

# INFILTRAÇÃO POLICIAL NO BRASIL: SIM, NÃO É IMPOSSÍVEL

*Rafael Rodrigo Pacheco Salaroli*



## RESUMO

Este estudo analisa um dos mais recentes instrumentos de investigação e formação de prova da legislação pátria, a infiltração policial. Discute problemas de ordem jurídica relativamente à aplicação da norma, à responsabilidade penal do agente infiltrado e à valoração das provas por ele obtidas. Destaca questões relevantes sobre um caso concreto, demonstrando alguns aspectos que tornam a execução do instituto difícil no Brasil. Conclui afirmando que a infiltração de agentes, apesar de compatível com o Estado Democrático de Direito, ainda tem em sua efetiva aplicação um desafio a ser vencido em que pese sua previsão normativa

**PALAVRAS-CHAVE:** Crime Organizado. Direito Penal. Agente Infiltrado. Operações Encobertas.

## INTRODUÇÃO

Este artigo volta-se para a discussão da aplicação e dos questionamentos quanto a um dos mais recentes instrumentos disponibilizados pela lei pátria, a infiltração de agentes policiais como procedimento de investigação e formação de prova no Brasil. Sua relevância provém da vontade de trazer alguma contribuição prática ao estudo do Direito Penal e Processual Penal e do esforço em sistematizar informações esparsas em bibliografia nacional, alienígena ou, ainda, em peças de inquérito e autos processuais.

A preocupação com o tema surgiu da observação das novas legislações relacionadas com os meios operacionais para prevenção e repressão da criminalidade organizada e de alguns pontos duvidosos entre o previsto na Lei e a efetiva utilização do instituto da infiltração de agentes policiais na busca pela eficiência processual.

A divisão formal do texto segue o padrão de um trabalho acadêmico, sendo estruturada em três partes.

A primeira traça uma linha geral do que vem a ser a figura do agente infiltrado, identificando seu nascedouro no Brasil, seus percalços e seu quadro atual. Ainda, busca equacionar a questão sobre a possibilidade da infiltração de agentes de inteligência.

Vencido o esforço inicial de análise *lato sensu* quanto à infiltração, a segunda parte deste trabalho discute a aplicação da norma em si, as possibilidades de responsabilização penal do agente infiltrado e o valor da prova obtida em suas ações.

A terceira parte, por sua vez, é reservada a reflexão teórica. Para tanto, articulou-se a pesquisa bibliográfica com a práxis para fazer considerações quanto à execução da medida. A proposta foi trazer um caso concreto e dividir com o leitor as percepções dos envolvidos quanto às dificuldades enfrentadas e os resultados obtidos.

Assim, foi realizada entrevista com o Promotor de Justiça que representou pela medida e a análise dos autos do respectivo processo, em especial, a representação e a decisão motivada do juízo.

Por fim, encerra-se o trabalho com algumas considerações sobre o discutido em seu escopo apresentando algumas conclusões.

Para viabilizar o artigo, pesquisou-se a bibliografia, periódicos e artigos de doutrinadores acerca do crime organizado, além do uso acessório da internet. A construção jurisprudencial também foi uma das fontes corriqueiras, pois, provendo o Direito posto e legislado lacunas, estas devem ser integradas pelos magistrados.

Citações diretas também foram utilizadas para um maior esclarecimento quanto à opinião do autor sob comento e para uma ruptura na dinâmica textual.

Algumas palavras foram colocadas em negrito para permitir maior destaque ao leitor, bem como palavras estrangeiras foram evidenciadas em itálico para possibilitar sua rápida e fácil identificação.

O objetivo geral foi, portanto, estudar um dos mais controversos e modernos instrumentos de investigação policial, a infiltração de agentes policiais.

## INFILTRAÇÃO POLICIAL NO BRASIL: O AMPARO LEGAL

Apesar de só recentemente positivado no Direito nacional, a infiltração de agentes policiais como procedimento de investigação e formação de prova surgiu como discussão há quase duas décadas.

O Projeto de Lei nº 3.516/89, após várias modificações, procurava estabelecer sua utilização em qualquer das fases da persecução criminal quando das ações praticadas por organizações criminosas. Ocorre que a imprevisão da prévia autorização judicial acabou por resultar em veto presidencial quando da edição da Lei nº 9.034/95<sup>1</sup>.

Siqueira Filho (1995) sobre o citado projeto assevera que:

*[...] ficaria bastante difícil delimitar até onde iria o exercício daquela atividade de 'espionagem' e a partir de onde existiria, verdadeiramente, uma colaboração ativa do agente infiltrado, na própria prática delitativa, desvirtuando a razão de ser da infiltração.*<sup>2</sup>

Após a motivação absolutamente razoável do veto, o instituto ressurgiu com força total na divulgação do Plano Nacional de Segurança Pública, pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Assim, sanado o problema da autorização judicial, o Projeto de Lei nº 3.275/00 foi, sem maiores problemas, aprovado e trazido ao Direito positivo nacional pela Lei nº 10.217/01.

---

1 A mensagem de veto está disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> quando do acesso da Lei nº 9.034/95 Acesso em: 27 nov. 2007.

2 SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. *Repressão ao crime organizado – inovações da Lei nº 9.034/95*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 42.

