

INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI Nº 12.850/2013: (IM) POSSIBILIDADE DE INFILTRAÇÃO POR PARTICULARES VS INFILTRAÇÃO POR COLABORADOR

INFILTRATION AS A CRIMINAL INVESTIGATION TECHNIQUE UNDER LAW N. 12.850/2013: THE (IM) POSSIBILITY OF INFILTRATION BY AN INDIVIDUAL VS INFILTRATION BY THE DEFENDANT INVOLVED IN A PLEA AGREEMENT

Ana Paula Coité de Oliveira

Graduada em Direito – Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito Processual Penal e Direito Processual Civil – UniFTC/Salvador- BA. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, designada para atuar no GAECO/BA.
anap@mpba.mp.br

Juliete Gomes Wanderley

Graduada em Direito – Universidade Católica do Salvador. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal – Escola Brasileira de Direito. Assessora de Promotoria do Ministério Público do Estado da Bahia.
juliete.wanderley@mpba.mp.br

Como citar este artigo:

OLIVEIRA, Ana Paula C. de; WANDERLEY, Juliete G. Infiltração de agentes na Lei nº 12.850/2013: (im)possibilidade de infiltração por particulares vs infiltração por colaborador. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 17 - 46.

Recebido em: 15/7/2022 | Aprovado em: 26/8/2022

Resumo: O presente artigo tem como objetivo precípua fomentar a discussão acerca da possibilidade da conjugação da infiltração de agentes, que consiste em uma técnica especial de investigação criminal, com a colaboração premiada, um importante meio de obtenção de prova, corriqueiramente utilizado na prática forense criminal. Neste trabalho são apresentados os conceitos doutrinários e as previsões legais que dispõem sobre os referidos institutos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como algumas jurisprudências em derredor da matéria. Por derradeiro, o artigo aborda, de forma sucinta, as previsões normativas que tratam sobre a figura do agente infiltrado no direito comparado. Sobreleva destacar que não se busca, com o presente, esgotar o tema proposto, mas tão somente promover reflexões acerca da possibilidade de mitigação para a infiltração de agentes no direito brasileiro e sua conseqüente conjugação com o instituto da colaboração premiada.

Palavras-chave: Lei de combate ao crime organizado; Infiltração de agentes; Colaboração premiada; Direito comparado.

Abstract: *The paper aims to discuss the possibility of combining the infiltration of agents, which constitutes a special technique of criminal investigation, with plea bargaining, an important means of obtaining evidence in Brazilian Law, that is commonly used in criminal forensics. This work presents the concepts established by legal doctrine and the provisions on the subject, as well as some precedents on the matter. Finally, the paper briefly addresses the provisions related to the infiltration of individuals in comparative law. The present work intends to shed light on the possibility of mitigating the infiltration concept under Brazilian law and its consequent use under plea agreements.*

Keywords: *Brazilian Act on Organized Crime; Infiltration of individuals; Plea agreements; Comparative law.*

Sumário: Introdução; 1. Infiltração de agentes e suas previsões legais; 2. A figura do colaborador à luz da Lei nº 12.850/13; 3. Agentes de polícia: mitigações acerca da atribuição para a infiltração; 4. Infiltração de agentes no direito comparado; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em razão do exponencial aperfeiçoamento da criminalidade organizada, resta patente a necessidade de que os meios de obtenção de prova previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo aqueles que auxiliam no combate a esse fenômeno tão nocivo à sociedade, sejam cada vez mais aprimorados.

Inclusive, para compreendermos a imprescindibilidade desse aprimoramento para a contenda de organizações criminosas, vale

ressaltar a diferença exposta por Cleber Masson & Vinícius Marçal¹ acerca da criminalidade organizada e da criminalidade massificada. Nesse sentido:

(...) Bitencourt e Busato diferenciam os conceitos de **criminalidade organizada** e **criminalidade massificada**. **Criminalidade de massa** compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. O medo coletivo difuso, decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e uso de uma política criminal populista (...). **Criminalidade organizada**, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantescos, além de produzir consequências imprevisíveis e incontroláveis. (Grifos no original).

Destarte, embora atualmente tenhamos uma gama de técnicas especiais de investigação criminal à disposição, é importante pensarmos na possibilidade de utilização dessas técnicas de forma associada, com o desiderato de também aperfeiçoar os meios de obtenção de prova disponíveis.

É de conhecimento geral que são raras as vezes em que a infiltração de agentes é utilizada no cotidiano policial brasileiro. Talvez não por outro motivo, dita técnica especial de investigação se reveste de demasiado risco, exigindo do seu executor muita preparação física e psicológica, além de outras habilidades.

No entanto, conforme será mais bem abordado no decorrer do presente artigo, precisamente pelo fato de essa técnica especial de investigação expor o agente de polícia aos mais variados riscos, podemos pensar na mitigação dessa atribuição, de modo que um indivíduo que deseje firmar acordo de colaboração premiada possa auxiliar o trabalho policial, desempenhando essa função.

Como veremos, a realização da infiltração de agentes por outras pessoas, que não compõem os quadros da polícia, pode ser

1 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2006. p. 25.

extremamente útil e eficaz nas investigações que envolvam grandes organizações criminosas, sobretudo os famosos cartéis de cocaína.

1. A INFILTRAÇÃO DE AGENTES E SUAS PREVISÕES LEGAIS

A infiltração de agentes (que não se confunde com a figura do agente disfarçado²) traduz-se em uma das espécies de técnica especial de investigação e atuação policial ou meio especial de obtenção de prova³, prevista em diversas leis especiais.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa medida se reveste das seguintes características: a) inserção exclusivamente por agentes de polícia, que tenham atribuição para apuração de infrações penais⁴; b) atuação de forma disfarçada, sem a revelação da verdadeira identidade do agente; c) prévia autorização judicial; d) infiltração de forma contínua (não esporádica); e) adoção de uma postura criminosa (mas não ativa) pelo agente, visando à obtenção da confiança dos integrantes da súpica, com o objetivo de captar provas da prática de crimes graves (devendo guardar a devida proporção com a finalidade da investigação⁵).

Conforme os ensinamentos de Masson & Marçal⁶, a infiltração de agentes:

(...) consiste em um meio especial de obtenção da prova – verdadeira técnica de investigação criminal –, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa, ainda que virtualmente, em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.

