

## A INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO<sup>1</sup>

Lucas Stein Ferreira Rego Erzinger

Com a seguinte temática “A infiltração de agentes na organização criminosa e a violação ao princípio da não autoincriminação, o presente artigo pretende analisar em que medida ocorre a violação do direito ao silêncio e ao princípio da não autoincriminação, especificamente no âmbito da infiltração policial. Assim, durante o projeto de pesquisa, foram levantados aspectos decorrentes da persecução penal, notadamente sob a ótica constitucional e seu sistema garantista, e, portanto, adotando uma metodologia integralmente dogmática. Pois quando ocorre a investigação criminal, o investigado acaba por ser vítima do próprio delito, de modo que acaba produzindo provas contra si mesmo quando são utilizados métodos de colheita de provas, como a infiltração policial, o que não pode ser tolerado num Estado Democrático de Direito. Por derradeiro é importante ressaltar que o direito ao silêncio não pode ser utilizado em malefício do acusado, quer dizer, se manter calado é direito, e como prerrogativa não pode ser confundido como comportamento conivente. Por isso, para ser mais esclarecedor, a máxima popular “quem cala consente” não pode ser aplicada dentro da persecução penal.

---

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado à disciplina de TCC2, vinculado ao Projeto de Pesquisa, e à linha de Pesquisa Crimes de Powerfull e os Aparatos Organizados de Poder, Políticas Criminais de Contenção, os modelos de Perda de Bens, as novas Tecnologias de Combate à Criminalidade e a Recuperação de Ativos, sob a orientação do Professor Guilherme Rittel.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	02
<b>1. DIREITO AO SILÊNCIO</b> .....	04
1.1 Origem Norte Americana do Direito ao Silêncio.....	04
1.2 Extensão do Direito ao Silêncio.....	09
1.3 Limites para busca da verdade real.....	11
1.4 A vedação de provas ilícitas.....	12
<b>2. INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA</b>	
2.1 Agente Infiltrado x Agente Provocador x Agente Encoberto.....	14
2.2 Colheita de provas.....	17
2.3 Relatórios da infiltração policial.....	20
2.4 Análise da infiltração com eficiência e respeito as garantias constitucionais.....	21
<b>3. COLISÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO INCIRMINAÇÃO</b>	
3.1 Violação do Direito de Não Produção de Provas Contra Si Mesmo.....	23
3.2 Análise das condutas ativas e passivas do agente infiltrado.....	26
3.3 Análise das condutas ativas e passivas do investigado.....	29
3.4 Ação controlada como medida alternativa de combate ao crime organizado.....	30
<b>4. CONCLUSÃO</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	33

## INTRODUÇÃO

A infiltração de agentes aperfeiçoa seu *modus operandi* com o advento da nova Lei 12.850/2013, que trata com exclusividade das organizações criminosas. Assim, como uma resposta do Estado em face ao avanço dos ataques criminosos, a infiltração de agentes se mostra uma técnica avançada do ponto de vista da eficiência.

No entanto, não obstante esses fatos, este artigo pretende levantar aspectos polêmicos e relevantes do ponto de vista constitucional, neste ato, numa perspectiva dos princípios processuais do processo penal e da Constituição Federal.

O direito ao silêncio é uma conquista do Estado do Democrático de Direito e deve ser preservado das arbitrariedades estatais e, nesse aspecto, o presente estudo visa analisar em que medidas ocorrem essas violações contra o *nemo tenetur se detegere* e o princípio da não autoincriminação.

Trazendo à baila as mais abalizadas doutrinas e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, para demonstrar como a infiltração policial deve ser evitada, pois ocorrem diversas supressões de direitos, como: direito privacidade; intimidade; inviolabilidade domiciliar; entre outros, conforme será demonstrado.

Feitas estas breves considerações, durante trabalho o leitor irá se deparar com discussões que apontam as consequências da infiltração policial em face das garantias constitucionais dos indivíduos alvos de investigação.

## 1. DESENVOLVIMENTO

### CAPÍTULO 1 - O DIREITO AO SILÊNCIO

#### 1.1 A REGRA CONSTITUCIONAL

Primeiramente, a Constituição Federal inseriu dentro dos direitos fundamentais o direito ao silêncio em seu art. 5º, inc. LXIII, que assim dispõe: “o preso será informado de seus

direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.<sup>2</sup>

Esta regra constitucional supracitada deixa entrever a intenção de assegurar, dentro dos direitos e garantias constitucionais, a impossibilidade do indivíduo que está sendo investigado ser compelido a produzir provas contra si próprio.

Poder-se-ia argumentar no sentido da limitação de sua aplicabilidade, segundo a diretriz constitucional, a qual só teria validade perante os presos, por força da redação restritiva deste dispositivo da Carta Magna. No entanto, esta redução não é adequada, em vista as regras básicas de interpretação que estão ligadas aos direitos fundamentais, dentre as quais denotam a necessidade de se conferir a um dispositivo dentro da Constituição, a interpretação que mais eficácia lhe aproveite.

Para ser mais exato, o direito ao silêncio é prerrogativa constitucional direcionada aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, não importando se estão submetidos à prisão, respondendo processos ou a qualquer acusação.

Antes de aprofundar ao tema, como regra, o direito ao silêncio não atinge a testemunha que vai depor perante o magistrado. Ora, a testemunha presta o cumprimento legal de dizer a verdade sobre tudo o que lhe for perguntado, do contrário incorre em crime de falso testemunho, conforme adiante será melhor explorado.

Por outro lado, para Couceiro, sobre a garantia constitucional do direito silêncio, entende que “Porém, há casos em que o direito ao silêncio da testemunha sobre o fato de terceiro terá caráter constitucional. Assim o art. 5º, VI, da CF, ao estabelecer que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Também, o art. 5º, XIV, da CF, confere à testemunha o direito de silenciar sobre fato de terceiro ao determinar que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>Art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal do Brasil.

<sup>3</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 232.

## 1.2 ORIGEM NORTE AMERICANA DO DIREITO AO SILÊNCIO

O *privilege against self-incrimination* está previsto no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América através da 5ª Emenda Constitucional, que garante que “no [...] *person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.*”<sup>4</sup>

Portanto, diz respeito a uma proteção extensa, que engloba: (i) os acusados; (ii) as testemunhas; (iii) os submetidos à persecução penal; (iv) e os potenciais indivíduos que possam ser acusados.

A positivação do direito ao silêncio foi influenciada pelo direito norte-americano, notadamente a partir do caso *Miranda v. Arizona*, em 1996, data que marcou a tese de que a serventia a ser conferida sobre as declarações feitas por um indivíduo a polícia, são inúteis, se a este não foi informado sobre seu direito de permanecer em silêncio.

O conhecido “Aviso de Miranda”, mais conhecido como “*Miranda Rights*”, de origem norte-americana, se correlata com o direito fundamental do acusado de ficar calado, e da não produção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

A Suprema Corte Americana, na década de 60, absolveu o acusado, condenado com base na confissão de maneira ilícita, isto é, através de confissão sem que a ele fosse dado o direito de ser assistido por um advogado e de permanecer em silêncio.

Deste acontecido em diante, os agentes policiais, no ato da prisão, passam a comunicar o indivíduo sobre seus direitos de permanecer em silêncio e de ser assistido por um advogado, e que tudo que o preso falar poderá ser usado contra si mesmo.

## 1.3 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O direito ao silêncio tem como definição a prerrogativa de um indivíduo investigado permanecer calado durante a persecução penal, mas para além disso, de modo que o seu silêncio não o prejudique.

---

<sup>4</sup> Art. 5º, Emenda Constitucional, Estados Unidos da América.