No ano seguinte (2002), a inovadora técnica de investigação criminal, a despeito das críticas doutrinárias que já se faziam ouvir, foi também contemplada no texto da Lei nº 10.409/02 como ferramenta de repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Mais recentemente foi editada a Lei nº 11.343/06, tornando a previsão da infiltração mais semelhante à contida na Lei nº 9.034/05 e revogando as Leis nº 6368/76 e nº 10.409/02. O agente infiltrado, como se vê neste diploma, deve atuar somente com o objetivo de obter provas dos crimes cometidos e da participação das diferentes pessoas em sua autoria.

Uma vez alcançadas as informações desejadas, deverá o infiltrado de pronto repassá-las à autoridade policial que preside as investigações que, por sua vez, irá traçar uma estratégia de persecução e elucidação do crime.

A idéia é que sempre que houver um direito constitucional em risco, exista também uma respectiva autorização judicial para a ação, portanto, claro está que a infiltração não é e não deve ser um salvo conduto de arrecadação de provas.

## **Agentes de Inteligência?**

Para tratar deste ponto vale lembrar o que se depreende do agente infiltrado, ou seja, um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmbito da organização criminosa para obter informações e, dessa forma, desmantelá-la.

Embora correto e não havendo tantas variações sobre sua definição, torna-se necessário determinar que tipo de policial pode ser infiltrado, pois cada Estado dispõe de um sistema voltado para a segurança pública e a defesa social, no qual se encontram os órgãos policiais com suas respectivas funções e estruturas de funcionamento.

No Brasil as instituições policiais estão previstas na Constituição, são cinco ao todo: Polícia Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Fe-

deral, Civil e Militar. O fundamento constitucional trazido pelo art. 144 continua e define de forma inequívoca as diferenças na atuação de cada instituição policial.

Pela leitura do artigo, parece-nos ser de duvidosa constitucionalidade a permissão contida Lei nº 10.217/01, que prevê a atuação de agentes de inteligência como infiltrados, na medida em que, para tais agentes, não são em regra cometidas funções de polícia judiciária e, desse modo, não estão legitimados a coletar provas voltadas às futuras utilizações em processo penal, única causa legítima capaz de fundamentar as violações a intimidade e outros direitos fundamentais que implicam a atividade de infiltração.<sup>3</sup>

Ocorre que posteriormente, na colcha de retalhos da legislação nacional, a Lei nº 11.343/06 relativa ao tráfico de drogas condicionou a infiltração de agentes somente ao policial não mais mencionando o agente de inteligência.

Não bastasse, o Código de Processo Penal, em seu art. 4º, é claro em estabelecer que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais.

Ora, é sabido que as agências de inteligência não visam colher provas para o processo penal. Seu objetivo é subsidiar os governos e as instituições com informações de diversas áreas, com o fim de prevenir alterações no *status quo* vigente.

Tanto é assim que as primeiras agências de inteligências começaram a surgir no seio das Forças Armadas para apoiar decisões em tempos de guerra ou estratégias em tempos de paz.

Assim, vê-se que agentes de inteligência e policiais que possuem funções de policiamento ostensivo não podem infiltrar-se para produzir

---

3 FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

provas em organização ou associação criminosa, bando ou quadrilha por flagrante inconstitucionalidade e afronta ao Código de Processo Penal.

Exceção não olvidada são os inquéritos policiais militares e seus respectivos processos penais nos quais os militares poderão atuar infiltrados buscando a materialidade e autoria dos crimes em comento.

Portanto, os agentes de inteligência que compõe os quadros de uma instituição policial que acumula funções de polícia judiciária, poderão atuar infiltrados com fins de investigação e formação de prova.

## **APLICAÇÃO DA NORMA E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA**

A infiltração é uma medida restritiva de direitos fundamentais, podendo vir a afetar a autodeterminação informativa, o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos defende que a ingerência do Estado na vida privada do cidadão pode ser justificada sempre que concorram três requisitos: previsão em Lei (legalidade), finalidade legítima (legitimidade do fim) e, por último, que a ingerência seja necessária para a consecução desse fim (necessidade).<sup>4</sup>

A permissão para a infiltração de agentes, o que garante sua legalidade, é a previsão das Leis nº 9.034/95 e nº 11.343/06, que, por serem auto-aplicáveis, não se subsumem a necessidade de regulamentação por meio de qualquer outra espécie normativa. Mais, o Brasil ratificou a Convenção de Palermo, que prevê a infiltração policial como técnica especial de investigação.

Dessa forma, resta saber apenas quais as exigências para a sua aplicabilidade, ou seja, em que situação seria possível autorizar judicialmente a operação encoberta.

---

<sup>4</sup> RODRIGUEZ, *apud* MARTÍN, 2001.

Quanto aos autores do ilícito, sabe-se que o mero crime de formação de quadrilha ou bando descrito no art. 288 do Código Penal não é suficiente para tal, visto que a simples reunião criminosa de pessoas ali prevista não constitui o tipo de grupo criminoso para a qual se destina a previsão legal em questão, que sem dúvida, exige um *plus* especializante quando estivermos a tratar de uma quadrilha.