2 Embora ambas as técnicas sejam passíveis de execução por agentes policiais, a figura do “agente disfarçado” é uma inovação introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei nº 11.964/2019), com previsão no art. 17, § 2º, e art. 18, parágrafo único, ambos da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), e no art. 33, § 1º, IV, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

3 Por uma questão didática, ao longo do presente trabalho, iremos nos referir à infiltração de agentes como um meio especial de obtenção de prova.

4 Por se tratar de uma técnica especial de **investigação**.

5 Art. 13 da Lei nº 12.850/2013.

6 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 304.

No Brasil, essa técnica de meio de obtenção de prova atualmente encontra previsão nos seguintes Diplomas Legais:

Agente infiltrado – previsões normativas	
<p>Art. 53, I, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)</p>	<p>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:</p> <p>I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;</p> <p>(...)</p>
<p>Art. 1º, § 6º, da Lei nº 9.613/1998 (Lei de “Lavagem” de Dinheiro)</p>	<p>Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.</p> <p>(...)</p> <p>§ 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.</p>
<p>Arts. 10 ao 14 da Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado)</p>	<p>Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:</p> <p>(...)</p> <p>VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11⁷;</p> <p>(...)</p>

Pertinente ressaltar que o referido meio de obtenção de prova também está positivado nos arts. 190-A⁸ ao 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ambos inseridos pela Lei nº 13.441/2017. No entanto, por se tratar, neste quadrante, de uma técnica empregada essencialmente no âmbito virtual, utilizada para perquirir a prática de crimes previstos naquele Estatuto, não iremos, neste trabalho, nos aprofundar sobre a disposição legal aqui preceituada.

7 Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

8 Art. 190 – A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá as seguintes regras (...).

Nesse espectro, é relevante consignar que a infiltração de agentes prevista na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) estabelece, do mesmo modo, a possibilidade da utilização da medida para a averiguação de crimes inseridos naquela lei, mediante prévia manifestação do Ministério Público e expressa autorização judicial.

No que concerne à Lei de “Lavagem” de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), outrossim, tem-se a possibilidade de utilização da infiltração de agentes para a apuração do crime de que trata o art. 1º daquele Diploma Legal, assim definido como a “ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Por derradeiro, no que corresponde à previsão inserida na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), tem-se que a infiltração será admitida se houver indícios da prática do crime de pertinência à organização criminosa e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis (art. 10, § 2º), caracterizando a utilização da medida como *ultima ratio*.

O aludido Diploma Legal também expõe o momento para o emprego dessa técnica especial de investigação, qual seja, em qualquer fase da persecução penal (art. 3º, caput), bem como as formalidades que devem compor o requerimento (feito pelo Ministério Público) ou a Representação (formulada pela Autoridade Policial) para a concessão da medida (art. 11). Demais disso, também são definidos os requisitos, alcance, limites, prazo e todos os direitos e responsabilidades do agente infiltrado (arts. 10 a 14).

Acerca do prazo para o desenvolvimento desse meio de obtenção de prova, a mencionada Lei impôs um limite temporal, a saber, o período de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade, devendo os novos pedidos serem submetidos à apreciação da Autoridade Judicial.

Por oportuno, não se pode olvidar que o Decreto nº 5.015/2004, de 12 de março de 2004, que promulgou a Convenção de Palermo⁹

⁹ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Con-

– notadamente o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional –, também faz menção à infiltração de agentes em seu art. 20. Veja-se:

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

2. A FIGURA DO COLABORADOR À LUZ DA LEI Nº 12.850/13

Assim como ocorre com a infiltração de agentes, diversas leis especiais brasileiras¹⁰ também dispõem sobre o instituto da colaboração premiada, de modo que cada uma delas prevê a concessão de benefícios diversos ao colaborador.

Dito instituto, tal como previsto na Lei nº 12.850/2013 (Lei de Combate ao Crime Organizado), especificamente no art. 3º, inciso I, constitui-se também em um dos meios especiais de obtenção de prova, utilizado para apuração de crimes praticados no contexto de uma organização criminosa, sendo essa notoriamente a legislação mais completa ao redor dessa matéria.

Com relação às vantagens que podem ser auferidas pelo colaborador, bem como os resultados que devem advir da colaboração para a concessão dos benefícios judiciais, conforme previsão legal, Masson & Marçal¹¹ sintetizam que:

venção de Palermo).

10 Art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 (**Lei dos Crimes Hediondos**); art. 159, § 4º (incluído pela Lei nº 9.269/96), do **Código Penal**; art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 (**Lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional**); art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 (**Lei que define os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo**); art. 1º, § 5º (com redação dada pela Lei nº 12.683/12), da Lei nº 9.613/98 (**Lei de Lavagem de Capitais**); art. 26 da **Convenção de Palermo** (promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004); art. 41, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (**Lei de Drogas**); arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/11 (**Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**); e art. 17 da Lei nº 12.846/13 (**Lei Anticorrupção Empresarial**).

11 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:

(...) o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos de persecução penal **confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes** quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos ou a localização de pessoas. (Grifos nossos).

Com efeito, conforme dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, o juiz poderá, a requerimento das partes: 1) conceder o perdão judicial; 2) reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade; ou 3) substituí-la por restritiva de direitos, daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. O mencionado dispositivo também estabelece que, dessa colaboração, é imprescindível que se obtenha um ou mais resultados previstos em seus incisos (I a V), os quais serão explicitados a seguir:

I. “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”: note-se que o legislador, ao instituir esse requisito, não se limitou a definir a necessidade de identificação apenas quanto aos demais coautores e partícipes, mas também o fez em relação às infrações penais por eles praticadas. Dessa forma, patenteia-se que as informações prestadas pelo colaborador, nesse quesito, devem ser aptas a identificar os demais integrantes da *orcrim*, bem como os crimes por eles perpetrados;

II. “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”: em se tratando de grupos criminosos organizados, é fundamental para as investigações o deslinde da composição e o escalonamento da *súcia*;

III. “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”: o colaborador, quando aplicável à hipótese, deve revelar futuras infrações penais a serem praticadas pela *súcia*;

IV. “recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”: a devolução do produto ou do proveito obtido com a prática dos ilícitos é de suma importância. No entanto, conforme entendimento doutrinário, é necessário que se valore a restituição realizada, porquanto, se o requisito em questão faz alusão à recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime, logicamente a devolução total pode levar o colaborador a alcançar o maior benefício concedido, que seria o perdão judicial. Por outro lado, se a recuperação for parcial – e de pouca monta –, é possível que se obtenha apenas a redução mínima de pena, qual seja, a de um sexto¹²;

V. “localização de eventual vítima com sua integridade física preservada”: esse resultado é de fulcral relevância e está diretamente vinculado a crimes específicos, como o sequestro e cárcere privado¹³ (art. 148, *caput*, Código Penal), por exemplo.

