcionalidade deve ser analisada em cada caso concreto, na medida de suas especificidades, contudo, de maneira indireta, vislumbramos a ocorrência desta, nos crimes previstos na Lei de Drogas e na Lei que trata das Organizações criminosas, tendo em vista a gravidade desses crimes e suas conseqüências para a sociedade.

---

<sup>29</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das Provas obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 187.

<sup>30</sup> MORAES, Maurício Zanóide de. *Publicidade e Proporcionalidade na Persecução Penal Brasileira*. In: Sigilo no Processo Penal – Eficiência e Garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.p.39-40

Assim, a proporcionalidade entre os direitos fundamentais revela-se respeitada, uma vez que estamos entre a intimidade da vida privada dos investigados de um lado, e de outro a integridade física dos cidadãos.

Mariângela Tomé Lopes destaca que:

Os fatores que devem ser levados em conta quando da análise da proporcionalidade no caso da infiltração policial são quatro: 1. Gravidade dos delitos sob investigação; 2. Duração da infiltração; 3. Amplitude das faculdades concedidas ao infiltrado; 4. Destino das informações obtidas por meio da infiltração. Todos estes aspectos devem ser observados pelo juiz que vier a permitir o uso do meio investigatório, valendo-se, para tanto, dos termos da lei que tratar o tema.<sup>31</sup>

#### 4.7 NÃO VIOLAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO

Por fim, na análise dos pressupostos necessários para a utilização das provas obtidas pela infiltração de agentes, tem-se a não violação ao núcleo essencial do direito. Este preceito na verdade, tem como objetivo de que a restrição ao direito fundamental não se converta numa aniquilação desse direito.

Este núcleo essencial, é entendido como um conteúdo mínimo inviolável da norma constitucional, é o conteúdo essencial da garantia, que uma vez desrespeitado, resultaria na própria extirpação do direito.

A doutrina especializada elaborou teorias acerca do tema, envolvendo o objeto do núcleo essencial do direito e o valor do núcleo essencial do direito.

Assim, no aspecto do objeto do núcleo essencial do direito, temos duas teorias, a objetiva e a subjetiva.

---

<sup>31</sup> LOPES, Mariângela Tomé. A Infiltração de Agentes no Brasil e na Espanha Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 89, mar. 2011, p. 499.

A teoria objetiva sustenta que o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção geral e abstrata prevista na norma. Por sua vez, a teoria subjetiva prega que o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção do direito fundamental do particular. Afirma a maioria doutrinária, no entanto, que as teorias não são conflitantes, sendo passíveis de um ajuste conjunto. Alexy<sup>32</sup> ressalta ainda que como os direitos fundamentais são primariamente do indivíduo, este caráter individual mostra que a teoria subjetiva deve se mostrar ao menos, ao lado da teoria objetiva.

Quanto ao valor do núcleo essencial do direito, destacam-se a teoria absoluta e a teoria relativa, na visão da primeira, o valor do núcleo essencial consistiria em um núcleo próprio de cada direito, intangível e determinável em abstrato. A teoria relativa, por sua vez de qual é adepto Alexy, prega que o núcleo essencial seria o que resta após a ponderação.

Apesar dessas ressalvas, na prática, as diferenças de interpretações das teorias, levam a resultados semelhantes, uma vez que, apesar de existirem situações nas quais se pode afirmar com muita segurança que inexistente precedência de qualquer outro princípio oposto (teoria absoluta), o caráter absoluto de sua proteção é uma questão das relações entre os princípios (teoria relativa).

É certo que os requisitos da necessidade e da proporcionalidade podem fazer variar os contornos desse *núcleo essencial*, mas, também não é menos acertado dizer que a necessidade e a proporcionalidade esbarrarão necessariamente com uma última fronteira intransponível por qualquer lei restritiva. Queremos com isto significar que serão, sempre, a necessidade e a proporcionalidade a ditar os contornos desse núcleo essencial; agora, ao que elas nunca poderão levar, será a um sacrifício total desse núcleo: à negação do mesmo direito.

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 116-120.