Nesse sentido afirma Cervini (1995): “*No creemos que sea técnicamente admisible asimilar la simple asociación de más de tres personas para cometer delitos como una organización criminal*”.<sup>5</sup>

Por sua vez, a previsão das associações criminosas, limita-se às inscritas no art. 35, Lei nº 11.343/06, art. 2º, Lei nº 2.889/56 e nos art. 16 e 24, Lei nº 7.170/83, respectivamente, para fins conexos ao tráfico de drogas, prática de genocídio e contra a segurança nacional, sem olvidar que a expressão organização criminosa carece de uma definição legal, que por enquanto não há na legislação brasileira.

Quanto à autoridade competente para representar, podem fazê-lo o Ministério Público ou a Autoridade Policial, pois a lei prevê o procedimento em qualquer fase da persecução penal, comportando a fase de inquérito e a ação penal propriamente dita, deixando a cargo do promotor ou do delegado de polícia a demonstração de que a medida encontra porto no grupo criminoso investigado.

Por se tratar de uma medida cautelar, deve o pedido ser autuado em apartado, mantido em absoluto e irrestrito sigilo ao longo de toda a duração da infiltração policial, pois não é minimamente razoável conceber uma infiltração desprovida de caráter absolutamente sigiloso.

Uma vez constatados pelo juiz de que se trata de caso para concessão da medida e, destarte não contenha a lei qualquer menção quanto à execução do procedimento, é imprescindível que o magistrado defina o limite dessa atuação na ordem permissionária para evitar o esvaziamento dos direitos e garantias em risco e controlar a atuação do infiltrado.

---

5 CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995. p. 326.

O mesmo se repete em relação ao prazo da medida. Assim, parece-nos que deva haver um lapso inicial a ser observado pelo bom senso e pela responsabilidade do juiz. Quanto a isso, Tourinho (2003) afirma que:

*[...] dependendo e de acordo com a orientação de cada caso concreto, sobressaindo nesse aspecto a questão da prescrição, causa extintiva de punibilidade, não pode a investigação perdurar tanto tempo a ponto de levar à impunidade dos autores das infrações investigadas.<sup>6</sup>*

Do grau de precisão dos dados registrados na decisão certamente dependerá a justa apreciação jurídica do resultado da infiltração, tanto ao valor das provas obtidas quanto ao tocante da valoração das condutas que o agente venha a praticar.<sup>7</sup>

Apontada a legalidade e os quesitos da aplicabilidade da norma, não resta dúvida que a prevenção e a repressão do crime organizado tornam aceitável a ingerência na vida privada para a proteção da segurança coletiva e preservação dos direitos dos demais cidadãos, conferindo, portanto, à legitimidade demandada.

Por fim, de forma análoga à concessão da interceptação das comunicações telefônicas, pode-se extrair que só haverá infiltração se a investigação não puder ser exercida por outro meio, derivando daí sua necessidade, pois é justamente o prévio e o posterior controle judicial que mitigarão os efeitos negativos desta medida, demonstrando o juízo de proporcionalidade realizado em cada caso pelo magistrado.

O princípio da proporcionalidade não se presta a justificar o uso do engodo, da atuação sub-reptícia do Estado, a justificar afrontas às garantias da cidadania, visa solucionar o conflito do choque de interesses entre o indivíduo e o Estado.

---

6 TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. *A infiltração de agentes em quadrilhas ou bandos, organizações ou associações criminosas. Trabalho apresentado no Congresso Estadual do Ministério Público, Curitiba, 2003.*

7 ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *Agente infiltrado: inovação da Lei nº 10.217/2001. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre: CeiP, ano 3, n. 5, p. 58, jan./abr. 2002.*

Torna-se fundamental saber, então, se o fato e o direito que motivaram a autorização judicial para concessão da infiltração de agentes guardam pertinência, pois, em caso de desproporcionalidade, caberá o controle judicial para a sua invalidação.

O ministro Nelson Jobim em franca defesa do princípio da proporcionalidade, assim se manifestou no julgamento do HC de nº 75.338-RJ:

*A Constituição não trata a privacidade como direito absoluto ((art. 5, X, XI, XII).*

*Há momentos em o direito a privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado.*

*Digo, com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA que “as normas jurídicas [...] constitucionais [...] articulam-se num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento de direitos por ela concedidos. Os interesses e os valores que a inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita [...] eles se limitam reciprocamente”.*

*Deve-se buscar critério para a limitação.*

*[...]*

*O princípio da proporcionalidade é o instrumento de controle.<sup>8</sup>*

A autorização judicial para a infiltração deve se substanciar na mesma teoria, da proporcionalidade da medida, pois é diante do órgão jurisdicional competente para deferir, com a ponderação de todas as circunstâncias, com os indícios da comissão de delitos, estando claras a idoneidade e necessidade e não podendo ser feita por meio menos gravoso, que restará preservada a essência do direito fundamental restringido.

A máxima da proporcionalidade, apanágio do Estado Democrático de Direito, tem, enfim, por objetivo, limitar o alcance dos direitos fundamentais quando em conflito com outros direitos fundamentais. Trata-se de importante mecanismo de regramento e limitação às necessárias medidas restritivas de direitos fundamentais para o enfrentamento da criminalidade organizada e manutenção da essência desses mesmos direitos e não de sua supressão.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 27 nov. 2007.