No entanto, este direito não se restringe apenas como garantia constitucional conforme já mencionado, pois também existe a previsão do direito ao silêncio no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado PIDCP), como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica). A questão reside se o direito se refere apenas ao processo penal. A redação do art. 14, p. 3º, g, do PIDCP assim prevê “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.”<sup>5</sup>

Enquanto o Pacto se refere a “toda pessoa acusada”, por outro lado a Convenção apenas se refere a “toda pessoa”. Na visão do Professor Couceiro “[...] Portanto, a garantia abrange todas as pessoas que participam da instrução do processo penal (não só o acusado, mas também a vítima, o querelante as testemunhas e o perito [...])”<sup>6</sup>

Ainda, para Couceiro, entende que o direito ao silêncio pode atingir a pessoa jurídica, quando se tratar de responsabilidade penal, e, outrossim, se estende ao menor que pratica ato infracional.<sup>7</sup>

Um fato que causa divergência entre a posição deste doutrinador, é que em contrapartida, o Código Penal assim prevê “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral”.<sup>8</sup>

Ou seja, o legislador criminalizou o simples ato de uma testemunha ficar em silêncio durante seu depoimento, enquanto que Couceiro sustenta a tese de que o direito ao silêncio se estende até a testemunha.

---

<sup>5</sup> Art. 14, p. 3º, g, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/1992).

<sup>6</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

<sup>7</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 133-134. “Tal direito estende-se também: 1. À pessoa jurídica (nos casos em que se admite sua responsabilidade penal), pois não é lícito ao intérprete restringir no que a lei não restringiu (sobretudo em tema de garantias individuais); 2. Ao menor acusado da prática de ato infracional (por força do art. 227, p. 3º, da CF); 3. Ao investigado em procedimento administrativo disciplinar (por força do art. 42, p. 2º, da CF).”

<sup>8</sup> Art. 342, caput, do Código Penal.

Pois diferente da figura do réu, o qual se presta apenas se defender no processo, a testemunha por sua vez, encontra-se em liberdade, e sua utilidade se concentra com o fim de auxiliar o magistrado a formar seu íntimo convencimento, de modo que o termo “essa é a testemunha do autor”, se trata de um termo equivocado, porquanto a testemunha é do processo, e não de alguma das partes.

O direito ao silêncio para o suspeito do crime e para a testemunha, na visão de Couceiro, leciona da seguinte forma. De início, que o suspeito do crime possui a prerrogativa de permanecer quieto, independente do motivo, e da área do direito em que trâmite o processo.<sup>9</sup> Já o fenômeno do direito ao silêncio para a testemunha se desdobra da seguinte maneira. Enquanto permanecer em silêncio aparenta ser apenas uma prerrogativa, na verdade ela tem consequências jurídicas, e reflete na ausência de responsabilização da testemunha que se cala perante a esfera não só penal, mas administrativa e civil.<sup>10</sup>

Neste contexto, o art. 342 do Código de Penal é o inverso do que sustenta Couceiro, porque o legislador criminalizou a testemunha que se cala, mas por outro lado, o doutrinador defende que o direito ao silêncio se estende a testemunha, de modo que esta não precisa responder a todas perguntas, podendo legalmente permanecer calada.

Para Zanella o direito ao silêncio é um conceito mais amplo, isto é, o ato de permanecer em silêncio diante de questionamentos atinge não apenas quem se encontra com a liberdade cerceada, mas também aquele que está sendo investigado.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149-150. “O imputado tem sempre o direito de calar, quer para evitar sua responsabilização penal, quer para escapar da responsabilidade civil ou administrativa, ou ainda, para não prejudicar ou beneficiar terceiro. Pode, ainda, calar sobre fato que tenha praticado ou sobre fato praticado por terceiro Seu direito de calar, assim, é amplo, mas não absoluto (tendo em vista a tipificação das condutas de auto acusação falsa, calúnia difamação caluniosa).”

<sup>10</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150. “Quanto à testemunha, no processo penal, a garantia consagrada nos tratados é ampla. Assim, ela tem o direito de calar não só para evitar sua responsabilização penal, mas ainda civil e administrativa. As testemunhas, no processo civil, também gozam de proteção ampla, mas dada pela lei ordinária (art. 406, I, do CPC).”

<sup>11</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 70. “Assim, não só o preso, mas qualquer acusado possuem o direito ao silêncio e de não se auto incriminar com suas próprias declarações. Muitos chamam este direito, portanto, de “direito de não autoincriminação” ou nemo tenetur se detegere ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja se auto acusar.”

Nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira, o direito ao silêncio permite que o acusado “permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, e impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária a seu interesse”.<sup>12</sup>

Para visualizar melhor como ocorre a aplicação do direito ao silêncio, é necessário visualizá-lo na de maneira prática, mais precisamente durante o interrogatório do acusado.

Por conseguinte, uma vez iniciado o interrogatório deve o juiz cientificar o réu sobre o que se trata o processo, explicando qual a natureza daquela acusação, posteriormente, será informado sobre seu direito de permanecer quieto, e mais, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo.

Segundo o art. 198 do Código de Processo Penal, “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”<sup>13</sup>

Ou seja, a letra do Código Penal é clara ao prever que silêncio não importa em nenhuma espécie de confissão, e que poderá ser utilizado para o convencimento do juiz, assim, o silêncio não se confunde com presunção de veracidade dos fatos imputados ao suspeito.

Muito embora a parte final deste artigo não ter sido recepcionada pela Constituição Federal, que garante o direito de permanecer calado, não faria sentido que este direito de permanecer em silêncio, possa ser usado contra o réu quando da persecução penal.

Para melhor elucidação, nas palavras de Zanella “Assim, eventual condenação do réu que permaneceu em silêncio no ato de interrogatório não terá jamais este (silêncio) como base, mas sim, outros elementos de prova colhidos na instrução.”<sup>14</sup>

O direito ao silêncio deve ser exercido de maneira integral ou parcial, isto é, o réu pode manter-se em completo silêncio, e se não quiser, pode não responder a nenhuma pergunta feita pelo julgador, ou responder a apenas uma pergunta, ficando esta prerrogativa a sua escolha.

---

<sup>12</sup> De acordo com OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. (2016, p. 41, *apud* ZANELLA, 2016, p. 70-71, O direito ao silêncio permite que o acusado “permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, e impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária a seu interesse”.

<sup>13</sup> Art. 198, do Código de Processo Penal.

<sup>14</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 73.

Não obstante o fato de que os direitos fundamentais não serem absolutos, outrossim, não significa dizer que o silêncio do réu deverá ser usado para interpretação contra o próprio acusado, mesmo na fase final do procedimento, pois o juiz deverá analisar todas as provas colhidas durante a instrução do processo, para a formação do seu livre convencimento.

#### 1.4 A EXTENSÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

Este direito conforme já aludido é mais amplo do que se apresenta, e assim, sua extensão deve ser analisada de maneira mais ampla, conforme se verá.

Para a maior parte da doutrina o direito ao silêncio se estende, e é possível até mesmo mentir. Para Zanella, entende o alcance do direito ao silêncio como a conduta do suspeito em simplesmente não colaborar com as investigações, mas é claro, não se trata de macular a persecução penal, usando de outros artifícios ilícitos, e tão somente o fato de não querer ajudar na resolução do caso.<sup>15</sup>

Diante disso, é cediço que o direito ao silêncio e o princípio da não autoincriminação são abrangentes, e não se prestam a apenas se calar diante as indagações de uma investigação, mas também, ao direito de não colaborar com fase probatória da persecução penal.

Neste passo, outro desdobramento do direito ao silêncio, se encontra no artigo 260 do Código de Processo Penal, que assim dispõe “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.”<sup>16</sup> A grande polêmica está no tocante a autorização da condução coercitiva do acusado para fins de reconhecimento, porque viola as garantias constitucionais da presunção de inocência e do direito ao silêncio, porquanto a presença do réu no processo é um direito, não um dever. Logo, não sendo o imputado objeto do processo e não estando obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ato probatório, sua presença

---

<sup>15</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 76. “Questão muito importante é o alcance do direito ao silêncio (e do princípio da não autoincriminação). Para a doutrina majoritária, não se auto incriminar abrange não somente o direito de ficar calado como também o direito de mentir – e até imputar crimes a outras pessoas, como no subitem anterior – e, ainda, o direito de não participar de nenhuma medida probatória.”

<sup>16</sup> Art. 260, do Código de Processo Penal.

física nas audiências ou atos de reconhecimento de pessoas, não deve depender de autorização das autoridades, mas sim de seu livre arbítrio.

Apenas é justificável a condução coercitiva se houver alguma dúvida quanto à identidade do acusado e o juiz entender ser necessária sua presença física no ato. Ainda assim, a condução seria facultativa, nunca um dever jurídico.