#### 4.8 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE À INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Voltando para a análise inicial da adoção do princípio da proporcionalidade para composição de conflitos entre direitos fundamentais no caso das infiltrações de agentes nas organizações criminosas, destacamos os nobres dizeres de Mariângela Lopes Neistein sobre o tema:

além de se verificar a adequação e a necessidade da medida, observadas em cada caso concreto, é preciso observar se a inclinação da balança a favor dos interesses da sociedade se justifica, em face da gravidade do crime, da duração da infiltração, das faculdades concedidas ao agente e do destino a ser dado às informações obtidas. Somente após detida análise, que somente será possível com a estrita observância das regras legais que expressamente tratam do tema, poder-se-á dizer se a medida é proporcional e, em sendo, ser judicialmente autorizada a utilização do agente infiltrado.<sup>33</sup>

A partir do que foi dito no capítulo anterior, a infiltração, em tese, sempre traz mitigação ou violação a direitos e garantias fundamentais. Porém, considerando que, ao lado do garantismo, existe uma preocupação – igualmente constitucional – com a eficiência do processo penal, é preciso atentar para o fato de que, por vezes, à luz do princípio da proporcionalidade, impõem-se medidas invasivas para atingir este último fim. Logo, desde que respeitados os parâmetros da proporcionalidade, é possível vislumbrar, no caso concreto, a proporcionalidade da infiltração. E, sendo proporcional, a infiltração será, *in concreto*, lícita – embora perdure a regra geral da sua ilicitude. Por isso é considerada uma medida excepcional.

---

<sup>33</sup> NEISTEIN, Mariângela Lopes. **O agente Infiltrado como meio de investigação**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006, p.91-92 apud JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2010, p. 139.

## 5 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DESEJADAS E SEUS MOTIVOS

Por todo o exposto, vimos que ao passo que a infiltração como meio de investigação e obtenção de provas é uma medida importante no combate ao crime organizado, sobretudo aqueles relacionados ao tráfico ilícito de drogas, vista por alguns especialistas como único meio do Estado contra estas organizações.

De mesmo modo, no entanto, alguns doutrinadores questionam a licitude deste tipo de investigação e obtenção de provas no processo penal, em razão da restrição de diversas garantias fundamentais, tais como o devido processo legal, o contraditório, a intimidade e o direito de não produzir provas contra si mesmo, entre outros.

A doutrina especializada no tema, de maneira pacífica prega a utilização do princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos entre as garantias fundamentais em cada caso concreto, como meio de legitimar a infiltração de agentes.

Como visto em nossa exposição, a infiltração de agentes encontra-se na Lei 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, e pela Lei 11.343/06 que dispõe, entre outros assuntos, acerca das normas de repressão ao tráfico ilícito de drogas.

As duas leis que tratam do tema, o abordam de maneira sucinta, deixando de prever importantes aspectos na utilização da infiltração de agentes, dificultando de sobremaneira o seu uso e dando ensejo para as diversas críticas doutrinárias sobre o assunto.

Deste modo:

Objetivando garantir a proporcionalidade na utilização do agente infiltrado e, assim, evitando abuso na sua utilização, é imprescindível a existência de critérios previstos

em legislação específica para a solução dos diversos problemas que advém da utilização desse meio.<sup>34</sup>

Ressaltamos que existem doutrinadores, que afirmam não existir a necessidade de nova regulação legal da figura do agente infiltrado. Neste sentido, destacamos os dizeres de Damásio E. de Jesus e Fábio Ramazzini Bechara:

Apesar da redação lacunosa da lei que introduziu a figura do agente infiltrado, não há necessidade de regulamentação dela por meio de outra espécie normativa. A principal exigência para sua aplicação, que constitui o standard mínimo para o deferimento da medida, está expressamente reconhecida. Assim, há as exigências de se tratar de associação criminosa e de decisão judicial fundamentada. Não se fez qualquer alusão quanto ao procedimento ou ao prazo da medida. É possível, contudo, afirmar a intencionalidade dessa omissão legislativa, uma vez que a determinação do prazo deve se orientar pela necessidade do caso concreto e pelo bom senso e responsabilidade do juiz. (...) É razoável admitir, ainda, que as omissões legais possam ser perfeitamente supridas por meio do emprego da analogia da Lei n. 9.296/96, que regulamenta o procedimento das interceptações telefônicas.<sup>35</sup>