## **Da Responsabilidade do Infiltrado: das Possibilidades**

Muitos autores são categóricos em afirmar que se o agente não participar da empreitada criminosas, pode comprometer a finalidade perseguida pelo instituto e não haveria possibilidade de execução da medida senão com a aceitação de prática de crime por parte do infiltrado.

A preocupação é justa e prudente, mas a afirmativa não é absolutamente correta, pois a visão do cometimento obrigatório de delitos como prova de fidelidade, em regra, é praticada por organizações criminosas do tipo tradicional, entretanto, a maioria das organizações criminosas está em situação pré-mafiosa possibilitando-se participação em sua estrutura sem o cometimento de crimes.

Assim, pode-se afirmar, que nem sempre será necessária praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa e mandatária de delinquir.

Como relata Martín (2001), pode o agente atuar em diferentes níveis de infiltração. Pode agir desde uma forma leve e periférica, estar infiltrado de fato, ou de forma profunda, quando age sob uma identidade falsa e até irregularmente usa da provocação. É da gradação da atividade que se começa a questionar sua responsabilidade penal.<sup>9</sup>

Não há como negar, estar infiltrado pressupõe correr o risco de praticar o ilícito e é daí que se depreende a preocupação quanto à responsabilidade do agente.

Aranha Filho (2006) afirma que a maior das questões que envolvem a infiltração é a nítida violação ao princípio da legalidade, pois a lei não delimitou a atuação do agente, bem como a natureza jurídica de seus atos na organização criminosa.<sup>10</sup>

---

9 MARTÍN, Joaquín Delgado. *La criminalidad organizada*. Barcelona: J.M. Bosch, 2001. p. 46-48.

10 Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>, 17 jun 2003. Acesso em: 25 set. 2007.

Sobre a responsabilização penal do infiltrado, Guimarães (2002) afirma que, no Brasil, não possui o condão de autorizar a prática delituosa<sup>11</sup> e mais:

*Não há previsão expressa sobre a conduta a ser seguida pelo agente infiltrado, especificamente sobre os atos que eventualmente possam configurar crime, fato este que inapelavelmente terá de ser tratado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, pois, em inúmeras situações a infiltração levará a alguma conduta criminosa que não poderá ser recusada sob pena de malograr as investigações.<sup>12</sup>*

Inquestionável e pacífica é a situação: não houve permissão para que o policial eventualmente praticasse crimes. Tal evento permanece sem previsão legal e, ocorrendo, deverá ser submetido à apreciação judicial.

Ocorre que muito embora os apontamentos sejam para existência do fato típico quando do cometimento da conduta pelo agente, resta saber como configurar a responsabilidade penal do agente infiltrado. Haveria excludente de antijuridicidade ou culpabilidade, escusa absolutória ou efetivamente é inviável não responsabilizá-lo criminalmente?

Inicialmente, quanto aos crimes associativos ou *plus* subjetivos de quadrilha ou bando e associação criminosa tipificada, sentido algum haveria em imputar a prática dos referidos crimes se é a própria lei que permite ao policial atuar em tais grupos, agindo, portanto, no exercício regular de um direito. Essa exclusão de antijuridicidade era prevista no dispositivo vetado da Lei nº 9.034/95 e deveria ter sido mantido no dispositivo aprovado e atualmente vigente.

Ainda na seara das excludentes de antijuridicidade clamam alguns doutrinadores que em determinadas situações na defesa do estrito cumprimento do dever legal, que constitui ação ou omissão de alguém em virtude de obrigação prevista em Lei.

---

11 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. O agente infiltrado nas investigações das associações criminosas. *Boletim do IBCCRIM*, ano 10, n.117, p. 21, 2002.

12 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática*. Curitiba: Juruá. 2002. p. 207.

Dentre os que defendem a idéia, diz Bitencourt (1999):

*Cremos, sob este aspecto e a depender, evidentemente de cada caso concreto, que, não obstante à conduta típica, estaria-se diante de um estrito cumprimento do dever legal se o ato praticado fosse rigorosamente necessário, a excluir a ilicitude.<sup>13</sup>*

Em oposição, outros autores não concebem enxergar na prática delituosa o cumprimento do dever, pois não se concebe que um policial tenha o dever de delinquir.

Ainda nas previsões do Código Penal, outros doutrinadores defendem a isenção de responsabilidade com fulcro na excludente de culpabilidade na modalidade de inexigibilidade de conduta diversa, bastante controvertida, sobretudo quando se cogita da existência de causas supra-legais desta dirimente.

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

Na lição de Toledo (1999):

*[...] a inexigibilidade de conduta diversa é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão de culpabilidade e constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.<sup>14</sup>*

Por sua vez, não prevista como uma excludente seja de ilicitude ou de culpabilidade, a escusa absolutória aparece como forma de não responsabilização por opção de Política Criminal.

A escusa absolutória aparece fundamentada em motivos transi-tórios e de conveniência, pois o legislador considera mais útil tolerar o

---

<sup>13</sup>TOLEDO, 1999, p. 328.

<sup>14</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Parte Geral. p. 89.

delito que lhe castigar, ainda que reconhecendo que exista delito e que há pessoa que possa responder por ele.