A respeito desse aspecto, Eugênio Pacelli defende a tese de que a condução coercitiva é totalmente reprovável, pois fere o princípio da presunção de inocência, ora, ainda não há certeza absoluta de quem praticou o crime.<sup>17</sup>

Outro grande entrave sobre o reconhecimento de pessoas, foi de que o Supremo Tribunal Federal, em 14/06/2018, durante o julgamento das arguições de preceito fundamental 395 e 444, por maioria de votos declarou inconstitucional o artigo 260 do Código de Processo Penal, que autoriza a condução coercitiva do imputado para fins de interrogatório, e o ponto nevrálgico, que este dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal.

No entanto, sobre outro aspecto da extensão do direito ao silêncio na visão de Zanella, em abranger o direito de mentir, assim leciona “Discorda-se desta interpretação, por entendermos descabida e não respaldada nem na Constituição Federal nem nos tratados internacionais de direitos humanos.”<sup>18</sup>

Embora a doutrina majoritária tenha entendimento divergente, de que as condutas passivas como o reconhecimento de pessoas não estão abrangidas pela autodefesa, na verdade estão sim amparadas pelo princípio da não autoincriminação, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal. Sem prejuízo das considerações apontadas, notadamente durante a recusa do investigado em acatar determinadas ordens, quando lhe forem flagrantemente prejudiciais e com possibilidade de autoincriminação, estará amparada pelo exercício da autodefesa e, portanto, não caracteriza o crime de desobediência.

---

<sup>17</sup> OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41. “Desse modo, também a condução coercitiva prevista na primeira parte do art. 260 do CPP, quando determinada para simples interrogatório – meio de defesa, no qual o acusado não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade -, é de se ter por revogada, igualmente por manifesta incompatibilidade com a garantia do silêncio.”

<sup>18</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 77.

### 1.5 LIMITES PARA A BUSCA DA VERDADE REAL

O conceito de verdade real no processo penal é muito importante, pois o direito penal é a *ultima ratio*, e durante o julgamento o magistrado não presenciou os fatos que estão sendo alvo de investigação, sendo que ainda existem diversas circunstâncias que permeiam a persecução penal e podem macular a investigação.

Um traço marcante do processo penal que caracteriza a sua essência, é o fato de que ante a ausência da resposta de uma acusação, fará com o que o juiz nomeie um defensor dativo para o acusado, o que com outras áreas do direito acontece de maneira diversa.

Muito embora a busca pela reprodução fiel do acontecido, o devido processo legal estabelece limites à busca da verdade real, nas palavras de Zanella “[esta não pode ser caçada a qualquer preço, nem justificar eventuais desvios das autoridades encarregadas da investigação e da persecução das provas. Por isso, em respeito às garantias do cidadão e à própria credibilidade da Justiça, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.”<sup>19</sup>

Sobre o tema, na visão de Jorge de Figueiredo Dias, sustenta que a verdade, “não sendo absoluta ou ontológica, há de ser, antes de tudo, uma verdade judicial, prática, e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer custo, mas processualmente válida.”<sup>20</sup>

Ante o exposto, a busca da verdade real deve ser pormenorizada, à luz dos direitos fundamentais e do princípio da não autoincriminação, sob pena de violação destas prerrogativas que todos os investigados e presos possuem.

### 1.6 A VEDAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal de 1988 consagrou como um de seus princípios mais importantes a vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito processual.

---

<sup>19</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 80.

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. 1974, p. 193-194, *apud* ZANELLA, 2016, p. 81. “Não sendo absoluta ou ontológica, há de ser, antes de tudo, uma verdade judicial, prática, e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer custo, mas processualmente válida.”

O citado princípio encontra-se inserido no longo rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no art. 5º, LVI, o qual prescreve: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.<sup>21</sup>

No processo penal para a proteção dos direitos fundamentais, contempla a teoria da árvore dos frutos envenenados, isto é, se uma prova deriva de origem ilícita, por mais que seja evidente seu conteúdo de maneira a comprovar a culpa ou dolo do investigado, esta deverá ser retirada do processo, sob pena de nulidade.

Considerando que a prova ilícita é vedada, logo toda a prova que provenha dela também o é, evidentemente. Uma vez que existe relação necessária entre as provas, sendo que a prova derivada somente poderá ser obtida a partir da originária.

O art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal dispõe: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”<sup>22</sup>

Segundo o raciocínio de Antônio Magalhães Gomes Filho, “como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.”<sup>23</sup>

Assim, o direito à prova encontra limitação e se submete ao devido processo legal. Porquanto, é prerrogativa do juiz indeferir determinada prova que julgue impertinente ou meramente protelatória, de acordo com os artigos 400, § 1º e 411, § 2º, ambos do Código de Processo Penal.

Ada Pellegrini Grinover considera ilícitos os meios de prova tanto aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico como também “os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.”<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

<sup>22</sup> Art. 157, §1º, do Código de Processo Penal.

<sup>23</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 91.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 98.

Portanto, é nítido que o legislador observou desde o início da persecução penal as garantias constitucionais, pois a busca da verdade real não pode se sobrepor aos direitos fundamentais.

Ademais, o processo penal deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, que por sua vez apresenta uma dupla faceta: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. Isto significa que a tutela estatal não pode, de um lado, ser imoderada em face do acusado, nem de outro, ineficaz para apurar os fatos dentro da investigação.

## **CAPÍTULO 2 – INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - 2.1 AGENTE INFILTRADO x AGENTE PROVOCADOR x AGENTE ENCOBERTO**

A lei 12.850/2013 define a organização criminosa, e dispõe sobre os meios de investigação criminal, como por exemplo: a infiltração de agentes; e os meios de obtenção de provas, ainda, altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal, e revoga a Lei 9.034/95, e, por fim, regulamenta outras providências.

Inclusive, a lei supracitada altera o *nomen iuris* do delito “quadrilha ou bando” para “associação criminosa”, modificando também, o número mínimo de integrantes, tornando requisito para este crime específico pelo menos três integrantes, que outrora era de “mais de três”, para atualmente “três ou mais”.

Inicialmente, cabe destacar que as figuras do agente infiltrado, provocador e encoberto, não se confundem, pois são distintas, respectivamente. Zanella ensina que “O agente infiltrado é um policial, selecionado e treinado, que, com respaldo legal e autorização judicial, será dissimuladamente integrado à organização criminosa com a finalidade de angariar provas dos crimes cometidos (ou dos que ocorrerão no curso da diligência) e da respectiva autoria, bem como para buscar, se possível, seu desmantelamento.”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 183.

A figura do agente infiltrado, pode ser entendida como uma extensão dos olhos do Estado (o detentor do *ius puniendi*), a atitudes suspeitas, a fim de combater a criminalidade organizada.

Por outro lado, Zanella leciona que “o agente provocador é o agente público ou particular que, sem respaldo na lei e sem autorização judicial, induz ou instiga conduta criminosa de alguém que não tinha este propósito, com o fito de prendê-lo em flagrante delito e obter provas”<sup>26</sup>

Ademais, a infiltração policial se distingue por estar prevista em lei, e, outrossim, o infiltrado não deve, em nenhuma hipótese, instigar o investigado à prática de crime, isto é, depreende-se que a infiltração policial é feita com base na dissimulação, com vistas a obtenção de confiança por parte da suposta organização criminosa.

Ou seja, este flagrante notoriamente chamado de “flagrante preparado”, como o próprio nome se refere, trata da atividade de um terceiro que instiga, convence, e facilita a prática de crimes de um determinado indivíduo alvo de investigação, e, portanto, nulo de pleno direito. Porquanto, não há dolo, pois a vontade do investigado foi corrompida pela conduta do agente provocador, e, sobre esse entendimento, a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal é clara nos seguintes termos “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.<sup>27</sup>

O agente encoberto é chamado de “polícia à paisana”, isto é, o policial travestido de civil, e, por sua vez, começa a frequentar a determinados lugares à espera de cometimento de crime para proceder com o flagrante.

