

ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS À LUZ DO INSTITUTO DA ANALOGIA

ANALYSIS ON THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE USE OF POLICE AGENT INFILTRATION IN LIGHT OF THE INSTITUTE OF ANALOGY

Anna Luíza Soares Matte^I

^I Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter.
<https://orcid.org/0009-0003-7862-194X>.
annaluizamatte@hotmail.com

Cláudio Daniel de Souza^{II}

^{II} Professor do curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter. Doutorando em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle com bolsa CAPES PROSUC. Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle. Graduado em Direito pela Universidade La Salle. Advogado. <https://orcid.org/0000-0001-6352-6155>.
claudiodaniel.adv@gmail.com

Luan Christ Rodrigues^{III}

^{III} Professor do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso. Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle. Graduado em Direito pela PUCRS. <https://orcid.org/0000-0003-4590-6482>.
luan.christ@unemat.br

Recebido/Received: 16.12.2022/ December 16th, 2022.
Aprovado/Approved: 29.06.2023/ June 29th, 2023.

RESUMO

Analisar a constitucionalidade da infiltração de agentes de polícia no âmbito presencial e virtual. **Metodologia:** mune-se de pesquisa analítico-descritiva, com vertente conceitual e exploratória, que se utiliza do método de abordagem dedutivo para realizar revisão conceitual e contextual da Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada pelo filósofo alemão Günther Jakobs, relacionando-a com os limites normativos da infiltração de agentes de polícia, dentro da concepção interpretativa extensiva, da interpretação analógica e da aplicação analógica. **Resultados:** o emprego da infiltração de agentes policiais, por meio da analogia, para a investigação de crimes cuja lei não preveja expressamente requisitos e normas autorizadoras de sua utilização, constitui clara e manifesta inconstitucionalidade, na medida em que há afronta aos direitos individuais que visam garantir a Dignidade da Pessoa Humana. **Conclusão:** é necessário ampliar o debate a respeito dos mecanismos processuais penais que afrontam direitos e garantias de investigados, uma vez que não se pode permitir violação indiscriminada a preceitos fundamentais em caso de aplicação analógica da infiltração de agentes de polícia em crimes que não preveem expressamente essa forma de obtenção de provas.

Palavras-chave: Infiltração. Agentes de Polícia. Direito Penal do Inimigo. Analogia. Investigação.

ABSTRACT

To analyze the constitutionality of the infiltration of police officers in the face-to-face and virtual scope. **Methodology:** this paper is analytical-descriptive research of a

conceptual and exploratory approach, which uses the deductive method of approach to carry out a conceptual review of the Theory of Criminal Law of the Enemy, created by the German philosopher Günther Jakobs, relating it with the normative limits of the infiltration of police agents, within the extensive interpretative conception, the received interpretation and the received application. **Results:** the use of infiltration by police agents, by analogy, to investigate crimes whose law does not expressly provide for requirements and norms authorizing its use, constitutes clear and manifest unconstitutionality, insofar as there is an affront to individual rights that aim to guarantee Dignity of the Human Person. **Conclusion:** it is necessary to broaden the debate about the criminal procedural mechanisms that challenge the rights and guarantees of those investigated, since indiscriminate violation of fundamental precepts cannot be allowed in case of analogical application of the infiltration of police agents in crimes that do not expressly provide for this form of obtaining evidence.

Keywords: Infiltration. Police Officers. Criminal Law of the Enemy. Analogy. Investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ELEMENTOS CONCEITUAIS E CONTEXTUAIS DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO; 2. REQUISITOS AUTORIZADORES DA INFILTRAÇÃO POLICIAL; 3. ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO DO AGENTE À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO; 4. ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA NA INVESTIGAÇÃO DE OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS EM LEI, POR MEIO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA; 4.1. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA VERSUS INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA VERSUS APLICAÇÃO ANALÓGICA; 4.2. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA FRENTE À TENTATIVA DE EXTENSÃO DA SUA UTILIZAÇÃO EM OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise a respeito da possibilidade de utilização do método de obtenção de provas, conhecido como infiltração de agentes de polícia, por meio de aplicação analógica, para outros crimes além dos que já preveem esse método investigativo. Para tanto, traçou-se uma revisão bibliográfica a respeito da infiltração policial, levantando dados relativos ao histórico, ao conceito e a previsão deste, no ordenamento jurídico.

Portanto, indaga-se: é (in)constitucional a utilização da infiltração de agentes de polícia no âmbito presencial e virtual, por meio da aplicação analógica, para outros crimes, além dos já previstos na legislação atual?