Concordamos em parte com os dizeres dos juristas. Acreditamos que por ora, é possível utilizar a Lei 9.296/96 em analogia, frente às omissões legislativas sobre a infiltração de agentes, uma vez que as limitações e regulações contidas na Lei das interceptações telefônicas mostra-se razoável e adequada ao tema. Contudo, acreditamos ainda, que a melhor e definitiva solução é a regulamentação legal mais precisa da figura da infiltração de agentes no Direito Brasileiro. Ressalta-se que, mesmo na Lei de Interceptações há uma relativização – que deveria ser excepcional e bem fundamentada - da questão do prazo, como pode ser observado na jurisprudência acerca do tema.. Logo, se a matéria legislada já é de difícil aplicação e observância, a falta de regulamentação intensifica o problema e pode conduzir ao subjetivismo.

Entendemos assim, que o problema brasileiro não se deve à inexistência de lei específica sobre a infiltração de agentes e sim de uma melhor regulamentação sobre esse meio

---

<sup>34</sup> LOPES, Mariângela Tomé. A Infiltração de Agentes no Brasil e na Espanha Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 89, mar. 2011, p. 495.

<sup>35</sup> JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 825, 6 out.2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7360>>. Acesso em: 24 set. 2012.

de investigação e de obtenção de provas, nas leis que tratam do tema, quais sejam a Lei de Drogas e Lei das Organizações Criminosas.

A respeito da necessidade de regulação legislativa acerca da infiltração de agentes no direito pátrio, destacamos o Projeto de Lei n. 67/1996 da Câmara dos Deputados, que após aprovação nesta Casa, ganhou o n. 3.731/1997 no Senado Federal, que traz em sua Seção II, os artigos 9 a 13, uma regulação detalhada das atividades dos agentes infiltrados.

Este projeto de Lei, entrando em vigor, regulamentará a infiltração de agentes no nosso ordenamento jurídico pondo fim a muitas incertezas e críticas construídas pela doutrina sobre o tema.

Destacamos que o Projeto de Lei vincula a infiltração de agentes à autorização judicial, devidamente motivada, que delimitará os limites após prévia manifestação do Ministério Público, prevê ainda, que a infiltração não será admitida se não houver indícios da infração penal, ou se a prova puder ser produzida por outros meios.

O prazo previsto para duração da infiltração nos termos do Projeto não poderá exceder 03 (três) meses, podendo ser renovado, desde que comprovada a sua necessidade. Estabelece ainda que após este prazo, o agente infiltrado deverá apresentar ao juiz, relatório circunstanciado.

## 5.1 CONTROLE DA ATIVIDADE

O primeiro ponto que entendemos merecer previsão legislativa no direito brasileiro, refere-se ao controle da atividade do agente infiltrado, que não está previsto nas legislações que tratam do tema.

Este controle da atividade do agente infiltrado é importante para evitar eventuais abusos que possam ser cometidos por estes agentes, no curso da infiltração policial.

Os relatórios periódicos são de importância fundamental para que o Magistrado competente possa exercer controle sobre a infiltração, inclusive para verificar se os fins pretendidos com a medida estão sendo alcançados e se o agente está exercendo seu papel com a devida lisura e sem excessos.<sup>36</sup>

Este controle é igualmente importante, para que o magistrado analise a necessidade de permanência da medida, podendo este interromper as atividades do agente infiltrado, se entender que a medida não mais se justifica naquele caso concreto, se considerar que já foram colhidas provas suficientes ou se não existem indícios do cometimento do delito. “Tal tarefa não pode ser exclusiva do agente infiltrado. Este policial deve consultar a autoridade para discutir sobre a continuidade da atuação encoberta.”<sup>37</sup>

## 5.2 OBRIGATORIEDADE OU NÃO DE ACEITAÇÃO DE O AGENTE ATUAR INFILTRADO

Deve a legislação pátria regular ainda acerca da obrigatoriedade ou não do policial ou agente aceitar atuar na função de agente infiltrado.

Pregamos a não obrigatoriedade de tal aceitação, tendo em vista que a atividade do agente infiltrado é de altíssimo risco a sua integridade física e a de sua família.