Na ótica do Dr. Wellington Cabral Saraiva conceitua o agente encoberto como: “Agente infiltrado ou agente encoberto é o investigador (na maioria dos casos, policial) que, com a autorização competente, assume identidade fictícia no curso de investigação criminal e se incorpora, de forma mais ou menos próxima, a atividade criminal em andamento, por maior ou menor período, para conquistar confiança dos investigados, com a finalidade de obter

---

<sup>26</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 184.

<sup>27</sup> Súmula 145, do Supremo Tribunal Federal.

elementos que de outro modo dificilmente se conseguiriam. Consiste em uma das chamadas técnicas especiais de investigação (TEI).”<sup>28</sup>

O agente encoberto também se difere das demais modalidades supracitadas de disfarce, pois este não precisa de autorização judicial, e, não integra a organização criminosa.

Vale destacar que, a doutrina também diferencia o agente infiltrado do agente de inteligência. Pois em essência a distinção se dá em razão da finalidade e amplitude da investigação. Enquanto o agente de inteligência tem uma ação preventiva e genérica, buscando informações de fatos sociais relevantes ao governo, o agente infiltrado possui finalidade repressiva e investigativa, visando a obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas."

Outro aspecto importante sobre esse instituto é o de qual seria o momento correto para recorrer a essa prática de investigação e colheita de provas.

O fato causa divergência doutrinária e faz surgir duas correntes distintas, a minoritária defendida por Guilherme Nucci, sustentando que “a infiltração pode ocorrer a qualquer momento”.<sup>29</sup>

Em contrapartida, a corrente majoritária nas palavras de Renato Brasileiro de Lima “somente pode se dar na fase de investigação”<sup>30</sup>

Em uma análise mais profunda, a partir da lei 12.850/2013, a infiltração de agentes só pode ser admitida conforme expressa previsão do art. 10º, que contempla as hipóteses dessa medida de investigação.

Diante do exposto, fica claro que a principal diferença entre o agente infiltrado e provocador, reside no fato de que, o primeiro encontra previsão legal, e, em nenhum momento induz ou instiga a prática de crimes por parte do investigado. Em contrapartida, o agente provocador, além de ser extremamente criticado pela doutrina, não encontra amparo legal na

---

<sup>28</sup> SARAIVA, Wellington Cabral. **A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade: Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado**. 1. ed., Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 205.

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 86

<sup>30</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**. 2. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 569.

legislação, e, não bastando a dissimulação para ganhar a confiança da associação criminosa, ainda, instiga, provoca a prática de diversos crimes, violando as prerrogativas dos acusados.

## 2.2 COLHEITA DE PROVAS

O art. 3º, VI, da Lei 12.850/2013 previu a obtenção de provas no curso de investigação ou processo criminal envolvendo membros de organizações criminosas o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. Assim, conforme a legislação, o policial obterá informações sobre: I) à movimentação financeira, que inclui dados de cartão de crédito, empréstimos e outros informes relacionados às finanças particulares do investigado; II) à movimentação bancária, ou seja, aos extratos de contas, empréstimos consignados e aplicações em bancos; III) e ao sigilo fiscal, isto é, aos informes prestados junto às Fazendas (Federal, Estadual, Municipal).<sup>31</sup>

Entretanto, constituem-se como direitos invioláveis à intimidade e à vida privada, contemplados pelo art. 5º, X, da Constituição Federal.

Neste passo, os sigilos bancários e financeiros são regidos pela Lei Complementar 105/2001, a qual, em seu art. 1º, § 4º, estabelece as hipóteses de afastamento para apuração de ilícitos penais.<sup>32</sup>

É cediço que a quebra de sigilo bancário é grande aliada no combate ao crime organizado, em especial para rastreamento do dinheiro obtido com o crime (produto) ou a partir dele (proveito) e posteriormente, seu bloqueio, pois a apreensão do capital é fundamental para se enfraquecer um grupo criminoso organizado.

Neste diapasão, a quebra do sigilo fiscal possui previsão expressa no art. 198, § 1º, I, do Código Tributário Nacional, acrescida de redação dada pela Lei Complementar 104/2001.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Art. 3º, VI, da Lei 12.850/2013

<sup>32</sup> Art. 1º, § 4º, Lei complementar 105/2001: “A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – do terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – **praticados por organização criminosa** (destaque não presente no original).”

<sup>33</sup> Art. 198, § 1º, do Código Tributário Nacional: “Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a

Nos termos do art. 17-E da Lei 9.613/1998, com redação da Lei 12.683/2012, não obstante a supressão do sigilo de informação, estabelece a importância da divulgação da quebra de sigilo bancário.<sup>34</sup>

Por outro lado, em relação a quebra de sigilo fiscal, esta só deve ocorrer, quando da autorização judicial. De plano, porque ocorre clara violação do direito à intimidade e à vida privada, por fim, em razão de que a própria lei, prevista no Código Tributário Nacional, exige expressamente.

Um ponto polêmico, que causa divergência na doutrina, se trata quanto ao afastamento dos sigilos bancários e financeiro, que ele só poderia ser determinado pelo Ministério Público, sem autorização judicial, com respaldo no art. 8º, IV, da Lei Complementar Federal 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e art. 26 da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), “que autoriza a o membro do *Parquet* a requisição de documentos a órgãos públicos e entidades privadas.”<sup>35</sup>

Outro meio de prova é através da interceptação de comunicações telefônicas e telemática, mais conhecidos na linguagem coloquial como “grampo”, e por sua vez uma importante ferramenta para desvendar informações ocultas e colheita de provas, conforme inteligência do art. 5º, XII, da Constituição Federal.<sup>36</sup>

Zanella conceitua sobre o bem jurídico em questão, qual seja a intimidade e vida privada, que diante da realização de interceptação telefônica, esta só poderá ser feita após a autorização judicial. Assim, o doutrinador preserva o fato de os direitos que são violados em questão, precisam ser protegidos, apesar da possibilidade de quebra de seu sigilo.<sup>37</sup>

---

situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199. Os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça. (destaques ausentes no original).”

<sup>34</sup> Art. 17-E, Lei 9.613/1998, com redação da Lei 12.683/2012: “A quebra de sigilo fiscal, poderá servir de importante destaque peculiar à declaração do imposto de renda, podem consubstanciar-se em formidável material investigatório para confrontar valores, rendimentos e bens declarados por pessoas físicas e jurídicas com a real movimentação financeira ou bancária por elas realizada.”

<sup>35</sup> OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 350.

<sup>36</sup> Art. 5º, XII, da Constituição Federal: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

<sup>37</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 147. “O sigilo das comunicações é um direito fundamental, individual, que faz parte, conforme o caso, da

Outro aspecto que deve ser observado na colheita de provas por intermédio da interceptação telefônica, é o princípio da proporcionalidade. Porquanto, que este tipo de prova é subsidiária, ou seja, não terá cabimento se a prova puder ser feita através de outros meios disponíveis.

A Lei 9.296/1996, a qual traz, em complemento, os seguintes requisitos: I) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Para Zanella, o deferimento do pedido de interceptação telefônica, deve ser muito bem fundamentado, pois a violação da intimidade e vida privada são claras, ou seja, na ótica do autor este instituto não pode ser banalizado.<sup>38</sup>

Logo, a colheita de provas deve respeitar os direitos a intimidade, a vida privada, sob pena de ofensa aos referidos princípios, e nulidade processual.

### 2.3 RELATÓRIOS DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Nos termos do art. 10, § 4º, da Lei 12.850/2013, é determinado que, “findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público”.<sup>39</sup>

Por meio do relatório, tanto o magistrado como o membro do Ministério Público fiscalizam um controle da atividade realizada. Este controle, em verdade, compete a ambos, pelos seguintes motivos, ao juiz porque ele autorizou a infiltração policial, e ao ministério público porque é o titular da ação penal e destinatário dessa prova.

Neste aspecto, há dissenso na doutrina se deve haver formulação de apenas um relatório para o período integral da medida, ou para cada período de 6 (seis) meses, caso haja prorrogação.

---

intimidade ou vida privada, merecendo, por isso, guarida do Estado. Assim, somente poderá ser violado quando, justificadamente, a quebra do sigilo for necessária para salvaguardar outros direitos fundamentais.”