Assim, de forma sintética, as escusas absolutórias são circunstâncias pessoais que, por estrita razão de política criminal de utilidade em relação à proteção do bem jurídico, excluem a imposição de pena, restando o pleno reconhecimento da existência do crime sem, no entanto, a correspondente aplicação de pena.

A maioria das legislações envolvendo a atuação de agentes infiltrados trata do tráfico de drogas ilícitas e opta por esta vertente descrevendo sumariamente as condutas permitidas, bem como o que ocorrerá em situações distintas daquelas.

É o caso de Portugal, onde a Lei nº 45/96 traz, em seu art. 59, as chamadas condutas não puníveis, a saber:

*1 – Não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sobre o controle da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, acertar, detiver, guardar, transportar ou, em seqüência e a solicitação de quem se dedique as estas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos suscetíveis de desvio para fabrico ilícito de droga ou precursor.<sup>15</sup>*

Na Argentina, também se optou pela adoção da escusa absolutória, expressa no art. 31 da Lei nº 23.737 (introduzida pelo art. 7º da Lei nº 24.424), *in verbis*:

*Artículo 31 ter. No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.<sup>16</sup>*

Diferentemente da previsão portuguesa, a lei portenha é mais ampla em sua escusa, delineando claramente a não punibilidade dos delitos

<sup>15</sup>Disponível em: <[http://www.pj.pt/btm/legislacao/dr\\_droga/Lei45\\_96.htm](http://www.pj.pt/btm/legislacao/dr_droga/Lei45_96.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2007.

<sup>16</sup>Disponível em: <[http://comunidad.derecho.org/neoforum/Leyes\\_Penales/Ley23737-Tenencia-TraficoEstupefacientes.htm](http://comunidad.derecho.org/neoforum/Leyes_Penales/Ley23737-Tenencia-TraficoEstupefacientes.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2007.

praticados de forma necessária ao desenvolvimento da infiltração policial, excetuando-se a impossibilidade de conduta que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a tortura de pessoas. Ainda, compelido a praticar delito excepcionado pela norma, poderá o infiltrado valer-se das excludentes do Direito Penal.

Na Espanha, por sua vez, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* amarra imperiosamente a escusa absolutória ao princípio da proporcionalidade e expressa vedação à provocação do delito, a saber:

*Artículo 282 bis.*

[...]

*5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.<sup>17</sup>*

Constate-se que, pela escusa absolutória, não seria razoável ou lógico admitir sua responsabilidade penal, visto que a importância de sua atuação está diretamente associada à impunidade do delito perseguido.<sup>18</sup>

Há ainda os que defendem a atipicidade da ação por total ausência de dolo, uma vez que o infiltrado não age com a intenção de praticar crime, somente visa a auxiliar a investigação e a punição da organização criminosa.

Apesar das legislações estudadas neste trabalho conceberem normas que prevêm linhas mínimas de exclusão da responsabilidade dos eventuais delitos praticados pelo agente infiltrado, como consequência do próprio ofício, acredita-se que, nesse ponto, a legislação nacional foi mais acertada.

Da exclusão da responsabilidade por infrações menores na França ou de forma muito ampla excetuando-se apenas os crimes contra a vida e de

---

<sup>17</sup>Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lecr.l2t3.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t3.html)>. Acesso em: 25 nov. 2008.

<sup>18</sup>Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

violação sexual nos Estados Unidos,<sup>19</sup> como abarcar de forma terminativa a riqueza da vida, como prever todo o universo do que possa acontecer?

Sublinhe-se que a velocidade dos tempos modernos surpreende, não há porque se assustar, pois, a conclusão é que o legislador, ainda que quisesse, não conseguiria elaborar previsões legais capazes de conter todas as situações práticas possíveis.

Portanto, parece mais viável a análise de cada caso concreto e a respectiva utilização dos mecanismos de responsabilização previstos no próprio Direito Penal, visto que jamais se poderia autorizar o cometimento de crimes, carecendo o instituto apenas de previsão daquelas condutas inaceitáveis para seu balizamento e aplicação.

## Do Valor da Prova: à Sombra da Árvore Envenenada

As provas são um dos mais intrincados problemas do processo, pois, sem provas idôneas e válidas, de nada adiantam os debates já que as discussões perderão seu objeto.

O processo, por sua vez, constitui a cristalização do fenômeno sociológico da legitimidade, que se manifesta na aceitação geral do poder pela população.

Portanto, as partes devem tentar provar ao juiz, valendo-se das provas, a sua verdade, já que a verdade absoluta nunca é alcançada, pois fato é que inexiste uma prova à prova de erro, inequivocamente certa.

Neste sentido de imperfeição, ensina Greco Filho (1997):

*A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado.<sup>20</sup>*

---

<sup>19</sup>EDWARDS, apud ROCHA, 2002, p. 59.

<sup>20</sup>GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 194.

O fato é que, se as dúvidas referentes ao uso da infiltração policial forem maiores do que as certezas, se nenhum relato concreto tiver sido feito pela autoridade policial, se nenhuma descrição tiver sido feita dos contatos estabelecidos, se nenhuma indicação tiver sido fornecida pela instância de controle formal, enfim, se não houver elementos nos autos que permitam estabelecer a existência de orientação judiciária na aferição das vantagens e desvantagens de uma intervenção dessa natureza, não haverá como conceder valor probatório ao feito.