Dessa forma, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a constitucionalidade da infiltração de agentes de polícia no âmbito presencial e virtual. Foram delineados

os seguintes objetivos específicos: a) analisar os elementos histórico-evolutivos e conceituais da infiltração policial no ordenamento jurídico brasileiro; b) examinar os requisitos autorizadores para a concessão da infiltração de agentes policiais, prazo e demais orientações; c) compreender a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs; d) investigar dois métodos interpretativos da norma jurídica, chamados de interpretação extensiva e interpretação analógica, bem como o método integrativo, chamado de aplicação analógica.

Neste contexto, em um primeiro momento, é possível verificar como originou-se a infiltração policial no ordenamento jurídico brasileiro, a sua adaptação diante da evolução político-social e onde esse instituto está positivado nos dias de hoje. Com isso, foi possível verificar como se desenvolveu a primeira aparição legislativa da infiltração de agentes policiais, desde a forma física até sua adaptação para o meio virtual, causada pelo grande aumento da criminalidade no ciberespaço.

Tendo em vista que a infiltração de agentes de polícia não é legislativamente conceituada, o artigo busca, através de doutrinas especializadas, conceituar da melhor forma o instituto. Desse modo, é possível definir que a infiltração policial é uma forma especial de investigação em que o infiltrado esconde sua real identidade, simulando ser um criminoso, com o intuito de aproximar-se ou ingressar em um grupo criminoso e, com isso, possibilitar a coleta de provas e elementos informativos a respeito das infrações praticadas por seus integrantes, suas reais identidades, a forma e os locais de atuação e qualquer outro elemento que sirva para desmanchar o grupo.

Em seguida e para melhor entendimento, busca-se nas legislações pátrias, como a Lei de Crimes Organizado (Lei nº 12.850/13) e na Lei 13.441/17, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), explicar quais são os requisitos autorizadores para a concessão da infiltração de agentes policiais, prazo e demais orientações, a fim de compreender melhor esse método.

Em um segundo momento, estuda-se a Teoria do filósofo alemão Günther Jakobs, chamada de teoria do Direito Penal do Inimigo. Nesta parte do trabalho, busca-se demonstrar as possibilidades de comparação da ideologia criada por Jakobs com a infiltração de agentes de polícia, em razão dos elementos da teoria no método de investigação em questão.

Encaminhando-se para o fim, faz-se uma análise acerca de dois métodos interpretativos da norma, chamados de interpretação extensiva e interpretação analógica e de um integrativo, chamado de aplicação analógica.

Por fim, em complemento ao ponto anterior, analisa-se o direito de não produzir provas contra si mesmo, também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, e da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida, previstos na Constituição Federal de 1988, a fim de descobrir se o Estado com o intuito de conceder a infiltração pessoal ou virtual em crimes que não preveem esse tipo de método investigativo, por intermédio da analogia, viola ou não direitos e garantias constitucionais.

1. ELEMENTOS CONCEITUAIS E CONTEXTUAIS DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro não trouxe elementos suficientes para conceituar o método de investigação denominado de infiltração de agente policial e, portanto, essa tarefa restou para os doutrinadores especialistas da área. Neste sentido, os autores Cleber Masson e Vinicius Marçal¹ definem o método investigativo como sendo:

um meio especial de obtenção de 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.

Sobre o tema, Nucci² afirma que a infiltração policial se assemelha à introdução da água em algum lugar ou coisa, avançando lentamente por pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem que seja presenciada. Aduz o autor, ainda, que:

o instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam, ingressar, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão das tarefas e hierarquia interna.³

Walter Aguiar⁴ também traz uma definição do método de investigação relatando que a infiltração policial serve para angariar provas que muito provavelmente não poderiam ser obtidas de outra maneira, através da atuação dissimulada de um agente do Estado, o qual passa a integrar a organização criminosa como se um deles fosse.

Acerca da natureza jurídica deste método investigativo, expõe Nucci⁵ que pode ser considerado como um “meio de prova mista, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha.”

Segundo os doutrinadores Cleber Masson e Vinicius Marçal⁶, existem três tipos de características básicas desse método investigativo: a dissimulação, que faz referência à condição oculta que o agente de polícia se encontra e quais os seus reais objetivos; o engano, visto que o agente de polícia se encontra em uma encenação que vai possibilitar a obtenção de confiança da organização criminosa; e a interação, que é o contato direto e pessoal que ocorre entre o agente e os investigados.