<sup>38</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 148: O termo indícios razoáveis configura o *fumus boni iuris* necessário para qualquer medida cautelar. Somente se defere um pleito de interceptação se houver indicativos plausíveis de que a pessoa que terá sua linha telefônica interceptada seja autor ou partícipe do fato criminoso. O *periculum in mora*, por seu turno é inerente à necessidade de interceptação da conversa enquanto ela ocorrer, para não se perder a prova.”

<sup>39</sup> Art. 10, § 4º da Lei 12.850/2013.

Diante dessa polêmica, para Guilherme Nucci “deve haver um relatório para cada período, para fins de controle judicial e, em especial, para uma análise precisa sobre o deferimento, ou não, da prorrogação da medida.”<sup>40</sup>

Em contrassenso, para Renato Brasileiro de Lima, sustenta que deve ser apresentado apenas um relatório ao final da infiltração, pois a feitura de relatórios para fins de prorrogação da medida pode frustrar a rapidez na obtenção da prova e colocar em risco a segurança do agente infiltrado.

Além do relatório circunstanciado, que ao final é produzido ante a infiltração, a Lei 12.850/2013, prevê no seu art. 10, § 5º, que o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, um relatório da atividade de infiltração.

Isto é, se trata de um relatório parcial do andamento atual apurado e coletado até aquele momento, mas, bem diferente do relatório circunstanciado, que foi elaborado pela autoridade policial, pois o relatório parcial, é produzido pela equipe responsável pela infiltração, a qual compreende o próprio agente infiltrado e os agentes que lhe dão suporte.

## **2.4 ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO COM EFICIÊNCIA E RESPEITO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

O Brasil aprimorou e muito suas técnicas para combate ao crime organizado, com o advento da Lei 12.850/2013. Especialmente, no tocante à infiltração de agentes, a nova legislação é mais completa e abrangente em comparação às anteriores, como por exemplo a Lei 10.271/2001, a qual introduziu o art. 2º, V, na revogada Lei 9,034/1995 e Lei 11.343/2006, respectivamente.

A Lei 12.850/2013, apesar de ser um avanço do ponto de vista técnico e da eficiência, ainda apresenta alguns pontos que deixaram lacuna de interpretação. **Para Zanella, a nova Lei**

---

<sup>40</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Organização criminosa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 170.

12.850/2013, importou dos ordenamentos jurídicos estrangeiros suas principais regras para infiltração de agentes, no entanto, ainda apresenta deficiências.<sup>41</sup>

Outro aspecto importante a se pontuar, é a validade da prova colhida no âmbito da infiltração policial. Zanella entende que “Somente poderá ser autorizada pelo juiz de direito, a partir de representação da autoridade policial ou de requerimento do membro do Ministério Público, se houver indícios das infrações penais e somente se a prova dos fatos não puder ser obtida por outro meio menos invasivo.”<sup>42</sup>

Assim, não basta que haja apenas autorização judicial para iniciar uma infiltração, ora, se trata de uma técnica de investigação extremamente invasiva e coloca em risco a vida dos policiais envolvidos. O que leva a crer, que não deve ser cogitada em regra, apenas, e, tão somente, como último caso.

Outro aspecto que a lei não traz previsão, e gera dúvida, é se o agente infiltrado pode ser ouvido em juízo, e qual a natureza de seu depoimento, isto é, gera a indecisão de como compatibilizar o testemunho com a necessidade de manutenção do sigilo.

Parte da doutrina entende que o agente infiltrado não pode ser ouvido como testemunha, com vistas a proteger sua identidade e segurança. Por outro lado, há quem defenda que o policial infiltrado pode depor como testemunha, e, para melhor elucidação nas palavras do professor Eduardo Araújo da Silva.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 231: “I) Não conceituou infiltração de agentes; II) não exigiu um plano operacional; III) não especificou o alcance da decisão judicial e a possibilidade ou não de extensão do mandado de infiltração para colher provas que demandem autorização judicial; IV) não definiu os exatos papéis do delegado de polícia e do Ministério Público na colheita da prova, sempre se referindo aos dois da mesma maneira, como se tivessem exatamente as mesmas funções; V) não previu qualidades mínimas para uma gente se infiltrar numa organização, como a capacitação ou treinamento; VI) não estipulou a forma de saída do agente infiltrado da organização criminosa; VII) não estatuiu se o agente infiltrado – que deve ter sua identidade preservada – poderá ser chamado a depor em juízo e, se positivo, como se dará seu testemunho.”

<sup>42</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 253.

<sup>43</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas – aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104-106: “é de que o agente infiltrado pode depor como testemunha, assim como qualquer pessoa poderia (art. 202 do Código de Processo Penal), obedecendo seu depoimento às mesmas regras gerais aplicadas ao testemunho de qualquer policial em juízo, ou seja, suas palavras devem encontrar arrimo em outros elementos de prova.”

Ainda, sobre o tema do depoimento do agente infiltrado, existe divergência doutrinária, como relação a se ato perante o juízo deveria ser na qualidade de testemunha comum ou anônimo.

O agente infiltrado deve ser ouvido em juízo como testemunha comum. Sua identidade deve ser mantida em sigilo somente em relação ao público em geral e à imprensa, mas jamais do réu e seu defensor, linha de raciocínio sustentada por Guilherme de Souza Nucci.<sup>44</sup>

Porquanto, para este doutrinador, o art. 12, § 2º, da lei ofende o princípio constitucional da ampla defesa.

Por último, ainda há divergência com relação aos dados do policial infiltrado, que devem ser mantidos em sigilo, inclusive ao defensor, para absoluta proteção da integridade física daquele. Deste modo, o agente infiltrado deverá ser interrogado como testemunha anônima, vedando-se ao procurador a participação em audiência. Pois a argumentação de que os advogados necessitam ter ciência da identidade física do agente para o exercício da ampla defesa não se sustenta, “pois, os réus se defendem dos fatos e não das pessoas”, e, assim sustenta Mendroni.<sup>45</sup>

Diante do exposto, é forçoso pensar que o fato de manter oculta a identidade do agente infiltrado em face do investigado, torna totalmente prejudicada a qualidade da defesa do advogado do réu. Porque não é possível contraditar a acusação pessoalmente, sem contar que os relatórios produzidos a partir da infiltração não podem ser contestados, quer dizer, a verdade é que a defesa se torna incompleta, e é clara a violação da ampla defesa e contraditório.

---

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 91: “Ora, como esse agente poderá depor como testemunha, no futuro, se ficar incógnito? Não se pode admitir uma testemunha sem rosto. Ela não pode ser contraditada, nem perguntada sobre muitos pontos relevantes, visto não se saber quem é. Além disso, todos os relatórios feitos por este agente camuflado – e nunca revelado – não podem ser contestados, tornando-se provas irrefutáveis, o que se configura absurdo para o campo da ampla defesa. A única solução viável para que todo o material produzido por esse agente se torne válido é sua identificação à defesa do acusado, possibilitando o uso dos recursos cabíveis. É responsabilidade do Estado garantir a segurança de seus servidores policiais, não se podendo prejudicar o direito constitucional à ampla defesa por conta disso. O agente pode e deve ficar oculto do público em geral e do acesso da imprensa, mas jamais do réu e seu defensor.”

<sup>45</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 85-86: “Não haverá agentes a se proporem se infiltrar se souberem, antecipadamente, que no futuro advogados poderão ter conhecimento de sua identidade. De considerar, a propósito, que os réus podem trocar inúmeras vezes de advogados durante um só processo, caso em que todos teriam direito de conhecer a identidade do agente infiltrado, descaracterizando por completo o espírito da lei.”

## CAPÍTULO 3 – COLISÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO INCIRMINAÇÃO

### 3.1 VIOLAÇÃO DO DIREITO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO

O *modus operandi* da infiltração de agentes pode ser dividido em oito fases, sendo que se dividem da seguinte forma: 1ª recrutamento; 2ª formação; 3ª imersão; 4ª especialização da infiltração; 5ª infiltração propriamente dita; 6ª seguimento; 7ª pós-infiltração; e 8ª reinserção.

Flávio Cardoso Pereira organiza e conceitua todas as etapas da infiltração<sup>46</sup>

Quando o policial se infiltra na organização criminosa, e, neste ato se enquadra na 5ª fase da infiltração, conforme supramencionado, veste uma máscara, na qual se transforma a partir de um agente público a serviço do Estado, para se passar por um semelhante aos criminosos, isto é, um indivíduo que aparentemente quer se aliar aos investigados.