Vale salientar que, consoante previsão normativa, a colaboração deve ser efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal (art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013), devendo também ser considerada – para que seja concedido algum dos benefícios legalmente previstos (redução de pena, perdão judicial etc.) – a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso, tal como preleciona o art. 4º, § 1º, da mencionada Lei. Para além disso, destaca-se que esses dois requisitos são cumulativos e devem estar essencialmente associados a algum dos resultados discriminados anteriormente.

12 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 85.

13 Nesse tipo de crime, o bem jurídico tutelado é a liberdade física (atrelada ao direito de ir e vir).

3. AGENTES DE POLÍCIA: MITIGAÇÕES ACERCA DA ATRIBUIÇÃO PARA A INFILTRAÇÃO

Conforme estabelecia o art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.034/95¹⁴ (atualmente revogada), em qualquer fase da persecução criminal era permitida “a infiltração por agentes de polícia *ou de inteligência*, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, **mediante circunstanciada autorização judicial**”. (Grifo nosso)

Verifica-se que, da referida previsão legal, remanesceu o requisito da imprescindibilidade do deferimento judicial para a utilização da medida, mantendo-se outrossim a possibilidade referente à figura do agente de polícia. Doravante, excluiu-se a perspectiva de que a inserção seja feita por agentes de inteligência¹⁵.

Gize-se que parte da doutrina entende que essa modalidade de infiltração por agentes de inteligência exprimia dúvidas quanto à sua constitucionalidade. De acordo com o professor Renato Brasileiro de Lima, sem se descurar da importância das atividades de inteligência, “(...) as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por Autoridades Policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos à tal singularidade, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV, da CF/1988¹⁶; da Lei nº 9.883/1999¹⁷; e dos arts. 4º¹⁸ e 157¹⁹ e parágrafos do CPP”²⁰.

14 Lei que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

15 Em suma, agentes de inteligência são profissionais que trabalham na produção de relatórios de inteligência para orientar a tomada de decisão da Presidência da República.

16 “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.

17 Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, e dá outras providências.

18 “Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

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

20 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 917.

Do ponto de vista técnico, impende consignar que compartilhamos do mesmo entendimento esboçado pelo professor Renato Brasileiro, sobretudo pelo fato de ser inquestionável que a medida em questão se reveste de uma complexidade extrema, exigindo do executor habilidades inerentes, a princípio e a rigor, aos treinamentos que deveriam ser conferidos, nesse espectro, aos próprios agentes de polícia, dentre as quais destacamos: controle emocional; inteligência estratégica; raciocínio célere, presumindo-se, ainda, que o agente estará sob constante cenário de perigo (na iminência de ser descoberto pelos membros que compõem verdadeiramente a súpria) e, por via de consequência, aquele e seus familiares impescindem de relevante e demasiada proteção.

No entanto, do ponto de vista jurídico, entendemos ser viável – inobstante a ausência ainda de qualquer previsão legal nesse sentido, no Direito pátrio – a conjugação das duas técnicas especiais de investigação/obtenção de meio de prova, abordadas neste capítulo (colaboração premiada e infiltração de agentes), desde que o infiltrado seja necessariamente um cidadão comum, que já integra a organização criminosa sob investigação ou participa das atividades ilícitas por ela desenvolvidas, e que deseja contribuir com as investigações, celebrando acordo de colaboração premiada.

Como vimos, para usufruir dos benefícios atinentes ao primeiro instituto, a atuação do colaborador deve estar pautada no efetivo alcance de um dos resultados previstos no art. 4º, incisos I a V, da Lei nº 12.850/2013. Contudo há casos em que o eventual colaborador, inobstante não detenha informações suficientes, aptas a atingir algum daqueles resultados pretendidos, anseia auferir qualquer dos benefícios judiciais legalmente previstos. Nessa hipótese, mostraria-se plenamente viável a utilização da infiltração de agentes – nessa ocorrência, por particular –, objetivando a aquisição de conhecimentos, capazes de auxiliar as investigações, bem como aptos a viabilizar a concessão de benefícios ao investigado colaborador.

Nessa senda, embora não pareça correta a utilização do termo “infiltração” para se referir ao infiltrado colaborador, tendo em vista que

o referido indivíduo provavelmente já fará parte da célula criminosa, dita nomenclatura se mostra adequada se partirmos do suposto de que o colaborador, após a indispensável autorização judicial, será inserido na organização criminosa, atuando, desta feita, infiltrado de forma disfarçada, com o desiderato de captar provas da prática de crimes graves (objetivo primordial da infiltração de agentes), bem como de informações que possam contribuir para o alcance de algum dos resultados estabelecidos pelo legislador para a concessão dos benefícios relativos à colaboração premiada (é o que se perquire com o referido instituto).

Nesse diapasão, entre as características previstas na Lei nº 12.850/13 (Lei de Combate ao Crime Organizado) para a infiltração de agentes, remanesceria a atuação do particular de forma disfarçada, mediante prévia autorização judicial.

A propósito, urge enfatizar que, mesmo não havendo no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo expresso que autorize a infiltração por pessoas estranhas aos quadros da polícia, podemos notar que subsistem discussões doutrinárias e jurisprudenciais que pairam em torno de uma possível mitigação dessa exclusiva atribuição para a execução da medida.

Com efeito, as previsões normativas que cuidam do agente infiltrado no ordenamento jurídico brasileiro – especificamente aquelas inseridas no art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas); art. 10 da Lei nº 12.850/13 (Lei de Combate ao Crime Organizado); e art. 190-A da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – presumem que não é admitida a infiltração por particulares²¹, sob pena de, se assim o for, estarmos diante de uma verdadeira prova ilícita²².