Logo, a infiltração de agentes nada mais é do que uma forma especial de investigação onde o infiltrado esconde sua real identidade, simulando ser um

1 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p.162.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1022.

3 Idem.

4 AGUIAR, Walter Lacerda. A utilização do agente infiltrado de polícia no combate ao crime organizado. **Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia**, v. 1, n. 1, p. 13, 2017. Disponível em: <<http://abcriminologia.com.br/revistaoc/arquivos/revista-oc-integra.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 131.

6 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

criminoso, com o intuito de aproximar-se ou ingressar em uma organização criminosa e, com isso, possibilitar a coleta de provas e elementos informativos a respeito das infrações praticadas por seus integrantes, suas reais identidades, a forma e os locais de atuação, bem como qualquer outro elemento que sirva para desmanchar a organização e para o processo penal.⁷

Posterior à promulgação da Carta Magna de 1988 e em meados das décadas de 80 e 90, surgiram grupos criminosos organizados que, consequentemente, aproveitaram-se do sistema penitenciário falido. Com o passar dos anos, o crime organizado foi tornando-se dia após dia mais complexo, o que exigiu, por parte do Estado, um posicionamento especial para o enfrentamento de maneira que não houvesse oposição aos valores do Estado Democrático de Direito⁸.

A infiltração de agente de polícia, na modalidade pessoal, foi disciplinada pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 10.217/2001, que alterou o artigo 2º da Lei nº 9.034/95, a qual disciplinava, na época, sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Houve, portanto, a inserção do inciso Vº ao mencionado dispositivo, que possibilitou, mediante autorização judicial sigilosa, a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência, para investigar crimes praticados por organização criminosa.¹⁰

Posteriormente, em 2013, com a elaboração da nova lei de crimes organizados, Lei nº 12.850, ocorreu a revogação da Lei nº 9.034/95. Atualmente, a infiltração de agentes é disciplinada pela Lei 12.850/13 em seu artigo 3º, inciso VII, e em seu artigo 10 e seguintes da seção III, inserida no capítulo II, que trata sobre investigação e meios de obtenção de provas, regulamentando, de forma detalhada, quais são os critérios e requisitos de procedibilidade desse método de investigação¹¹.

Ademais, cumpre destacar que as disposições da Lei nº 12.850/13 são aplicadas subsidiariamente, no que couber, para investigação de crimes relacionados ao terrorismo e ao tráfico de pessoas¹². É o que dispõe o artigo 16 da Lei nº 13.260/16¹³ e o artigo 9º, da Lei nº 13.344/2016.¹⁴

7 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. **Dizer o direito**, 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>>. Acesso em: 11 abr. de 2022.

8 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

9 “Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas. (...) V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”. (BRASIL, 1995).

10 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

11 PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente**: Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17. [s. l.], 2018. Disponível em: <https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas.4CBCE722%26auth_type%3dsso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite>. Acesso em: 20 abr. 2022.

12 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

13 “Art. 16. Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei”. (BRASIL, 2016).

14 “Art. 9º Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013”. (BRASIL, 2016).

No âmbito da Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06, também se verifica, especificamente no inciso I, do artigo 53,¹⁵ a viabilidade de infiltração de agentes de polícia em tarefa de investigação, por meio de órgãos especializados, mediante autorização judicial, após oitiva do Ministério Público¹⁶.

Conforme afirmam Cristiano Reschke, Emerson Wendt e Mayumi Matsubayaci¹⁷, a infiltração de agente policial na investigação criminal, apesar de apresentar e/ou possuir complexa execução, é de extrema importância, e subdivide-se nas modalidades tradicional e virtual.

Em decorrência lógica do aumento dos crimes praticados por intermédio da rede mundial de computadores, a Lei nº 13.441/17 modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, com a consequente inserção dos artigos 190-A a 190-E, assentando a viabilidade da utilização da modalidade virtual de infiltração de agentes policiais para investigação de delitos praticados contra a dignidade sexual da criança e adolescente¹⁸.

Os artigos mencionados tratam sobre a infiltração virtual de polícia para a investigação de crimes contra a dignidade da criança e do adolescente e expõem o rol de crimes em que esse método de investigação é permitido, além de, alguns requisitos para a sua concessão.

A última norma que recentemente previu em sua redação a infiltração virtual de agente de polícia foi a Lei nº 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, que alterou alguns dispositivos do ECA e da Lei de Crimes Organizados, possibilitando a espécie virtual de infiltração nesses crimes¹⁹. O dispositivo legal, ainda, acresceu na Lei de Lavagem de Capitais, Lei nº 9.613/98, artigo 1, §6º, a previsão de infiltração, sem sequer distinguir o método investigativo em presencial ou virtual. Tayná Andrade de Nóbrega²⁰ afirma que a infiltração de agentes é gênero, enquanto a modalidade virtual de infiltração é espécie.