Mas, em sentido contrário, no caso de o agente infiltrado atuar com plena observância das garantias legalmente estabelecidas, sua atuação será válida e as provas derivadas também gozarão de validade, pois a licitude dessas provas decorre da expressa disposição legal que autoriza a infiltração como meio de investigação.

Do feito, o depoimento que preste possuirá valor legal no processo em que se conjuge, pois se houver inexistência de interesse em afastar ilicitude ocorrida em suas diligências e houver comprovação por outros meios de prova, salvo a impossibilidade de fazê-lo, não há por que não validar suas declarações.<sup>21</sup>

O valor do testemunho policial já foi demasiadamente discutido nos Tribunais e hoje é pacífico que não há desvalor em suas declarações, portanto, entende-se mesma compreensão e interpretação ao depoimento do infiltrado.

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

É essencial que o policial infiltrado se limite a ganhar a confiança dos envolvidos para melhor poder observar e colher as informações a respeito das atividades criminosas de que são suspeitos, pois isto é o que a lei permite.

---

21 SILVA, E. A. da, 2003, p. 152.

Veja, depois de vencidas as formalidades da autorização judicial para atuar como infiltrado, o que mais influenciará na valoração das provas é se o infiltrado agiu como *l'agent provocateur*, interferindo no cometimento dos crimes.

De origem francesa remontando práticas absolutistas, a expressão traria em seu cerne a definição da pessoa que induz ou instiga outra para que cometa crime determinado, com o intuito de, no momento de seu cometimento, realizar sua captura, ou seja, para que, no momento da execução do crime induzido, o agente instigador promova sua prisão em flagrante.<sup>22</sup>

Esta talvez seja a grande dificuldade enfrentada pelos operadores do Direito, evitar que a infiltração, legítima e legal, descaminhe para essa outra que configura provocação, ilegal e como tal inaceitável, por se reconduzir, à instigação criminosa.

O policial, na procura da eficácia, trabalha para prevenir e reprimir o crime organizado mas, antes de tudo, deve respeito à lei. Portanto, é defeso a ele valer-se de sua condição para dar efetividade ao seu trabalho. Não se deseja justiceiros e sim profissionais qualificados e corretos para tarefa tão complexa, pois a atuação legal concede pureza às ações dos agentes da Lei.

Nos Estados Unidos, há muito, a jurisprudência criou a defesa contra o *entrapment* (armadilha), pois veda sua validade se o acusado não tinha predisposição para cometer a infração será absolvido.<sup>23</sup>

No Brasil, a provocação nos remete a Súmula nº 145 do STF: não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação.

---

22 MOREIRA, Sérgio Luís Lamas; MOREIRA, Marcus Vinicius Lamas. *Indagações sobre o agente provocador e o agente infiltrado*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 11, n. 128. p. 14-15, jul. 2003.

23 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Supreme Court, Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540. n. 90-1124. *Argued November 6, 1991 – Decided April, 6 1992*.

Mas, se a provocação não é tolerada quando atua para criar infrações em que o instigado não tinha intenção de atuar de forma criminosa, em sentido contrário, a técnica é admitida quando o agente age para fazer aparecer prova da atividade ilícita da qual o indivíduo já está envolvido.

Fato é que a insistência da provocação por parte de policiais resultará no questionamento de suas ações como forma de abuso e a certeza de que nenhum dos provocados responderá pela infração penal pretendida, pois o comportamento do policial fez nascer no indivíduo uma vontade delitiva antes inexistente, portanto, seus atos não estão revestidos pelas garantias legalmente previstas, como deveria em uma infiltração, restando sua atuação viciada, bem como as provas obtidas em consequência de sua atuação nulas de pleno direito.

Os integrantes das corporações policiais legalmente vestidas a desempenhar o instituto da infiltração policial não podem cair na tentação de buscar provas em atos criminosos produzidos para saciar seu deleite.

O uso da provocação policial não tem mais lugar em nosso contexto social, tampouco é tolerada por qualquer dos envolvidos no processo penal. Exatamente por isso deve ser rechaçada e repelida quando de sua eventual ocorrência para a defesa da dignidade do próprio Direito Penal.

## **DA EXECUÇÃO DA MEDIDA**

A infiltração de agentes policiais não deve ser encarada como uma forma de investigação rotineira, a ser utilizada em toda e qualquer situação. A banalização desse instituto deve ser evitada a todo custo, seja por sua dificuldade operacional, seja para a proteção de sua credibilidade como meio de obtenção de prova.

Trata-se, definitivamente, de método investigativo absolutamente não convencional e de difícil aplicação prática, mas de extremo valor

quando diante de organizações criminosas sofisticadas, em moldes empresariais ou tradicionais.

Muito se critica a possibilidade de erros, equívocos e abusos em sua utilização, entretanto, a exemplo de outros meios de prova, erros e abusos não são exclusividade dessa técnica de investigação.