---

<sup>36</sup> JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2010, p. 170.

<sup>37</sup> LOPES, Mariângela Tomé. A Infiltração de Agentes no Brasil e na Espanha Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 89, mar. 2011, p. 494.

### 5.3 ROL DE CRIMES CUJA INVESTIGAÇÃO PERMITE A UTILIZAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

A doutrina especializada entende que a infiltração de agentes, por ofender diversas garantias fundamentais do investigado, só deve ser utilizada para investigações de crimes ditos graves, não podendo ser admitida em todo e qualquer crime.

Neste ponto, a atual legislação sobre o tema é extremamente falha. Senão vejamos.

Na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), não existe uma especificação de para quais delitos ali retratados; é possível a utilização de agentes infiltrados, de modo a dar ensejo à interpretação de que esta medida seria possível em todos os crimes previstos nesta lei, inclusive aqueles tidos como de menor potencial ofensivo, como o porte de substância entorpecente.

A Lei de Organizações Criminosas (Lei 9.034/95), por sua vez, permite a atuação de agentes infiltrados em todos os crimes praticados pelas organizações criminosas, não especificando estes crimes. Esta regulação permite a infiltração de agentes em praticamente todos os crimes previstos no Código Penal Brasileiro, desde que cometidos por organizações criminosas.

Entendemos que a infiltração de agentes, por ser medida que afronta diversas garantias constitucionais, deve ser melhor regulada, apontado o legislador em quais crimes esta se justificaria, “O rol taxativo deve existir principalmente se observarmos que estamos diante de um meio excepcional de investigação que não pode ser banalizado”<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> LOPES, Mariângela Tomé. A Infiltração de Agentes no Brasil e na Espanha Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 89, mar. 2011, p. 506.

#### 5.4 USO DE IDENTIDADE FICTÍCIA PELO AGENTE INFILTRADO

Em decorrência deste meio extraordinário e excepcional de investigação e obtenção de provas, considerado atividade de risco pelo agente infiltrado, como medida de sua própria segurança e de sua família, deverá o juiz, em sua motivada decisão autorizando a infiltração, assegurar a ocultação da real identidade do policial que atuará como agente infiltrado.

Destaca Lopes:

No momento da nomeação do agente infiltrado, que será feita por meio de uma decisão judicial a ser mantido em segredo, deverá constar a real identidade, bem como a falsa identidade do infiltrado. Este despacho deve ser mantido em segredo para evitar que terceiros venham a tomar conhecimento, o que atrapalharia a investigação, já que uma das principais características do agente infiltrado é justamente a ocultação da sua identidade.<sup>39</sup>

A mesma autora destaca ainda, que neste aspecto, poderia ser utilizado em decorrência da omissão legislativa, uma analogia à Lei de Proteção às testemunhas (Lei 9.807/99), quem em seu art. 9º prega que é possível que o juiz determine a alteração do nome completo da testemunha e de seus familiares, bem como a expedição de novos documentos aos competentes órgãos de registros públicos. A informação sobre o novo nome será mantida em segredo de justiça. Somente com a cessação do perigo ou das ameaças a direitos da testemunha, estas voltarão à situação anterior, com relação ao seu nome verdadeiro.

No art. 11 do referido projeto de lei sobre a infiltração de agentes, há a previsão do sigilo no pedido de infiltração e todos os atos posteriores decorrentes desta, somente sendo garantido o acesso aos autos ao juiz, ao Ministério Público e a autoridade policial, sendo os mesmos disponibilizados à defesa ao término a instrução probatória.

---

<sup>39</sup> Idem, p. 507.

## 5.5 POSSIBILIDADE DE O AGENTE INFILTRADO COMETER DELITOS

Como destacamos no capítulo que abordamos o agente infiltrado, tema bastante polêmico na doutrina refere-se a possibilidade do agente infiltrado cometer crimes no decorrer da infiltração policial.

Esta possibilidade é quase inerente à infiltração de agentes, uma vez que o infiltrado deve se passar como criminoso perante os membros da organização criminosa, de tal modo que ele pode se encontrar em situação na qual terá que cometer delitos para ganhar a confiança dos criminosos e assim permanecer no seio da organização criminosa, mantendo seu trabalho de busca de provas.