Por fim, Cristiano Reschke, Emerson Wendt e Mayumi Matsubayaci²¹ sustentam que a Lei nº 12.850/13 é tida como norma procedimental geral da técnica, ou seja, é o marco normativo procedimental da infiltração de agentes de polícia no Brasil

15 “Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: (...) I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes”. (BRASIL, 2006).

16 PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente:** Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17. [s. l.], 2018. Disponível em: <https://go.openathens.net/redirector/uniue.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas.4CBCE722%26auth.type%3dsso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite>. Acesso em: 20 abr. 2022.

17 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

18 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.; BRASIL. Lei nº 13.441, de 6 de outubro de 2017. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual da criança e de adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

19 BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art14>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

20 NÓBREGA, Tayná Andrade da. **Infiltração Virtual de Agentes Como Nova Técnica de Investigação Criminal**. Unipe, 2019. Disponível em: <<https://bdttcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC-VERS%C3%83O-FINAL.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

21 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

por trazer em seu diploma legal maior quantidade de informações a respeito da infiltração policial e por enfrentar questões importantes acerca do tema. Com isso, seus dispositivos servem para demais textos legais, naquilo que foram omissos.

2. REQUISITOS AUTORIZADORES DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Importante saber que a infiltração de agentes de polícia, conforme exposto anteriormente, é um método investigativo o qual prevê no ordenamento jurídico penal brasileiro requisitos básicos para que haja a autorização deste instituto com o intuito de obtenção de provas.

Com isso, é no *caput* do artigo 10, da Lei de Organização Criminosa, artigo 53, inciso II da Lei de Drogas, o artigo 10-A da nova Lei de Crime Organizado e o artigo 190-A, incluído pela Lei nº 13.441/17, ao Estatuto da Criança e do Adolescente que é prevista a infiltração de agentes e que ela dar-se-á através da inserção, única e exclusiva, de um agente policial, o qual estará em tarefa investigativa.

Greco Filho²² afirma que o agente infiltrado faz parte do instituto policial e, tem como objetivo desarticular organizações criminosas e angariar elementos probatórios, a partir do seu ingresso nos grupos e participação de suas atividades.

Nucci²³ afirma, da mesma forma, que o ato de se infiltrar em organização criminosa é exclusivo aos agentes policiais, sejam eles federais ou estaduais e que na lei revogada de crimes organizados, Lei nº 9.034/95, era permitido que essa técnica de investigação fosse executada também por agentes de inteligência. Tal entendimento era visto, por diversos doutrinadores, como um ato constitucionalmente duvidoso, uma vez que tais agentes não exercem função de polícia judiciária, e, dessa forma, não serem considerados aptos para coletar provas passíveis de serem utilizadas na ação penal. Em consequência disso, essa discussão foi objeto da ADI 1.570.

Corroborando o pensamento de Nucci, os doutrinadores Higor Vinicius Nogueira Jorge, Joaquim Leitão Júnior e William Garcez²⁴ aduzem que somente a polícia judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) é capaz de efetuar técnica especial de investigação. Ainda, neste sentido, os autores expuseram que o Superior Tribunal Federal no HC 147.437 resolveu que policial militar e agentes de inteligência da ABIN, estão impossibilitados de operarem como agentes infiltrados. Também, nos procedimentos investigatórios penais conduzidos pelo Ministério Público, o órgão é impossibilitado de indicar servidores da instituição para praticarem a infiltração, por não serem policiais.

Conforme explica a Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 144, §1º, inciso IV e I,²⁵ a Polícia Federal exerce, com exclusividade, as funções

22 GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de Organização criminosa**: Lei nº 13.850/13. São Paulo, 2014.

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

24 JORGE, Higor Vinicius Nogueira; JÚNIOR, Joaquim Leitão; GARCEZ, William. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Juspodivm, 2021.

25 "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: (...) I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se

de polícia judiciária da União com o intuito de apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em prejuízo de bens, interesses e serviços da União, ou até mesmo, de suas empresas públicas e autarquias, assim como demais atividades que tragam consequências interestaduais ou internacionais os quais exijam igualdade na repressão.