Ziegler, após mencionar que a infiltração é arma decisiva contra a criminalidade organizada, relata duas experiências bem-sucedidas em territórios americano e europeu no desmantelamento de grandes organizações criminosas dedicadas ao tráfico internacional de drogas.<sup>24</sup>

A representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, para infiltrar um agente policial, deve considerar os riscos e os benefícios da operação, avaliando cuidadosamente a possibilidade de ferimento dos envolvidos, danos à propriedade, perda financeira de pessoas ou empresas, responsabilidade civil para o Estado, invasão de interesses constitucionais ou outros interesses legais, além do risco de envolvimento do policial na conduta ilegal que se quer debelar.

De qualquer sorte, como não foram previstos os limites de sua atuação e a forma de responsabilização de eventuais ações ilícitas que o agente infiltrado poderá cometer, o dispositivo encontrará inúmeras dificuldades em sua execução.

Ademais e independente dos eventuais questionamentos éticos e jurídicos que envolvem a execução de tão sensível forma de investigação e obtenção de provas, sua execução não depende somente de legalidade, muito além, a necessidade de policiais extremamente bem treinados para essa tarefa é fator determinante para o sucesso ou fracasso da missão.

Não bastasse, há a necessidade de outros itens relevantes, como: instruções sobre a linguagem e os jargões do grupo, formas de evitar situações de risco legal e pessoal, conhecimento de quais elementos de provas

---

<sup>24</sup>ZIEGLER, 1999, p. 230.

estão se buscando, comunicação segura e eficaz com os responsáveis pela operação, cobertura de outros policiais para garantir sua segurança, montagem de um passado que suporte verificações por parte da organização investigada e disponibilidade financeira para o cotidiano da ação são algumas dentre tantas questões que envolvem uma operação dessa natureza.

Definitivamente a infiltração policial não é uma ação simples e corriqueira, tanto é que, no decorrer desta pesquisa, efetuou-se contato<sup>25</sup> com os setores responsáveis pela comunicação do STF, STJ, Varas Criminais do TRF2, além de Varas Criminais das Capitais dos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul. Somente no último houve resposta positiva quanto à aplicação de infiltração de agentes, representada pela da promotoria criminal especializada de Porto Alegre.

Registre-se que apesar de uma única resposta positiva, é absolutamente factível que já tenha havido utilização da infiltração de agentes de polícia pelo outros tantos procedimentos, porém, dada à delicadeza e dificuldade quanto à aplicação da medida, é possível que os juízos tenham preferido se resguardar e também os envolvidos, o que é perfeitamente compreensível.

A infiltração policial é considerada inédita no âmbito do *parquet* e do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. No caso analisado, um policial ficou por seis meses “trabalhando” em uma empresa, o que lhe possibilitou tirar fotos e observar o cotidiano até se chegar aos suspeitos que ocupavam as funções dentro da organização criminosa.

Para evitar a revelação da real identidade do agente infiltrado e garantir sua integridade, foram tomadas medidas de lastro, como a “criação” de uma empresa de consultoria para a qual trabalharia o agente, cartões de visita, locação de um imóvel para reuniões sociais, dentre outras.

Mediante autorização judicial, foram confeccionados documentos falsos com o falso nome utilizado pelo policial, também foi criado e-

---

<sup>25</sup>Foram enviadas mensagens eletrônicas para aqueles colegiados que dele fazem uso e contato telefônico direto com os demais.

mail profissional e designados outros policiais para manter sua segurança quando de seus encontros com os integrantes da organização.

No decorrer da ação e com base nas informações repassadas ao promotor, lançou-se mão de uma série de instrumentos jurídico-legais, como captação ambiental de sinais óticos e acústicos, interceptação telefônica e telemática, acesso a informações de operações financeiras, ação controlada, quebra de sigilo fiscal, busca e apreensão e por fim a prisão temporária.

Vale salientar que o procedimento foi integralmente judicializado e que ao tempo deste artigo a defesa não questionou absolutamente nada acerca da infiltração.

Nesse contexto, a lei vem jogar luzes sobre uma conduta que a moderna investigação criminal não despreza, impedindo que abusos sejam cometidos sem que a Justiça jamais deles venham a tomar conhecimento.

A legalização do agente infiltrado permite ao policial assumir sua relação com a informação oriunda do mundo do crime sem mentir. Com a possibilidade legal de sua execução, torna-se clara a condenação de sua utilização desmedida e clandestina que traria mais danos que benefícios à sociedade.

Infelizmente, os diplomas legais que tratam da infiltração de agentes não disciplinaram de forma ao menos razoável para seu processamento, entretanto, deve-se valer da analogia, no que couber, ao procedimento previsto na Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica), pois reflete a moderna concepção do princípio da proporcionalidade em relação à matéria que igualmente pode resultar em restrição ao direito à privacidade.

No mais, para que as incertezas deixem de pesar sobre este instituto, torna-se necessária regulamentar esta matéria o mais breve possível contendo o esclarecimento de quem pode atuar como infiltrado, definin-

do a autoridade de controle, como proceder na possibilidade de afetação de direitos humanos, os limites da atuação do agente, duração da medida e previsão quanto à responsabilidade penal do agente.

O uso da infiltração é meio de investigação de alto valor na prevenção e processamento dos crimes de colarinho branco, corrupção, tráfico de drogas e outras atividades correlatas ao crime organizado. Entretanto, a técnica envolve variantes em demasia que devem ser consideradas com cuidado e cautelosamente monitoradas.