Todavia, conforme destaca Lima, há quem entenda ser possível a conjugação dos institutos da colaboração premiada e infiltração de agentes, desde que haja expressa autorização judicial para tanto. Vejamos:

²¹ Pela simples leitura dos três dispositivos citados, nota-se que o legislador estabeleceu expressamente que a medida deverá ser executada por **policiais** ou **por agente(s) de polícia**.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 915-918.

(...) caso um dos integrantes da organização criminosaresolva colaborar com as investigações para fins de ser beneficiado com a celebração de possível acordo de colaboração premiada, há quem entenda ser possível que o colaborador atue de modo infiltrado. Nesse caso, por mais que esse colaborador não seja servidor policial, **desde que haja autorização judicial** para a conjugação dessas duas técnicas especiais de investigação – colaboração premiada e agente infiltrado –, é possível que o colaborador mantenha-se infiltrado na organização criminosa com o objetivo de coletar informações capazes de identificar os demais integrantes do grupo. (Grifos nossos).

De outra banda, nota-se que, na jurisprudência²³, a discussão gira em torno da efetiva junção entre a contribuição do investigado colaborador para a apuração das infrações criminais e as atribuições do agente infiltrado (supostamente executadas por colaborador, no caso exposto), o que denota que a conjugação das medidas se mostra excepcionalmente presente no nosso ordenamento jurídico, notadamente, gize-se pela sua proficiência, mesmo não havendo qualquer previsão legal expressa para tanto. Veja-se:

Tribunal de Justiça de São Paulo. HABEAS CORPUS Nº 559542 - SP (2020/0022810-1) DECISÃO MONOCRÁTICA. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ALEXANDRE RICARDO DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consta dos autos que o paciente, juntamente com outros corréus, teve a prisão preventiva decretada pelo suposto cometimento dos delitos tipificados nos arts. 33, caput (por três) vezes, da Lei n. 11.343/06 e 2º, § 3º (exercício de comando), da Lei n. 12.850/2013. Inconformada a defesa impetrou prévio writ no Tribunal de origem, que denegou a ordem. Nesta Corte, **a defesa sustenta, preliminarmente, a invalidade da prisão cautelar e da denúncia porque amparadas em provas obtidas mediante**

²³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Decisão Monocrática). Habeas Corpus nº 559542-SP (2020/XXXX-1). Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento: 30/01/2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1367550960/decisao-monocratica-1367551191>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

a colaboração de um dos investigados. Afirma que “a função do investigado Kennedy em enviar fotos, locais e informações enquanto praticava crimes, tudo isso com auxílio e autorização do Juízo coator, não se confunde com o instituto da ação controlada, mas sim na figura de agente particular infiltrado, o que é vetado pela legislação brasileira.” (...) Requer a colocação do réu em liberdade e o **desentranhamento dos autos das provas colhidas ilicitamente por agente particular infiltrado**. O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 133). O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 209-217). É o relatório. Decido. (...) O juiz sentenciante, ao indeferir o pedido de liberdade provisória do paciente, refutou a tese de invalidade das provas supostamente obtidas com auxílio do corréu, nos seguintes termos: (...) **A alegação da defesa quanto a Kennedy Martins de Souza não procede, pois não restou configurado o instituto da infiltração de agentes previsto no artigo 10, da Lei 13.260/13, já que a infiltração se refere a agentes da polícia, não havendo previsão legal para a infiltração de particular. Kennedy não exerceu a função de infiltrado, apenas prestou depoimento colaborando com as investigações, não se fazendo passar por criminoso, até porque não podia exercer essa função, já que estava envolvido com os crimes praticados pela organização criminosa**, como bem salientou o Ministério Público em sua manifestação. (...) Na sentença condenatória, ao analisar o tema novamente, pontuou: Preliminarmente, não há ilicitude a ser reconhecida. Não houve delação premiada por parte, ele apenas confirmou, tanto na fase policial, quanto em juízo, os demais elementos da investigação. As provas foram obtidas por interceptações telefônicas, monitoramentos, campanas, prisões que ocorreram no decorrer das investigações, além dos depoimentos dos policiais, que foram seguros e coerentes em suas versões. Cumpre ressaltar que as investigações se iniciaram com o corréu Alexandre Ricardo, sendo que, o nome do corréu Kennedy surgiu posteriormente, quando a organização criminosa já estava previamente delineada. Desta forma, não há que se falar em prova ilícita e quebra da cadeia de custódia, tendo em vista que as Defesas tiveram acesso

à integralidade das conversas. (...) Pontuou, também, que o depoimento colaborativo do corréu Kennedy, prestado na fase policial, apenas confirmou a prévia investigação efetivada - que já havia detalhado toda a organização criminosa. Nesse contexto, o acolhimento da tese defensiva de que o corréu Kennedy teria atuado como agente infiltrado auxiliando na produção de prova e induzindo o cometimento de delito pelos integrantes do grupo criminoso demandaria o revolvimento do conteúdo fático-probatória, providência inadmissível na via do habeas corpus. (Grifos nossos).

Com base no excerto colacionado anteriormente, é possível verificar que o juiz sentenciante consignou a não utilização da medida de infiltração por particular, porquanto ausente previsão legal nesse sentido, ressaltando que, inobstante a colaboração do investigado colaborador, “as provas foram obtidas por interceptações telefônicas, monitoramentos, campanhas, prisões que ocorreram no decorrer das investigações, além dos depoimentos dos policiais, que foram seguros e coerentes em suas versões”.

Como cediço, toda prova possui um valor relativo, não sendo diferente com os “frutos” da colaboração premiada. Dessa maneira, é inconcebível que alguém seja condenado com base exclusivamente em uma delação²⁴. É imprescindível que haja outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão. Tanto é assim que o próprio art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013 dispõe: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”²⁵.

Nessa linha de intelecção, cumpre rememorar a predominância do princípio do livre convencimento motivado (ou persuasão racional) no direito brasileiro, nas palavras dos insignes Eugênio Pacceli & Douglas Fischer²⁶: “é livre convencimento quando o juiz não se vê obrigado a fazer prevalecer um ou outro meio de prova, como se, previamente, houvesse uma definição quanto à superioridade de um deles (...)”. Dito

24 Delação aqui entendida como ato unilateral do acusado.

25 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 103.