Assim como o §4º, do referido dispositivo legal, ao discorrer que enquanto as Polícias Cíveis, incumbem, observada a competência da União, também as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações, ressalvados os casos militares.²⁶ Logo, reforça-se a discussão da inconstitucionalidade referente à antiga Lei de Crime Organizado, que permitia a infiltração também de agentes de inteligência, os quais não exercem função de polícia judiciária.

Outro assunto que gera discussão não consensual entre os doutrinadores, é o momento em que ocorrerá a infiltração, pois, para alguns, o meio de prova só é possível na fase investigatória e para outros poderia ser utilizada durante a fase processual penal.

Para Masson e Marçal,²⁷ existem duas correntes que podem ser entendidas para o momento correto da aplicação da infiltração. A primeira corrente defende que somente será permitida a infiltração do agente de polícia no momento da primeira fase da persecução penal, mais especificamente, na fase do inquérito policial. Neste sentido, Aury Lopes Junior²⁸ coloca que:

(...) a investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.²⁹

Ainda neste sentido, os autores Cezar Roberto Bitencourt, Paulo César Busato, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Baltazar e Junior entendem que a infiltração somente cabe na fase de investigação, conforme artigo 12, §2º da Lei 12.850/2013³⁰ a qual estabelece que “os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público.”³¹

dispuser em lei; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. (BRASIL, 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

“§ 4º Às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. (BRASIL, 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

²⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 160.

³⁰ “Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado. (...) § 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. (...) § 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado. § 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. § 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será suspensa mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial”. (BRASIL, 2013).

³¹ ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de Agentes: Tomo Processo Penal. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes#anchor-titulo-index-15>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

Em complemento, o autor Everton Zanella³² entra em consenso ao entender que:

(...) embora não haja vedação legal para a infiltração durante a fase judicial, ela, na prática é absolutamente inviável diante das dificuldades de ser concretizada ao longo do processo-crime. Pior que isso: ela feriria, a nosso Pover, os princípios da proporcionalidade (se já há processo em trâmite, a infiltração não seria a *ultima ratio* probatória), bem como ampla defesa e do contraditório (uma operação em andamento em fase de instrução judicial contraditória não poderia ser ocultada da defesa técnica – diferentemente do que ocorre com as diligências cautelares promovidas na fase investigativa).³³

Já a outra corrente acredita na possibilidade da utilização da infiltração policial também no momento da ação penal. Com isso, Nucci³⁴ expõe sua ponderação a respeito do que considera ser o mais correto e pontua que:

(...) como regra, durante a investigação policial, por sugestão do delegado ou do Ministério Público, autorizada pelo juiz. Porém, nada impede, como a colaboração premiada, seja realizada igualmente durante a instrução criminal. Afinal, observa-se no art. 10, caput, da Lei 12.850/2013, que deve haver manifestação técnica prévia do delegado, quando a diligência for requerida pelo Ministério Público durante o curso do inquérito; a contrário senso, indicada pelo Parquet, durante o curso do processo, também é cabível, sem necessidade da referida manifestação da autoridade policial. Entretanto, quem a realizará será sempre o agente policial, de modo que é preciso estar em perfeita harmonia com a polícia judiciária para que haja qualquer sucesso na empreitada. Se requerida durante o processo, deve constar de incidente sigiloso, seguindo ao delegado para a viabilização.³⁵

Diante disso, os dispositivos legais que preveem a infiltração de agentes de polícia como meio de obtenção de provas, são os artigos 10 e seguintes da Lei nº 12.850/13 e 190-A e seguintes Do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, discriminam alguns requisitos importantes os quais devem ser observados e respeitados rigorosamente. Caso contrário, há probabilidade de nulidade da prova.³⁶

Tão logo, é necessário que este agente policial esteja em tarefa de investigação, uma vez que não é possível a produção de prova de modo informal, especialmente a infiltração. Por isso, é necessário que a instauração do inquérito seja em caráter sigiloso e dessa forma ocorra a infiltração.³⁷

Ademais, o pedido da infiltração será feito a um juiz competente e, necessariamente, mediante representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público e a infiltração terá prévia, motivada, circunstanciada e sigilosa autorização judicial, a qual determinará quais seus limites.

Em continuidade, preveem que quando o delegado de polícia representar pela infiltração, o juiz competente, antes de tomar sua devida decisão, deve ouvir o

32 Idem.

33 Idem, p. 45.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

35 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1023.

36 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

37 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1023 e ss.