Diante dessa conduta, o sujeito alvo da investigação, começa a praticar atos que o auto incriminam, dentre as principais: falará o seu nome; praticará condutas típicas, como a venda de drogas; o porte ilegal de armas de fogo não registradas; o cometimento de crimes, como o homicídio, latrocínio, visto que são práticas comuns, naturais a atividades criminosas de alta periculosidade, entre outras condutas que o prejudicaram.

---

<sup>46</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. (2009, p. 116-118, apud ZANELLA), 2016, p. 232-233: “1ª fase: recrutamento – a Polícia Judiciária difunde dentro de seus quadros informações acerca de sua necessidade (exemplo: investigar criminosos da área empresarial), a fim de captar policiais que já tenham alguma predileção por este tipo de investigação. Então, dentro do rol de policiais que se proponham à tarefa, seleciona aquele que apresente características pessoais e profissionais mais adequadas. 2ª fase: formação – o policial selecionado é introduzido num programa de capacitação, para desenvolver qualidades necessárias para uma infiltração. Nessa etapa, objetiva-se que o policial atinja um perfil ideal para ser inserido na organização investigada (no exemplo dado, adquirir um perfil-modelo de um empresário). 3ª fase: imersão – estabelecer uma identidade falsa ao policial e implantá-la, do ponto de vista psicológico. O policial tem que entender que passará um período simulando ser outra pessoa, devendo incorporar outra personalidade. 4ª fase: especialização da infiltração – consiste nas atividades operativas de inteligência, num estudo ainda mais aprofundado sobre organização e possíveis integrantes, o local da infiltração e outros aspectos já sabidos, para preparar o agente da melhor forma possível. 5ª fase: infiltração propriamente dita – o agente infiltrado terá o primeiro contato com os integrantes da organização. Esta fase é considerada de grande risco, devendo haver monitoramento pela equipe de cobertura (e acompanhamento in loco, se possível). 6ª fase: seguimento- agente infiltrado começa a colher provas e informações, repassando-as a uma “cobertura técnica”. Durante todo período o agente segue monitorado pelas equipes de cobertura. 7ª fase: pós-infiltração – procedimento tático para retirar o agente do ambiente da organização criminosa. Devem ser buscadas as melhores alternativas visando à segurança do agente, incluindo as medidas da Lei 9.807/1999. 8ª fase: reinserção – reintegrar o agente à sua vida pré-infiltração, incluindo acompanhamento médico e psicológico para recuperação total de sua verdadeira identidade.” (destaques ausentes no original).

Muito embora a Lei 12.850/2013 contemple em seu objetivo a obtenção de provas a fim de enriquecer o arcabouço probatório visando uma possível condenação dos investigados, é notório que esta atividade de infiltração colide com o direito ao silêncio dos réus envolvidos.

Ora, quando da infiltração policial, já não há mais como se visualizar o direito ao silêncio do indivíduo alvo, pois é evidente que este não agiria da mesma forma se soubesse que aquele a quem acredita ser um terceiro semelhante, na verdade é um agente da lei.

Porquanto, a infiltração policial é uma técnica avançada e só é possível através da dissimulação, mas, por ironia, logo de um policial, aquele agente que detém “a fé pública”.

Neste passo, insta salientar, novamente, a figura do *Miranda Warning*, o marco central do direito ao silêncio e princípio da não autoincriminação. Porquanto, a sua condenação foi revertida ante o fato de que antes de sua prisão, não foi avisado de que tinha direito de ser assistido por um advogado, e, principalmente, que detinha o direito de permanecer em silêncio.

Logo, é notável a relação entre o *Miranda Warning* e o sujeito alvo da infiltração policial, evidentemente porque não há a ciência de que aquele ato de dissimulação por parte do agente público, ora policial infiltrado, na verdade se trata tão somente de uma investigação, onde o suspeito está numa posição totalmente refém na acepção jurídica do termo.

Após o agente de fato já infiltrado dentro da organização criminosa, onde através da dissimulação vai conquistando diariamente cada vez mais a confiança dos envolvidos, e, importante ressaltar que o policial infiltrado jamais age sozinho, Como leciona Zanella, a técnica da infiltração policial exige treinamento não só do policial, pois qualquer deslize pode colocar tudo a perder, inclusive a vida do policial que está infiltrado entre os criminosos.<sup>47</sup>

Esta equipe de suporte é subdivida em cinco setores (ou subequipes): o acompanhamento direto, monitoramento técnico, análise de informações e dados, proteção e coordenação (direta e indireta). A equipe de acompanhamento direto terá policiais que convivem diuturnamente com o policial infiltrado, de modo que sua função é pautada no recebimento das

---

<sup>47</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 239: O agente infiltrado evidentemente não trabalhará sozinho. Ele é apenas um dos segmentos da operação de infiltração. É o segmento interno, responsável pela infiltração imediata. Junto a ele trabalhará uma equipe de suporte (ou apoio, ou cobertura) comumente chamada de segmento externo, que fará a infiltração mediata”.

informações e coletas de provas obtidas pelo agente, outrossim, é responsável por repassar coordenadas e ordens da coordenação.

Portanto, não há como negar a notável colisão do direito ao silêncio quando da infiltração policial, o que não pode ser tolerado de maneira alguma num Estado Democrático de Direito, visto que as forças dos princípios constitucionais não podem ser suprimidas a bel prazer pelo Estado.

A Lei 12.850/2013 se preocupou bastante em proteger o policial infiltrado, pois até prevê a impunibilidade do policial em determinadas condutas típicas praticadas dentro da organização criminosa, especificamente sobre isso, o art. 14 da lei supracitada estabelece os direitos do agente.<sup>48</sup>

Diante do exposto, é palpável a supressão do princípio da não autoincriminação no âmbito da infiltração policial, pois como demonstrado, a ausência da ciência por parte do investigado, é elemento fundamental para a manutenção das garantias constitucionais mínimas.

### **3.2 ANÁLISE DAS CONDUTAS ATIVAS E PASSIVAS DO AGENTE INFILTRADO**

Considera-se conduta ativa toda aquela produzida pelo agente infiltrado da qual exerça por instinto e íntimo convencimento de que lhe pareça a ação mais adequada no âmbito da inserção na organização criminosa. Nesse contexto, entende Isabel Oneto que “**o infiltrado** não induz à uma prática delitiva e sua **conduta pode ser ativa ou passiva**; o provocador é manipulador, pois induz à uma prática delitiva e possui conduta ativa; o encoberto é um observador da conduta criminosa e sua conduta é passiva.”<sup>49</sup> (destaques ausentes no original).

---

<sup>48</sup> Art. 14, I, II, III, IV da Lei 12.850/2013: São direitos do agente - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.”

<sup>49</sup> ONETO, Isabel. **O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 150.

Para se falar em conduta ativa do agente infiltrado, é necessário salientar que esta se dá de maneiras distintas. Primeiramente, sobre condutas consideradas ativas pelo agente infiltrado, se destacam: o simples fato do policial mentir sobre sua identidade, e falsificar documentos para poder comprovar seu discurso “leal”, é caracterizado como procedimento proativo pela doutrina; outro aspecto é o poder de persuasão do policial, que se assemelha a um ator, isto é, mediante a interpretação de uma identidade irreal, ou seja, um personagem, se faz passar por outra pessoa para seus determinados objetivos; a busca e apreensão, ainda que autorizada pelo juízo responsável por aquele processo, porque o que o bem jurídico diretamente afetado é o da intimidade, privacidade e inviolabilidade domiciliar, e como é sabido, o policial infiltrado muitas vezes frequenta diuturnamente a residência dos criminosos, de modo que ao proceder uma busca e apreensão de maneira oculta, esbarra na óbice constitucional prevista em seu art. 5º, XI, assim dispõe: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, **ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador**, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, **durante o dia**, por determinação judicial”.<sup>50</sup>(Grifo nosso).