26 PACCEI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 908.

princípio só reforça a inexistência, portanto, de qualquer espécie de hierarquia em relação aos meios de prova.

No que se refere à prova ilícita e às que derivam dela, há vedações expressas quanto a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVI, e no art. 157 do Código de Processo Penal.

Contudo vale dizer que o direito brasileiro adotou a teoria da Exceção do Erro Inócuo (ou do Erro Irrelevante), que basicamente consiste na validade de uma condenação apoiada em prova ilícita, mas também em outras provas que são plenamente lícitas e que conduziram ao mesmo resultado.

Na hipótese aventada no acórdão anteriormente transcrito, um dos investigados, o qual teria celebrado previamente acordo de colaboração premiada, supostamente utilizou-se das atribuições de um agente infiltrado para a obtenção de provas, contribuindo para a investigação criminal, de modo que a defesa de um dos codenunciados arguiu a nulidade das provas obtidas por esse meio, pelo fato de não ser possível a execução da medida (infiltração de agentes) por particulares no direito penal brasileiro.

Contudo, conforme consignou o r. juízo sentenciante, as informações prestadas pelo colaborador (obtidas possivelmente mediante a utilização da infiltração por particular), estavam em harmonia com as demais provas produzidas, mostrando-se bastantes a alicerçar a pretensão acusatória e, portanto, evidenciar o acerto da sentença então guerreada.

Destarte, por mais que, na hipótese referenciada, o investigado colaborador tenha supostamente atuado como particular infiltrado, medida que, repita-se, não encontra previsão expressa em nossa legislação, há precedentes nas Cortes Superiores em que se fixa o entendimento esboçado, no sentido de que, se além da prova, a princípio tida como ilícita, outras servirem de base para a condenação, não há nulidade a ser reconhecida. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SIGILOS

DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E DE DADOS. VIOLAÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA NOUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DEMAIS QUESTÕES TRAZIDAS NO RECURSO ESPECIAL. REITERAÇÃO DO HC 522.719/SP. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. **Ainda que considerada ilícita a prova obtida através da verificação dos dados telefônicos, sem prévia autorização judicial, lastreando-se a condenação noutros fatos devidamente comprovados, independentes daquele meio derivado de ilicitude, ratifica-se o édito condenatório.** Precedentes. 2. Diante disso, impossibilita-se, nesta sede, reavaliar o acerto da conclusão a que chegou o Tribunal estadual, em razão do óbice previsto na Súmula 7 desta Corte, mormente pelo que foi afirmado na origem: ainda que não considerada a prova ora taxada de ilícita, haveria elementos outros para sustentar a edição do *liquet*. (...). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1924573/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021). (Grifos nossos).

Cumprido esclarecer que jamais se busca, neste escrito, com fundamento na teoria da Exceção do Erro Inócuo, fomentar a utilização de provas ilícitas no processo penal. No entanto é de se ressaltar que o fato de não haver uma norma proibitiva, que estabeleça expressamente a impossibilidade de utilização da infiltração por particulares, faz com que a atribuição para sua utilização seja eventualmente mitigada, sobretudo por investigados colaboradores, notadamente pelo fato de estes já estarem inseridos na organização criminosa sob apuração.

Ao analisarmos com afincos os resultados previstos em lei para a concessão dos benefícios relativos ao acordo de colaboração premiada (art. 4º, incisos I a V, da Lei nº 12.850/2013), é possível inferir que algumas informações, como a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, dificilmente estarão ao alcance daqueles integrantes da súpria que ocupam o “baixo escalão” do grupo delitivo organizado.

Ademais é de se convir que, do ponto de vista prático, o limite temporal imposto pelo legislador para a infiltração de agentes (seis

meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade), mostra-se bastante efetivo, se considerarmos a utilização da medida pelo particular colaborador, tendo em vista que, por possivelmente já integrar a *orcrim*, este poderá conquistar a confiança dos demais membros da célula criminosa mais rapidamente.

Desse modo, utilizando-se da conjugação dos institutos da colaboração premiada e infiltração de agentes, o investigado colaborador poderá obter tanto as provas da prática de crimes graves – auxiliando sobremaneira as investigações –, como informações necessárias para o alcance de algum dos resultados já mencionados e, conseqüentemente, para a concessão dos benefícios atinentes ao instituto da colaboração premiada. Tal junção, por certo, apresenta-se densamente apta a trazer resultados investigativos valorosos e quiçá a altura do combate necessário à sofisticação com que o crime organizado vem diuturnamente se apresentando no celeiro mundial.

4. INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO COMPARADO

A infiltração de agentes também encontra previsão na legislação de diversos países, dentre os quais destacamos: Estados Unidos da América; Itália; Alemanha; Espanha; França; Portugal; e Argentina.

No ordenamento jurídico português, existe a possibilidade de a infiltração²⁷ ser realizada por particulares, conforme preceitua o artigo 1º, item 2, da Lei portuguesa nº 101/2001²⁸ (alterada pelas Leis nº 60/2013 e nº 61/2015), o qual reza, *in verbis*:

Artigo 1º. Objecto. (...) 2 – Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal **ou por terceiro** actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade (...). (Grifo nosso).

²⁷ Na legislação portuguesa, o termo utilizado para se referir ao que chamamos de “agente infiltrado” no Brasil é “agente encoberto”.

²⁸ Regime Jurídico das Ações Encobertas.

Tal como ocorre no direito brasileiro²⁹, o Código de Processo Penal português³⁰ estabelece, em seu artigo 126, item 1, que “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”. O referido artigo traz ainda (item 2) uma série de métodos proibidos de prova, como a obtenção de provas colhidas de forma enganosa (alínea “a”), bem como as “provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular³¹” (item 3).

Já no que se refere ao âmbito de aplicação da medida, o Regime Jurídico das Ações Encobertas (RJAÉ) elenca um rol de crimes nos quais será permitida a utilização das chamadas ações encobertas (artigo 2º). Entre eles estão os delitos de associações criminosas (alínea “i”); tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (alínea “j”); e *branqueamento* de capitais, outros bens ou produtos (alínea “l”).