Ministério Público, que analisará quanto aos pressupostos e requisitos para deferir ou não a infiltração.³⁸ Inversamente, entende-se que caso seja feito por meio de requerimento do Ministério Público, será necessária manifestação técnica e prévia do delegado de polícia, no sentido de que é necessário averiguar o quadro de profissionais com perfil adequado para o ato.³⁹

Consequentemente, para que ocorra a inserção do agente no meio criminoso de forma sigilosa, cabe ao juiz responsável autorizar de forma motivada e sigilosa, além de, estabelecer os limites da infiltração com os devidos fundamentos jurídicos e justificativas.

Segundo Alessandra Gonçalves Sobrinho⁴⁰, na autorização deve constar em seu teor o motivo do pedido para a infiltração de agentes, o tempo que perdurará essa ação investigatória, o local que aparentemente há indícios da ocorrência do delito e, ainda, qual(is) o(s) agente(s) que participará(ão) da empreitada.

Renato Brasileiro de Lima⁴¹ disciplina que a motivação e a fundamentação da autorização judicial são de grande importância, uma vez que a infiltração não pode se tornar uma “carta branca” para violações ou arbitrariedades por parte do agente infiltrado. Além disso, acredita que há necessidade de monitoramento pelo magistrado com o intuito de garantir a inviolabilidade de algum direito constitucional fundamental.

Isso traduz a importância e indispensabilidade de observância do princípio da motivação das decisões judiciais⁴², pois conforme estabelece o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (1988):

(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nesse sentido, é possível perceber que para o início das atividades não deve haver qualquer atuação isolada do juiz, pois, além da infiltração ocorrer mediante representação do delegado de polícia ou a requerimento do Ministério Público⁴³, ela não é permitida a decisão *ex officio*, pelo fato de que violaria o artigo 282, §2º do Código de processo Penal⁴⁴, ou pelo sistema acusatório do ordenamento brasileiro.⁴⁵

38 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

39 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

40 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

41 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

42 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

43 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

44 “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. (BRASIL, 1941).

45 PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente: Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17**. [s. l.], 2018. Disponível em: <https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedbas%26AN%3dedbas.4CBCE722%26auth_type%3dssso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite>. Acesso em: 20 abr. 2022.

Isso porque entende-se necessário que o Ministério Público se posicione, uma vez que o papel do juiz é manter igualdade processual para ambas as partes e caso o juiz decretasse de ofício a infiltração, comprometeria a sua imparcialidade, o que acarretaria na quebra do princípio da imparcialidade da autoridade judicial, visto que sua função é dizer o direito.⁴⁶

Nesta seara, Aury Lopes Junior⁴⁷ explica que a função do Poder Judiciário é garantir os direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição Federal de 1988, ou seja, que “a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos, do acusado no processo penal”. Junior⁴⁸ acrescenta, ainda, que o juiz de garantias “não tem uma postura inquisitória, não investiga e não produz prova de ofício”, pois ele se comporta como um juiz inerte que somente pode exercer sua atuação mediante a invocação do Ministério Público ou da polícia, que investigam os fatos, diferentemente de um juiz instrutor, que ativamente busca por provas.

Corroborando Lima⁴⁹, ao afirmar que:

Afinal, a atuação de ofício do magistrado na fase pré-processual representa clara e evidente afronta ao sistema acusatório, além de violar a garantia da imparcialidade do magistrado. Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória, sob pena de auxiliar a acusação na colheita de elementos de informação que irão servir ao titular da ação penal para provocar o próprio exercício da atividade jurisdicional. A iniciativa da infiltração pelo juiz também representa usurpação à atribuição investigatória do Ministério Público e da Polícia Judiciária. Graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado, caso se admitisse que pudesse decretar a medida de ofício ainda na fase investigatória. O que lhe compete - e desde que seja provocado nesse sentido - é analisar a necessidade da medida, concedendo-a caso presentes os requisitos acima analisados. Prova disso, aliás, é a nova redação conferida ao art. 3º-A do CPP⁵⁰ pelo Pacote Anticrime, segundo o qual o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.⁵¹

Nucci⁵² acrescenta que o entendimento do juiz das garantias, ou seja, o juiz que recebe diretamente as informações sigilosas contidas da investigação policial, está com a sua eficácia suspensa por força do STF. Ainda, para que haja o pedido de infiltração presencial ou virtual de agentes, é necessário que haja indícios de materialidade (*fumus comissi delicti*)⁵³, ou seja, para a obtenção de autorização judicial deve haver prova mínima de existência do crime ou indícios (fatos comprovados que podem levar indiretamente, ao delito principal) de crimes praticados pelo indivíduo que deve ser investigado.

46 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

47 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 166.

48 Idem.

49 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 851.