Muito embora o texto constitucional não ter previsão expressa de qual horário começa e termina o dia, a praxe é entre as 6h e 18h. Notadamente, o constituinte se preocupou em trazer o menor transtorno possível para a vizinhança ao redor, conforme inteligência do art. 248 do Código de Processo Penal, estabelece que “A busca será feita de modo que **não moleste os moradores** mais do que o indispensável para o êxito da diligência.”<sup>51</sup>(Grifo nosso).

Sem prejuízo do que prevê a legislação atual a respeito do horário limite para busca e apreensão, com o advento da nova Lei de Abuso de Autoridade aprovada no Congresso Nacional em 2019, irá mudar a regra vigente, de acordo com seu art. 22, §1º, inc. I, II e III.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Art. 5º, XI, da Constituição Federal.

<sup>51</sup> Art. 248, do Código de Processo Penal.

<sup>52</sup> Art. 22, § 1º, inc. I, II, III, Lei nº 13.869/05/2019: “Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem: I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; II - (VETADO); III - cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).”

A respeito dessa polêmica, o Supremo Tribunal Federal julgou um Recurso Extraordinário de nº 603.616, na data de 05/11/2011, o qual teve a repercussão geral reconhecida, e, por maioria de votos, firmou o entendimento de que a entrada forçada em domicílio só é lícita em determinados casos.<sup>53</sup>

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a busca e apreensão domiciliar é claramente uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para investigação criminal. O ministro admitiu que ocorrem abusos – tanto na tomada de decisão de entrada forçada quanto na execução da medida – e reconheceu que as comunidades em situação de vulnerabilidade social muitas vezes são vítimas de ingerências arbitrárias por parte de autoridades policiais.

Em seu voto, o relator afirmou que a fixação da tese é um avanço para a concretização da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio.<sup>54</sup>

Continuamente, outra conduta ativa do agente infiltrado se trata da captação ambiental, a qual é um meio de prova, e encontra previsão legal no art. 3º, II, da Lei 12.850/2013, que prevê “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízos de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...] – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústico.”<sup>55</sup>

Quanto a validade da prova, faz-se necessário a autorização judicial, pois ocorre a ofensa à intimidade, conforme preceitua Zanella.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Recurso Extraordinário (RE) 603616, Supremo Tribunal Federal, 05/11/2015: [...] a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em **período noturno**, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de **responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente** ou da autoridade **e de nulidade dos atos praticados**.” [destaques ausentes no original]

<sup>54</sup> Recurso Extraordinário (RE) 603616, voto do Relator, Supremo Tribunal Federal, 05/11/2015; “Com ela estar-se-á valorizando a proteção à residência, na medida em que será exigida a justa causa, controlável a posteriori para a busca. No que se refere à segurança jurídica para os agentes da Segurança Pública, ao demonstrarem a justa causa para a medida, os policiais deixam de assumir o risco de cometer o crime de invasão de domicílio, mesmo que a diligência venha a fracassar”.

<sup>55</sup> Art. 3º, II, da Lei 12.850/2013.

<sup>56</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 164: “Porém, para realizar a interceptação ambiental em local privado, a autorização judicial será necessária, por haver ofensa à intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal). Com efeito, o local é de acesso restrito e nele o investigado somente receberá quem autorizar. Desta forma, para inserir aparelhagem de gravação numa casa ou num escritório, os órgãos de investigação necessitarão de autorização judicial.”

Entretanto, a legislação só admite o instituto da captação ambiental somente após a prática do delito (em qualquer fase da persecução penal), como ocorre com a interceptação telefônica, conforme já demonstrado.

### 3.3 ANÁLISE DAS CONDUTAS ATIVAS E PASSIVAS DO INVESTIGADO

Além das condutas do agente infiltrado, se faz necessário tecer apontamentos quanto as condutas ativas e passivas do investigado.

De início, para parte da doutrina o investigado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo no tocante a condutas ativas, como: não pode ser compelido a falar; se mexer; gesticular; escrever algo e participar de ato de reconstituição dos fatos.

Por outro lado, a doutrina diverge quanto a condutas passivas, e que neste aspecto, o investigado não tem como se negar a participar desse tipo de prova.

Atualmente alguns autores ainda insistem defender que o suspeito é obrigado a se dirigir ao ato de reconhecimento de pessoas, porque sua negativa, mesmo com base nos direitos e garantias que lhe assistem durante o procedimento inquisitivo, poderia comprometer o sucesso das investigações.

A despeito dessa perspectiva, fazem uma diferenciação entre cooperação ativa e passiva do suspeito, levantando outra consideração importante, a de que o interesse público deve se sobrepor ao interesse individual, no caso o do Estado em detrimento ao investigado.

Sobre a conduta passiva de comparecer a ato de reconhecimento de pessoas, entende Aury Lopes Júnior que “O artigo 260, no tocante à autorização da condução coercitiva do acusado para fins de reconhecimento, viola as garantias constitucionais da presunção de inocência e do direito ao silêncio, pois a presença do réu no processo é um direito, não um dever.”<sup>57</sup>

Aury Lopes Júnior e Pedro Zuchetti Filho, em 08/03/2019, publicaram na revista online Conjur um estudo sobre “O direito do acusado de não comparecer ao reconhecimento

---

<sup>57</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, p. 578-579.

pessoal”, e sobre as condutas ativas dos investigados entende que as condutas ativas não podem ser obrigatórias em face do suspeito, pois colidem com o princípio da não autoincriminação.<sup>58</sup>

Por outro lado, é necessário analisar as provas invasivas e não invasivas em face do investigado.

Inicialmente, o Código de Processo Penal não traz a definição expressa do que são provas invasivas e não invasivas, muito menos se o réu deve colaborar ou não com a persecução penal.

As provas invasivas são aquelas que, para serem produzidas, necessitam do próprio corpo do acusado, como por exemplo, através: dos exames de sangue; ginecológicos; submissão ao exame de alcoolemia; fornecimento de material genético; e a reprodução simulada do crime ou reconstituição dos fatos.

Por outro lado, as provas não invasivas são realizadas a partir de vestígios do corpo do acusado, como impressões digitais ou fios de cabelo deixados na cena do crime.

Por exemplo, o Estado não é impedido de utilizar para realizar prova pericial, através de material genético e pericial, bem como os materiais descartados, como o exame de DNA a partir de um copo que foi usado pelo investigado. Neste passo, este é o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça.<sup>59</sup>

Diante disso, a conclusão é de que essa prova não pode ser considerada invasiva, eis que a matéria prima dela já não mais pertence ao réu.

---

<sup>58</sup> Acessado em 09/10/2019, link: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/limite-penal-direito-acusado-nao-comparecer-reconhecimento-pessoal#author>, Site: Conjur: “Para esses autores, apesar de haver necessidade da condução coercitiva do suspeito, não pode ser ele compelido a praticar comportamentos ativos, tais como abaixar-se, gesticular, sorrir ou fazer caretas, porquanto essas condutas afetariam seu direito à não autoincriminação. Legítima seria sua condução, durante o desenrolar do inquérito policial, para o local da identificação com a estrita finalidade de fazê-lo comparecer ao ato, sendo tratado como objeto de prova [5], não podendo opor-se à atividade estatal voltada à sua identificação pessoal, vez que não importaria, necessariamente, em autoincriminação[6]”

<sup>59</sup> “[...] 5. No caso, entretanto, não há que falar em violação à intimidade já que o investigado, no momento em que dispensou o copo e a colher de plástico por ele utilizados em uma refeição, deixou de ter o controle sobre o que outrora lhe pertencia (saliva que estava em seu corpo). 6. Também inexistiu violação do direito à não autoincriminação, pois, embora o investigado, no primeiro momento, tenha se recusado a ceder o material genético para análise, o exame do DNA foi realizado sem violência moral ou física, utilizando-se de material descartado pelo paciente, o que afasta o apontado constrangimento ilegal. [...]” (STJ, Quinta Turma, HC 354.068/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 13/03/2018).

Entretanto, seguindo este raciocínio, no âmbito de uma infiltração, se o policial utilizar uma luva para colher as digitais de qualquer indivíduo integrante da organização criminosa, estará configurado a prática da prova invasiva sim.