Com relação à previsão normativa atinente à criminalidade organizada, o autor Luciano A. S. e Silva, em seu trabalho de mestrado³², destaca que, inobstante a ausência de previsão expressa na Lei portuguesa nº 101/2001 para a utilização da medida no combate a esse fenômeno, mas baseando-se em uma interpretação teleológica da norma, “o recurso do agente encoberto deve ser compreendido como meio de investigação empregado na apuração de delitos cometidos no âmbito do crime organizado, afigurando-se um importante recurso do Estado na perseguição penal a este tipo de criminalidade”³³.

Diferentemente do que acontece no Brasil, no ordenamento jurídico português, a utilização da medida em questão não encontra previsão em legislações esparsas. Ao revés, vê-se que lá o legislador optou por listar – em uma única lei – os crimes nos quais é possível

29 Artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

30 Decreto-Lei nº 78/87.

31 Ressalvados os casos previstos em lei.

32 SILVA, Luciano A. S. **O Agente Infiltrado. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal.** 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20brasil%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

33 *Ibidem.*

o emprego das chamadas “ações encobertas” (“infiltração de agentes”, no Brasil). Do mesmo modo, no RJAE, também não há qualquer diferenciação entre as figuras do agente infiltrado, agente encoberto ou provocador, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, nos Estados Unidos da América (E.U.A), a infiltração de agentes é um dos meios de investigação mais utilizados atualmente, sobretudo pelas agências especiais do *Federal Bureau of Investigations* (FBI) e *Drug Enforcement Administration* (DEA), esta última criada em 1973 visando ao combate ao narcotráfico. Assim como vemos no Brasil, nos E.U.A não há uma legislação específica que trata sobre a matéria (como ocorre, por exemplo, em Portugal), existindo, outrossim, diversas referências legais, entre elas o Título 28, parte 2, capítulo 33, do Código de Processo Judicial (*United States Code*³⁴), o qual estabelece as situações em que se permite a realização da medida por designação da Procuradoria-Geral de Justiça, e o Título 22, § 2º, item 11, do Código de Regramentos Federais (*Code of Federal Regulations*³⁵), em que se conceitua a infiltração³⁶.

No que concerne às orientações para a atuação dos agentes infiltrados, estas se encontram dispostas nos manuais das próprias agências, como no *Attorney General’s Guidelines on Federal Bureau Investigations Undercover Operations*³⁷.

Tal como no direito penal português, no ordenamento jurídico estadunidense também há a previsão de infiltração por particulares, lá denominados de “informantes”, cidadãos comuns que não compõem os quadros da polícia norte-americana.

Nesse quesito, vale destacar que a eficácia que envolve a mitigação da atribuição da medida se revela incontestável nos Estados Unidos, sobretudo no combate ao narcotráfico internacional de drogas, notadamente quando nos deparamos com casos como o ocorrido na

34 Disponível em: <<https://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

35 Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/app/collection/cfr>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

36 SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)**: processo penal. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

37 Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2013/09/24/undercover-fbi-operations.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

década de 90, em que o policial americano e atual Diretor de Segurança Pública do Departamento de Polícia de Paterson (Nova Jersey), Jerry Speziale, e o brasileiro Paul Lir Alexander (famoso traficante de drogas) se infiltraram em cartéis de cocaína, passando-se por transportadores³⁸, ocasião em que obtiveram êxito em apreender mais de 2.000kg (dois mil quilos) de cocaína e US\$ 3.000,000 (três milhões de dólares), além das prisões de líderes de cartéis, a exemplo do conhecido traficante Pablo Escobar, conforme extraído do *site* Âmbito Jurídico³⁹:

Maria Jamile José, em sua tese de mestrado (2010, p. 151), cita um caso bastante conhecido de atuação do DEA na década de 90 no combate aos cartéis de cocaína colombianos, no qual o “*Group 93*” do DEA, liderado pelo policial Jerry Speziale, juntamente com o brasileiro Paul Lir Alexander, infiltraram-se nos quartéis passando por transportadores de cocaína, criando uma infraestrutura milionária, desde empresas de faixa à pistas de pousos e abastecimento de aviões no meio da selva em diversos países, dentre eles, Guatemala, Costa Rica e Brasil. Ao longo de alguns anos de infiltração apreenderam mais de dois mil quilos de cocaína e três milhões de dólares, além das prisões dos principais líderes dos quartéis colombianos, inclusive Pablo Escobar. **Nos Estados Unidos admite-se a infiltração por particulares, chamados de informantes, alegando que as organizações criminosas os aceitariam mais facilmente.** (Grifo nosso).

Conforme destacado no excerto colacionado anteriormente, nos E.U.A a infiltração por particulares é deveras prestigiada, porquanto se entende que as organizações criminosas aceitam os cidadãos comuns mais facilmente. Cuida-se, aliás, da mesma linha de raciocínio exposta e advogada no presente arrazoado.

Sem se descurar da nobre atividade desenvolvida pelos policiais brasileiros no âmbito das investigações criminais, para as quais existem inúmeros treinamentos e cursos de capacitação para a execução das mais variadas técnicas de investigação, não se pode olvidar que a

38 Para mais detalhes sobre esse caso, consultar: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-traficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

39 Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacaoes-criminosas/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

criminalidade organizada, em decorrência da vasta “experiência” de alguns dos seus membros, consegue reconhecer uma atuação policial e até mesmo identificar um agente devidamente disfarçado.

Nessa linha de intelecção, ainda citando o caso de Jerry Speziale, o referido policial americano, em seu livro intitulado *Without a Badge – Undercover in the World’s Deadliest Organization* (Sem Crachá – Infiltrado na Organização Criminosa mais Mortal do Mundo), narra sua experiência e a participação do traficante Paul Lir como informante – ou infiltrado, no Brasil – da DEA, bem como expõe diversos diálogos que teve com Paul, conforme mencionado por Itamar Melo⁴⁰. Um deles faz referência ao que se expôs previamente, veja-se:

(...) Deixe-me explicar algo a você, Jerry. Você age como um policial. Você fala como um policial. Você pensa como um policial. Você cheira como um policial. Se você pensa que vai chegar perto dos cartéis, você está louco. Eles vão farejar você a um quilômetro de distância e então vão te matar (...).

De outra banda, vale mensurar que é de senso comum ser a estrutura da polícia norte-americana pouco assemelhada à brasileira. No entanto, partindo da inferência antes esboçada, mostra-se relevante pensarmos sobre a possibilidade de mitigação da atribuição para a execução da mencionada medida no ordenamento jurídico pátrio.