Alguns doutrinadores, como Carlos Enrique Edwards<sup>40</sup>, afirmam sobre a necessidade de o agente infiltrado cometer delitos para tornar mais eficaz a luta contra o crime organizado, sustentando que nesta hipótese, o Estado estaria combatendo um delito com outro delito, colocando-se desta forma, no mesmo nível dos criminosos investigados. No entanto, mesmo fazendo essa ressalva o autor defende a permissão da prática, visando uma maior eficácia nas investigações.

Necessário se mostra a regulação da responsabilidade criminal do agente infiltrado, que comete delitos no curso da infiltração.

Destaca Lopes:

Assim, não sendo possível imaginar a figura do agente infiltrado sem que este venha a cometer delitos para melhor se passar por criminoso, é preciso delimitar em quais tipos de crime a prática estaria permitida. Há que se verificar também a

---

<sup>40</sup> EDWARDS, Carlos Henrique. El arrepentido, El agente encubierto y La entrega vigilada. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, apud LOPES, Mariângela Tomé. A Infiltração de Agentes no Brasil e na Espanha Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 89, mar. 2011, p. 508.

proporcionalidade, salientando Fernando Gáscon Inchausti que ‘ no pueden cometerse delitos más graves que aquéllos que se están investigando.’<sup>41</sup>

Pacífico sobre este aspecto da infiltração de agentes, refere-se a vedação do policial infiltrado em instigar, incentivar a prática de delitos pelos investigados, que agindo desta forma estaria atuando como verdadeiro agente provocador, o que veemente criticado pela doutrina e jurisprudência pátria.

## 5.6 PRAZO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A legislação pátria sobre o tema mostra-se novamente falha ao deixar de prever o prazo de atuação do agente como infiltrado no seio da organização criminosa.

Fazemos dos dizeres de Maria Jamile José as nossas palavras:

A determinação de um prazo de duração para a infiltração é de fundamental importância para que o direito fundamental à intimidade do investigado, bem como das pessoas do seu convívio social, sofra a mínima restrição possível. Entendemos, à semelhança da legislação espanhola (artigo 282 bis, I, do Código de Enjuiciamiento Criminal) que seis meses é o prazo ideal para que a medida seja eficaz, uma vez que, devido à própria natureza deste meio investigatório, prazos muito curtos inviabilizariam a obtenção de resultados.<sup>42</sup>

Acreditamos ainda, que em análise de cada caso concreto, pode o juiz, em motivada decisão prorrogar a infiltração por mais seis meses.

---

<sup>41</sup> INCHAUSTI, Fernando Gascón. Infiltración policial y agente encubierto. Granada: Comares, 2001, apud LOPES, Mariângela Tomé. A Infiltração de Agentes no Brasil e na Espanha Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 89, mar. 2011, p. 509.

<sup>42</sup> JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2010, p. 170.

## 6 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho vimos que na sociedade atual vem se mostrando refém da crescente criminalidade organizada e dos diversos crimes por elas praticados, sempre com uma agressividade que afronta os valores e princípios do Estado Democrático do Direito.

Assim, mostrando-se os meios tradicionais de investigação ineficazes frente aos recursos que dispõe estas organizações, muitas vezes superiores aos da entidade policial, faz-se necessária a adoção de meios excepcionais de investigação e obtenção de provas.

Neste cenário surge em nosso ordenamento a figura do agente infiltrado, já amplamente utilizado nos ordenamentos penais português, espanhol e americano.

Muitos são os problemas apontados pela doutrina na utilização da figura do agente infiltrado, haja vista que ele deve atuar de maneira simulada dentro da organização criminosa, de modo a enganar os membros desta, que passam a acreditar que o agente infiltrado é mesmo um criminoso, ganhando a confiança dos integrantes da organização criminosa, que desconhecem sua real identidade, o agente infiltrado consegue obter informações acerca dos integrantes daquela organização, delitos praticados, modo de agir, que poderá ser utilizado em um futuro processo penal.

Contudo, este meio de investigação criminal afronta, em tese, diversas garantias dos investigados como o devido processo legal, o contraditório, a intimidade e o direito de não produzir provas contra si mesmo, entre outros.