E como já conceituado, a prova invasiva fere expressamente o princípio da não auto incriminação, pois ela depende da participação direta do réu, o que torna prejudicada a garantia constitucional. Logo, nesse caso, já não importa mais se existe descarte de material genético, porque a ação de apertar a mão de outrem, é algo instantâneo, e não se realiza na ausência de consentimento.

Ora, quando o agente através de sua persuasão, simula um aperto de mãos contra o investigado, está de fato ultrapassando a esfera da proporcionalidade, e atingindo o princípio da não auto incriminação, uma vez que a ação depende da vontade do réu para se consumar.

Diante do exposto, que as condutas ativas são abrangidas pelo princípio da não autoincriminação, é fato incontroverso. Portanto, sem prejuízo destas, as seguintes condutas como: os atos de reconhecimento de pessoa, reconstituição de fatos; condução coercitiva; exigências de que o investigado faça gestos, inclusive faciais, e ou escreva, também devem ser analisados sob a ótica constitucional, pois as condutas passivas, também chamadas pela doutrina de cooperação passiva, acabam colidindo com os princípios da presunção da inocência e não autoprodução de provas.

### **3.4 AÇÃO CONTROLADA E ENTREGA VIGIADA COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

A Lei 12.850/2013 trouxe outros meios de investigação, como a ação controlada e a entrega vigiada, sendo que a primeira encontra amparo nos artigos 8º da lei de organizações criminosas.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> 8º da Lei 12.850/2013: “Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob a observação e o acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.”

Da mesma forma que ocorre com a infiltração de agentes, a ação controlada requer autorização para ser realizada, e é cabível nos seguintes casos: combate ao tráfico de drogas e delitos afins (artigos 33 a 37 da Lei 11.343/2006).

A ação controlada como seu próprio nome faz menção, se presta a aguardar o cometimento de crimes de determinada organização criminosa, mas sem ação policial, ou seja, sem a dissimulação que o agente infiltrado faz uso, muito menos a instigação para o cometimento de crimes, como utilizado na figura do agente provocador, que é a forma que Zanella entende o instituto da ação controlada.<sup>61</sup>

Por conseguinte, é importante estabelecer as hipóteses de cabimento e procedimento da ação controlada. Assim, primeiramente é necessário o conhecimento do trajeto que os entorpecentes irão percorrer, e após isso, a ciência da identidade dos “laranjas”, “mulas” e partícipes, e desta forma é como Zanella organiza esta técnica de investigação e obtenção de provas.<sup>62</sup>

Com o passar dos anos, a prática da ação controlada tem se mostrado muito eficaz, do ponto de vista da sua eficiência e respeito as garantias individuais. E, nesse diapasão, Eduardo Araújo da Silva faz uma análise sobre a ação controlada, e conclui que é uma estratégia mais inteligente, pois preserva os direitos fundamentais dos suspeitos, e, possibilita a prisão dos grandes financiadores do tráfico.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 165: “A ação controlada implica não agir imediatamente ao se ter a notícia sobre um crime, em prol de se reunir, na sequência, durante as investigações, maior número de provas que possam servir à descoberta de outros delitos, reforçar as já existentes, além de descobrir outros membros da organização ou os locais onde estão os produtos, objetos ou instrumentos de crimes.”

<sup>62</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 165: “Na primeira delas a lei exige conhecimento sobre o provável itinerário da droga e a identificação dos agentes (traficantes ou colaboradores), ao passo que, na segunda delas, a lei exige ação praticada ou vinculada à organização criminosa, de forma que devem estar presentes os elementos do conceito definido no art. 1º, p. 2º, da Lei 12.850/2013 (aqui não se demanda prova concreta de que há de fato uma organização criminosa, bastando elementos indiciários acerca de sua existência, visto que estamos diante de uma medida de natureza cautelar, portanto, não é razoável exigir mais do que a verossimilhança do fato – *fumus boni iuris*.”

<sup>63</sup> Acesso em 10/10/2019, link: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/18/acao-controlada-breves-comentarios/>, site: meujuridico.com: “A prática tem demonstrado que muitas vezes é estrategicamente mais vantajoso evitar a prisão, num primeiro momento, de integrantes menos influentes de uma organização criminosa, para monitorar suas ações e possibilitar a prisão de um número maior de integrantes ou mesmo a obtenção de prova em relação a seus superiores na hierarquia da associação, que dificilmente se expõem em práticas delituosas. Daí por que é cada vez mais comum, em investigações criminais relacionadas ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tolerar-se que agentes policiais não efetuem desde logo a prisão dos pequenos traficantes, para possibilitar a prisão do fornecedor do entorpecente ou mesmo do financiador do comércio ilícito.”

A ação controlada se diferencia das demais pois esta não implica em agir imediatamente quando da prática de um crime, pois ela visa reunir outros crimes que ainda vão acontecer, de modo a descobrir outros membros da organização, locais onde estão os produtos do crime e entre outros fatores relevantes para a persecução penal.

O art. 9º da Lei 12.850/2013, relata sobre a possibilidade de manutenção do emprego da ação controlada no seguintes casos.<sup>64</sup> Logo, este instituto visa diminuir significativamente os riscos de fuga e o extravio do produto, objeto ou proveito da atividade criminosa, porquanto a referida lei condiciona o prosseguimento da ação controlada à prévia obtenção de cooperação das autoridades do país vizinho.

Conforme redação do art. 20 da Convenção de Palermo (promulgado pelo Decreto 5.015/2004) se refere às técnicas especiais de combate ao crime organizado, contemplando entre elas, a entrega vigiada.

O instituto da entrega vigiada é definido no art. 2, “i”, como “a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob controle das suas autoridades competentes com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.”<sup>65</sup>

Por derradeiro, a ação controlada e entrega vigiada, são interligadas, conforme estabelece Zanella.<sup>66</sup>

Diante do exposto, a ação controlada se mostra uma técnica de investigação que mantém a qualidade e eficiência na colheita de provas, e principalmente, preserva de maneira ampla os direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>64</sup> Art. 9ª, da Lei 12.850/2013: “Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.”

<sup>65</sup> Art. 20, i, Convenção de Palermo.

<sup>66</sup> ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 167: “Desta forma, a entrega vigiada nada mais é senão uma espécie de ação controlada, na qual o controle da ação estatal (policial ou administrativa) é transferido às autoridades de outro país que colabore com a diligência. Trata-se pois, de uma ação controlada com a cooperação internacional.”

Logo, este instituto pode ser utilizado com mais frequência, com vistas a proteção das garantias fundamentais dos envolvidos.

#### 4. CONCLUSÃO

Devido à falta de meios probatórios suficiente no Código de Processo Penal, outras espécies foram instituídas nos últimos anos no Brasil, sobretudo com o advento das Leis 9.034/1995 e 9.296/96, sem contar a inovação mais recente, com a remodelagem através da Lei 12.850/2013.

Após longos estudos a respeito de organizações criminosas e infiltração policial, foi possível visualizar que embora a doutrina majoritária pense de maneira diversa, o entendimento construído é de que a infiltração policial, embora seja uma técnica eficiente para colheita de provas, em contrapartida, realmente viola diversas garantias constitucionais.

Portanto, não bastasse a incontestável supressão de garantias fundamentais que são feitas quando da infiltração de agentes na organização criminosa, ainda esta prática coloca em risco não só a vida dos policiais envolvidos, mas também a segurança de seus familiares.

Logo, a conclusão é de que o instituto da infiltração policial deve ser usado apenas como última alternativa, em razão de todos os aspectos neste artigo que foram levantados.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**. 2. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**.



ESCOLA DE  
**DIREITO**

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARAIVA, Wellington Cabral. **A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade: Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado**. 1. ed., Salvador: JusPODIVM, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas – aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013**. São Paulo: Atlas, 2014.

Site: Conjur, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/limite-penal-direito-acusado-nao-comparecer-reconhecimento-pessoal#author>; acessado em 09/10/2019.

Site: meu jurídico.com, disponível em: [https://meusitejuridicoeditora\\_juspodivm.com.br/2017/05/18/acao-controlada-breves-comentarios/](https://meusitejuridicoeditora_juspodivm.com.br/2017/05/18/acao-controlada-breves-comentarios/), acesso em 10/10/2019.

OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas**. Coimbra: Coimbra, 2005.

**Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos** (Decreto nº 592/1992).

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2016.