Para mais, vale dizer que, nos Estados Unidos, é permitido o cometimento de delitos pelo agente infiltrado, desde que haja prévia autorização do seu supervisor, sendo vedada

a obtenção de benefícios pessoais por meio dos delitos que vier a cometer; a vulneração de direitos constitucionais, salvo mediante prévia autorização; o oferecimento ou o recebimento de favores sexuais no exercício de suas funções; a intimidação ou ameaça de investigados; e, por fim, a provocação de crimes pelos investigados⁴¹.

40 MELO, Itamar. **Um Camaleão do Crime. Paul Lir**: o traficante brasileiro que enganou todo mundo. GZH Geral, 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-trafficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

41 ALVES, Stephanie Mendes. **A infiltração de agentes como meio de prova consoante as disposições da nova lei das organizações criminosas**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacoes-criminosas/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Já na Espanha, o agente infiltrado – que lá recebe o nome de *agente encubierto* – encontra previsão no artigo 282 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Pertinente ressaltar que as previsões normativas espanholas guardam diversas semelhanças com o que se tem na legislação brasileira atualmente. No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, somente os membros da Polícia Judicial poderão atuar como infiltrados, mediante expressa autorização judicial e utilização de dados de identificação falsos – tal como ocorre no Brasil –, conforme estabelece o *Artículo 282 bis*, item 1, da citada *Ley, ipso facto*:

1. *A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a **funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación**, a actuar bajo **identidad supuesta** y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. (...).* (Grifo nosso).

No que se refere à criminalidade organizada, a mencionada lei espanhola traz, no item 4 do artigo supracitado, o que se entende por organizações criminosas, elencando em seguida um rol taxativo de delitos nos quais é permitida a utilização da medida, assim como também estabelece a legislação portuguesa.

Com relação ao cometimento de delitos por parte do *agente encubierto*, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* preceitua, em seu artigo 282 bis, item 5, que este estará isento de responsabilidade criminal, desde que sua atuação seja uma consequência necessária para o deslinde da investigação e não constitua uma provocação do delito, devendo sempre guardar a devida proporcionalidade com essa finalidade. Vejamos:

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.

Por fim, vale destacar a previsão da figura do agente infiltrado no ordenamento jurídico alemão (lá denominado de *Verdeckter Ermittler*⁴²), a qual foi introduzida pelas alterações feitas no § 110 do Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozeßordnung – StPO*), ante a necessidade de se combater as ações da criminalidade organizada, notadamente o tráfico de drogas, e, em um segundo momento, o terrorismo, circunstâncias que deram origem à Lei para o combate ao tráfico ilícito de estupefacientes e outras formas de criminalidade organizada⁴³.

Com afincos, a figura do agente infiltrado, tal como previsto no § 110a, II, do mencionado Código de Processo Alemão (StPO), pode ser definida como “membros do serviço policial que atuam, debaixo de uma identidade alterada (*legende*), outorgada por um período limitado de tempo”⁴⁴. Ainda sobre essa definição, esclarece Luciano André⁴⁵:

Do conceito citado estão excluídos, portanto, os membros da polícia que tenham se infiltrado somente como decorrência de uma ocasião, bem como os *V-mann*. O *Große Senat des Bundesgerichtshofs* define *V. Mann* “como a pessoa que, por diversos motivos, seja para esclarecer o crime, ou para denunciar os agentes, seja útil ao impedimento e esclarecimento do crime e cuja identidade seja mantida secreta à disposição das entidades de instrução em cuja dependência tal pessoa opera”⁴⁶. São pessoas estranhas aos quadros oficiais da polícia, mas que colaboram com a polícia habitualmente e são utilizadas por ela em suas tarefas de investigação.

42 Utilizando a ferramenta *Google Tradutor*, obtém-se a tradução “policial disfarçado”, termo que, por sua vez, é traduzido para o inglês como “*undercover cop*”.

43 Lei ORGKG de 15 de julho de 1992 – Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und Anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG. Disponível em: <https://dejure.org/BGBl/1992/BGBl_I_S_1302>.

44 Tradução presente na Dissertação de Mestrado do autor Luciano André da Silveira e Silva (vide referências).

45 SILVA, Luciano A. S. O Agente Infiltrado. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20brasilel%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

46 LUCIANO, 2015, apud MEIREIS, *Cit.*, pág. 28.

Desse modo, vislumbra-se que, assim como nos direitos brasileiro e espanhol, na Alemanha também não se admite expressamente a infiltração de pessoas estranhas aos quadros da polícia, seja por meio dos V-Mann ou pela figura dos colaboradores ou informantes – ali definidos como “pessoas que, ocasionalmente, por estarem no local ou ouvirem sobre determinado crime, prestam serviço à polícia” –, ajudando a esclarecer delitos sobre os quais se tem alguma notícia ou informação.

Com relação aos requisitos para a utilização da medida, a legislação alemã estabeleceu um catálogo de delitos nos quais se admite a infiltração de agentes, não exatamente como adotado em Portugal, como já vimos, haja vista que, no ordenamento jurídico alemão, foram previstas – precisamente nos números 3 e 4, do § 110a, II, do StPO – cláusulas gerais que permitem a incorporação de outros crimes (que não aqueles já preceituados). Nesses números, encontramos a permissão do emprego do agente infiltrado em fatos cometidos: “3. De forma profissional ou habitual” e “4. Por membro de um bando (ganguê) ou grupo de outro modo organizado”⁴⁷.

Por fim, de modo diverso do que ocorre no ordenamento jurídico estadunidense, existe um consenso de que, na Alemanha, o agente infiltrado não poderá cometer delitos durante a execução da medida. No entanto, caso venha a acontecer, como na hipótese das chamadas “provas de fidelidade”, em que o agente deve cometer delitos como uma forma de provar que deseja fazer parte da organização criminosa em que está infiltrado, tem se admitido – apenas em casos excepcionalíssimos – a possibilidade de que a ação seja justificada pelo estado de necessidade justificante (§ 34 do StPO) ou pelo estado de necessidade desculpante (§ 35 do mesmo Diploma Legal).