Diante do exposto, surge um conflito de garantias fundamentais, pois de um lado, temos o garantismo, que assegura diversos direitos fundamentais ao investigado e de outro, temos o dever do Estado em garantir uma segurança pública eficiente.

Neste contexto, apresentamos a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de legitimar a restrição de um direito fundamental em face de outro, devendo o magistrado analisar no caso concreto a ocorrência da necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Assim sendo, cremos de suma importância que, ao mesmo tempo em que se busca o aprimoramento do modelo repressivo penal, buscando compatibilizar as técnicas de investigação existentes – tais como a infiltração de agentes – com as garantias oferecidas por nossa Constituição da República, se procure criar um conjunto de medidas preventivas eficazes contra a criminalidade organizada. Entendemos que esta pode ser a chave para que, finalmente, se possa controlar esse tipo de delinquência tão resistente às formas de combate tradicionais, evitando-se um açoitamento precipitado dos direitos e garantias do acusado ou investigado, buscando-se, enfim, um equilíbrio entre garantismo e eficiência na repressão a este tipo de delito.<sup>43</sup>

No presente trabalho, acreditamos ainda, que a solução definitiva para compatibilizar a infiltração de agentes no nosso ordenamento jurídico com os direitos constitucionalmente previstos que serão restringidos, é a regulação legislativa do instituto, que deverá prever as omissões apontadas pela doutrina, como a necessidade de controle da atividade, a obrigatoriedade ou não de aceitação do agente atuar infiltrado, o rol de crimes cuja investigação permite a utilização do agente infiltrado, o uso de identidade fictícia pelo agente infiltrado, a possibilidade do agente infiltrado cometer delitos e o prazo de duração da infiltração de agentes.

Destacamos, ademais, a existência do Projeto de Lei n. 67/1996 da Câmara dos Deputados, que após aprovação nesta Casa, ganhou o n. 3.731/1997 no Senado Federal, que traz em sua Seção II, os artigos 9 a 13, uma regulação detalhada das atividades dos agentes infiltrados. Este dispositivo legal é bastante satisfatório na regulação de tema, e trará grandes avanços nos meios de investigação criminal, uma vez que ampliará a utilização da infiltração de agentes como meio de investigação e obtenção de provas nas organizações criminosas.

---

<sup>43</sup> JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2010, p. 179.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra, [s.n], 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BINDER, Alberto M.. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

EDWARDS, Carlos Henrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance, O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado. **Revista Brasileira da Ciências Criminais**, vol. 70, jan. 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Crime Organizado – Aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Fernando et al. **Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador; os princípios do processo penal**. Lisboa: Almedina, [2007?]

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da Garantia do Contraditório**. Novas Tendências do Direito Processual (de acordo com a Constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración policial y agente encubierto**. Granada: Comares, 2001

JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 825, 6 out.2005 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7360>>. Acesso em: 24 set. 2012.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2010.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. 1ª ed., São Paulo: Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. vol. 1 Niterói: Impetus, 2011.

LOPES, Mariângela Tomé. A Infiltração de Agentes no Brasil e na Espanha Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 89, mar. 2011.

MEREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 163-193.

MORAES, Alexandre. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maurício Zanóide de. Publicidade e Proporcionalidade na Persecução Penal Brasileira. In: **Sigilo no Processo Penal – Eficiência e Garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008,

NEISTEIN, Mariângela Lopes. **O agente infiltrado como meio de investigação**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas. Coimbra: [S.I], 2005, p. 121-150.

ROCHA, Luis Otávio de Oliveira. **O agente infiltrado**: inovação da Lei n. 10.217/01. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n.5.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. Criminalidade Organizada: Considerações sobre a Lei 9.034 de 03.05.1995. **Ciências Penais**, vol.14, pp.260, Jan/ 2011.

SILVA, Eduardo Araújo, da. **Crime Organizado – procedimento probatório**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3ª ed.. São Paulo: RT, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando. **O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado**. Coimbra: Almedida, 2001.

VIEIRA, Renato Stanzola. Agente Infiltrado – Estudo Comparativo dos Sistemas Processuais Penais Português e Brasileiro (Ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como

requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 87, pp. 200, nov. 2010.