50 “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (BRASIL, 1941).

51 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 851.

52 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

Ademais, para provar os requisitos do pedido de infiltração, o artigo 11 da LCO,⁵⁴ aduz que, quando possível, deve ser indicado nomes e/ou apelido dos membros da organização criminosa. No mesmo sentido, é autorizada a infiltração virtual na internet, o artigo 10-A, *caput*,⁵⁵ da Lei de Organização Criminosa, desde que seja demonstrada sua necessidade e que sejam indicados os alcances máximos que poderão ser atingidos pelos policiais, os nomes e/ou apelidos das pessoas investigadas, e dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas, quando possível.⁵⁶

No artigo 11, da Lei de Crime Organizado, é previsto o local da infração que, assim como o quesito dos nomes, é necessário indicar quando houver ciência da localização da infração e cabe dizer onde atua o grupo criminoso, porém não é algo exigido quando mencionado “quando possível”. Acontece que dificilmente será indicada a materialidade do crime ao magistrado sem apontamento da localização.⁵⁷

Lima⁵⁸ aduz que “por força do princípio da proporcionalidade - subprincípio da necessidade -, dentre diversas medidas investigatórias idôneas a atingir o fim proposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restrições à esfera de liberdade individual do agente”.

Por esse motivo, Fioravante⁵⁹ destaca que a infiltração de agentes de polícia deve ser utilizada somente de forma excepcional e subsidiária, quando forem esgotados todos os outros métodos de investigativos eficazes e possíveis. Neste sentido, acaba denominando-se de *última ratio*.

De acordo com o artigo 10, §3, da Lei 12.850/13,⁶⁰ o prazo-limite estipulado para perdurar a infiltração presencial é de até 6 (seis) meses, podendo este ser renovado por iguais períodos de forma “ilimitada”. Contudo, cabe salientar que deve ser comprovada a necessidade de renovação do prazo, além de cada pedido ser analisado, detalhadamente, pelo juiz. Este prazo de 6 meses, porém, pode ser de menor período caso o magistrado entenda necessário e não se dará de forma automática.⁶¹

Em contrapartida, e conforme estipulado na Lei nº 12.850/13, é sabido que a infiltração pode ser cessada a qualquer momento, pois o agente policial tem direito assegurado de optar por fazer cessar ou recusar a atuação infiltrada e, além disso,

54 “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”. (BRASIL, 2013).

55 “Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas”. (BRASIL, 2013).

56 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

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

58 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 843.

59 FIORAVANTE, Mariana. Tudo o que você precisa saber sobre a infiltração de agente policial. **Gran cursos online**, 2021. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-infiltracao-de-agente-policial/>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

60 “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. (...) § 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade”. (BRASIL, 2013).

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

esse ato de recusa do agente policial não pode ser visto como descumprimento de seu dever funcional. Essa previsão é considerada direito do agente, uma vez que, o policial se coloca diante de uma ação extremamente periculosa.⁶²

Lima⁶³ (2020) explica, ainda, que seria muita ingenuidade do brasileiro pensar que a infiltração aclarará os diversos crimes cometidos pelos grupos criminosos ou, até mesmo, todos os seus integrantes dentro do prazo de 6 (seis) meses, visto a complexidade, extensão e intensidade da conduta delitiva prática.

Para que ocorra a continuidade do fato, sem que haja interrupções, é importante que o pedido de renovação do prazo seja feito com antecedência, pois, como já aferido, a autorização judicial deve ocorrer previamente à execução do método investigativo. Todavia, em caso de continuidade da infiltração ultrapassado o período estipulado pelo juiz, as provas ali obtidas não poderão ser consideradas válidas. Tal violação desrespeita o preceito atribuído no artigo 10, *caput*, da LCO.⁶⁴

Já na infiltração virtual de agentes, conforme previsto no artigo 190-A,⁶⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente, o prazo será respectivamente de até 90 dias, ou seja, sem excedê-lo, porém permitindo que renovações sejam feitas com período máximo de 720 dias, sem quaisquer prejuízos e demonstrada sua efetiva necessidade.⁶⁶ De forma semelhante, o artigo 10-A, §4º da Lei de Crime organizado prevê que a duração da infiltração virtual de agentes será mediante autorização do juiz competente no prazo de até 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado também por autorização judicial pelo prazo máximo de 720 (setecentos e vinte dias), desde que comprovada a sua necessidade.⁶⁷