47 SILVA, Luciano A. S. **O Agente Infiltrado**. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20brasilel%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CONCLUSÃO

Em razão da complexidade das investigações que envolvem a criminalidade organizada, cada vez mais estruturada e inovando na utilização de recursos e engrenagens, sobretudo tecnológicos, mostra-se extremamente necessário que os meios de obtenção de prova atualmente disponíveis para auxiliar no combate a esse fenômeno – que há muito está presente na história da humanidade – sejam cada vez mais aprimorados, de modo a possibilitar uma efetiva resposta do Estado a essas mutações/sofisticações delitivas.

Bem por isso, para o enfrentamento do crime organizado, não podemos nos valer pura e simplesmente dos meios de prova tradicionais e corriqueiros, como aqueles já previstos nos artigos 155 a 250 do Código de Processo Penal. Por esse motivo, também já existem diversas técnicas especiais de investigação/obtenção de prova previstos na legislação brasileira, estes mais apropriados, portanto, à apuração de ações derivadas desse tipo de criminalidade. Nesse sentido, conforme sabiamente explicita Jeferson Botelho Pereira⁴⁸:

(...) é preciso que a investigação criminal seja tratada no modelo empresarial, num viés arrojado, com gestão de meios, pessoal, ações e estratégias, devidamente articuladas pelos diversos órgãos que compõem o sistema de persecução criminal, cada qual agindo nos limites da lei, sem o famoso jogo de vaidades, sem predomínio de poder, sem prevalência de um órgão sobre o outro. Mesmo porque todos têm o seu nível de importância no contexto global, a fim de se buscar os verdadeiros interesses que norteiam os valores da sociedade, desiderato colimado, e nem queiram argumentar acerca do fundo ético do direito penal para atacar a nova técnica de infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas com o intuito de produzir as provas necessárias para o estancamento da hemorragia do crime organizado que tanto mal causa à sociedade, considerando que aético mesmo é a associação de malfeitores, asseclas desalmados, terroristas urbanos, sanguessugas da paz social, concertadamente reunidos (...), com o objetivo de obter direta ou indiretamente,

⁴⁸ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais (...).

Não é sempre que vemos a utilização da infiltração de agentes no cotidiano policial brasileiro, sendo esta uma medida ainda raramente utilizada em nosso cenário jurídico investigativo. No entanto denota-se que dita técnica especial de investigação se revela bastante eficaz em outros países, notadamente no combate ao narcotráfico internacional, gerido por grupos criminosos surpreendentemente organizados, como já demonstrado.

Para além disso, compreende-se que a conveniência da medida está estritamente atrelada à amplitude da atribuição para sua execução, haja vista que, como vimos, em países onde a infiltração pode ser executada por particulares, como nos Estados Unidos da América, é possível obter resultados destacadamente satisfatórios no enfrentamento do fenômeno das organizações criminosas.

Inobstante se exija – a rigor – uma efetiva preparação para a execução da infiltração de agentes, sendo presumível que, da atuação por cidadãos comuns, alheios aos quadros da polícia, podem advir alguns embaraços, como: a exposição a riscos; a falta de compromisso; e a ausência de confiança no particular, não se pode olvidar que, na conjugação desses dois meios de obtenção de prova – colaboração premiada e infiltração de agentes –, o indivíduo que atuará auxiliando na apuração dos fatos delituosos será necessariamente um investigado colaborador, ou seja, um indivíduo que possivelmente já integrará a organização criminosa sob investigação, fato que provavelmente irá dirimir os riscos decorrentes da execução dessa medida. Além disso, não se espera que o eventual delator atue com negligência, haja vista a possibilidade de se auferir relevantes benefícios judiciais com a efetiva colaboração.

Com base nas premissas postas, afigura-se essencial, em nosso sentir, a reflexão que circunda a possibilidade de mitigação da atribuição para a infiltração de agentes no direito penal brasileiro, especialmente nas investigações que versam sobre a prática do delito de pertinência à organização criminosa, não se perdendo de vista que as consequências desse tipo penal são nefastas, causando graves e, por vezes, irreparáveis

males para a sociedade. Decerto, conceber a conjugação de duas (ou até mais) técnicas especiais de investigação, nos termos aqui professados, é aperfeiçoar as formas de meios investigativos com o desiderato de ao menos tentar refrear esse tipo de criminalidade e, conseqüentemente, seus fatídicos efeitos deletérios para o tecido social.

A defesa dessa vertente jurídico-processual ganha, ainda, relevância demasiada dentro do cenário apuratório voltado para o combate a organizações criminosas, porquanto – a um só tempo – prestigia-se a nítida eficácia desses dois valorosos institutos (infiltração de agentes e colaboração premiada), os quais, se legalmente utilizados, podem ser extremamente eficientes no combate aos conglomerados delitivos organizados, considerando, ademais e concluindo, a rigor, que tais meios de obtenção de prova foram trazidos ao nosso cenário jurídico-legislativo justamente como técnicas apuratórias destacadas no enfrentamento significativo e auspicioso do crime organizado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Stephanie Mendes. **A infiltração de agentes como meio de prova consoante as disposições da nova lei das organizações criminosas**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacoes-criminosas/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ESPAÑHA. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ministerio de Gracia y Justicia. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**.

Espanha, 1982. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

JUSBRASIL. **Jusbrasil**: Conectando pessoas à Justiça. c2022. Página inicial. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

JUSBRASIL. **Infiltração de agentes. Técnica investigativa de combate ao crime organizado**. Disponível em: <<https://jus.com>>.

br/artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado>. Acesso em: 21 fev. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 915-927.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius, **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2006.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELO, Itamar. **Um Camaleão do Crime. Paul Lir**: o traficante brasileiro que enganou todo mundo. GZH Geral, 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-traficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACCEI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Infiltração de agentes. Técnica investigativa de combate ao crime organizado**. Jus, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

PORTUGAL. Lei nº 101/2001. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. **Diário da República Eletrónico**. Portugal, 2001. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/101-2001-515636>>. Acesso em: 3 mar. 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87. Código de Processo Penal. **Diário da República Eletrónico**. Portugal, 1987. Disponível

em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58543319>>. Acesso em: 3 mar. 2022.

SILVA, Luciano A. S. O Agente Infiltrado. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20brasil%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico):** processo penal. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 2 fev. 2022.