## CONCLUSÃO

O objetivo restringiu-se aos problemas encontrados no instituto da infiltração de agentes como procedimento de investigação e sua execução no Brasil. As dificuldades enfrentadas foram relativas a algumas das fontes pesquisadas. Processos e inquéritos policiais pertinentes ao tema não foram localizados ou não puderam ser disponibilizados por ainda se encontrarem em andamento, o que prejudicaria o sigilo necessário, ou ainda, por negativa das autoridades judiciárias responsáveis ao pleno ou condicionado acesso às informações ali registradas.

Outro problema foi lidar com a literatura existente. Mesmo os autores mais confiáveis normalmente não concordam entre si por tratar-se de um assunto altamente complexo e multifacetado. Procurou-se escrever com cuidado para não atuar como defensor de uma posição ou de outra e sim como pesquisador.

Ao fim, há de se pensar em estratégias diferenciadas para reprimir as organizações criminosas, pois tal como as comunicações e os meios de transportes evoluíram, as técnicas de investigação devem evoluir para acompanhar a natural progressividade que também atingiu o ilícito penal.

Dentre esses novos métodos, está a infiltração de agentes policiais que, embora se enquadre como meio importante e apto a investigar a crimina-

lidade pós-industrial, ainda tem em sua efetiva aplicação um desafio a ser vencido em que pese a previsão normativa das Leis nº 9.034/95 e nº 11.343/06.

Todavia, por serem leis aptas a produzir efeitos, para que realmente seja possível sua realização sem afronta aos mínimos direitos fundamentais, é mister que haja comprometimento da Administração Pública, oferecendo ao policial treinamento apropriado para tal situação, bem como intenso controle interno e, principalmente, externo dessa medida.

O rígido controle da infiltração de agentes policiais deriva da construção democrática na qual a sociedade brasileira estabeleceu alguns princípios inalienáveis a que todos, inclusive o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia, estão sujeitos.

O uso de medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais do indivíduo é absolutamente compatível com os que defendem um Direito Penal garantista, somente seu uso descabido vai de encontro a essas idéias, o princípio da proporcionalidade é o fiel da balança.

Entretanto, a regulamentação da figura do agente infiltrado tem alcance maior do que apenas disponibilizar um novo meio investigatório, ela abre campo para a eliminação da antiga e insistente praxe do agente provocador.

É importante respeitar o passado, mas não reverenciá-lo. O segredo está em apreciar o legado de suas conquistas, entender os pontos de seu sucesso e carregá-los para o futuro sem permitir que seja obstáculo à transformação.✍

RAFAEL RODRIGO PACHECO SALAROLI

Mestre em Direito pela FDC/RJ. Lecionou Direito Penal e atuou na formação jurídica de policiais; Bacharel em Direito pela UVV/ES; pós-graduado em Direito Penal Internacional pelo IBCCRIM/SP;

Dos quinze anos dedicados à atividade policial, permaneceu por doze na PRF e desde 2005 é Agente de Polícia Federal.

pigrpp@gmail.com

## ABSTRACT

The present dissertation is analyzing one of the most recent instrument of investigation and creation of evidences of national legislation: the undercover agent. It discusses legal issues as far as the application of the norm, the criminal responsibility of the undercover agent, and the legitimacy of the proofs obtained by means of its action are concerned. It emphasizes relevant questions while referring to a real case, evidencing some aspects which turn the possibility of police undercover operations difficult in Brazil. This study finalizes asserting that, despite being compatible with the Democratic State and Rule of Law, and despite its normative provision, the infiltration of undercover agents still bears a challenge to be won in terms of its effective application.

**KEYWORDS:** Organized Crime. Criminal Law. Undercover Agent. Undercover Operations.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Parte Geral. p. 89.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995. p. 326.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540. n. 90-1124. Argued November 6, 1991 – Decided April, 6 1992.
- FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 587.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 194.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *O agente infiltrado nas investigações das associações criminosas*. Boletim do IBCCRIM, ano 10, n.117, p. 21, 2002.
- Id. *Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática*. Curitiba: Juruá. 2002. p. 207.
- MARTÍN, Joaquín Delgado. El proceso penal ante la criminalidad organizada: el agente encubierto. *Actualidad Penal*, Madrid: La Ley, p. 10, jan. 2001.
- MARTÍN, Joaquín Delgado. *La criminalidad organizada*. Barcelona: J.M. Bosch, 2001. p. 46-48.

- MOREIRA, Sérgio Luís Lamas; MOREIRA, Marcus Vinicius Lamas. Indagações sobre o agente provocador e o agente infiltrado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 128, p. 14-15, jul. 2003.
- ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente infiltrado: inovação da Lei nº 10.217/2001. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre: CeiP, ano 3, n. 5, p. 58, jan./abr. 2002.
- SILVA, Eduardo de Araujo. *Crimes organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152.
- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. *Repressão ao crime organizado – inovações da Lei nº 9.034/95*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 42.
- TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 328.
- TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. *A infiltração de agentes em quadrilhas ou bandos, organizações ou associações criminosas*. Trabalho apresentado no Congresso Estadual do Ministério Público, Curitiba, 2003.
- ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia*. Tradução e Manuela Torres, Lisboa: Terramar, 1999. p. 230.