Diante da limitação de prazo para a infiltração virtual do agente de polícia, existem duas vertentes: A primeira aponta que as pesquisas feitas de forma virtual tendem a serem mais ágeis e fáceis, e por consequência não haveria motivos para a renovação ilimitada da operação;⁶⁸ a segunda vertente explica que houve estipulação do prazo determinado na infiltração virtual de agente.⁶⁹

Fato curioso e que traz divergências de entendimentos é o relatório circunstanciado que deve ser elaborado pela autoridade policial, responsável pelos agentes infiltrados, detalhando de forma extrema a infiltração, com o fim de o juiz ter conhecimento pleno do que está acontecendo durante a infiltração, pois, neste caso, há violação de direitos individuais e para ter argumentos suficientes caso necessite

62 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

63 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

64 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

65 "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 às seguintes regras". (BRASIL, 1990).

66 "Art. 190-A III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial". (BRASIL, 1990).

67 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

68 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

69 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. **Dizer o direito**, 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>>. Acesso em: 11 abr. de 2022.

ampliar o prazo da infiltração.⁷⁰ Ocorre que, a exemplo do Nucci⁷¹, o relatório deve ser apresentado a cada final de período aprovado pelo juiz.

Já para Lima⁷², não é necessária, nas renovações de prazo, a apresentação de relatório circunstanciado a cada renovação de prazo, “sob pena de frustrar a rapidez na obtenção de prova e até mesmo a própria segurança do agente infiltrado”. Ainda, aduz que o relatório deve ser apresentado somente após o término da infiltração policial, e caso necessário a qualquer tempo a pedido do Delegado de Polícia e/ou do Ministério Público.

Além disso, diferentemente do artigo 10, §4º, o Artigo 10-A, §5º e o artigo 10-D, da LCO, estabelece que o relatório circunstanciado deve ser apresentado em conjunto com os atos elaborados de forma eletrônica - por se tratar da infiltração virtual - e que tenham sido praticados durante a operação, de forma que tudo esteja armazenado, gravado e registrado com o fim de serem apresentados corretamente ao magistrado responsável.⁷³

Não exagerado lembrar que, além do Juiz, quem mais poderá ter acesso aos autos é o Ministério Público e o Delegado de Polícia, além, claro, dos agentes de polícia que participarão da empreitada. Por obter conhecimento extensivo do caso investigado, o policial pode ser responsabilizado a ponto de responder pelos excessos praticados. Ademais, no artigo 10-C da LCO⁷⁴ e no artigo 190-C, do ECA,⁷⁵ aduz que os policiais não cometem crime por ocultarem sua identidade em casos de obtenções de provas, indícios de materialidade e de autoria, por meio da internet.

Portanto, para finalizar, percebe-se que a infiltração de agentes, tanto por meio presencial quanto por meio virtual, é considerada uma modalidade de investigação, que tem como objetivo a apuração dos crimes em que há possibilidade legal de utilização do método investigativo.

3. ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO DO AGENTE À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Este capítulo, de forma sintetizada e sem esgotar o assunto, tratará sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, cuja análise se torna indispensável para a conclusão a que se destina o presente estudo e que também procura demonstrar a impossibilidade de comparação com o método investigativo mencionado e explicado: a infiltração de agentes de polícia.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo filósofo, professor, jurista e alemão Günther Jakobs, em uma palestra exposta na Universidade de

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

71 Idem.

72 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p.844.

73 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

74 “Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei”. (BRASIL, 2013).

75 “Art. 190-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos 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)”. (BRASIL, 1990).

Bonn, na Alemanha, no ano de 1985. Todavia, a rejeição da teoria, em um primeiro momento, fez com que o pensador alemão a aprimorasse, flexibilizando-a.

A teoria do filósofo alemão começou a ganhar mais visibilidade no início do Século XXI, mais especificamente nos Estados Unidos da América, após o ataque terrorista às torres gêmeas, que causou temor e insegurança na população mundial.⁷⁶ Diante desse atentado, Zaffaroni explicou que Direito Penal norte americano

[...] encontrou um inimigo de certa substância no chamado terrorismo. Ao mesmo tempo tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque de preventiva. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo. Este autoritarismo estranho à tradição norte-americana assinala uma deterioração cultural, não política, em sua sociedade, um perigoso abandono dos princípios fundadores da democracia. Caracteriza-se pelo desespero em conseguir um inimigo que preencha o vazio deixado pela implosão soviética. [...] o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um inimigo crível. A partir do fato concreto e certo da morte em massa e indiscriminada, constrói-se a nebulosa ideia de terrorismo, que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha estrutura inquisitorial e alimentá-la com novos dados, correspondentes à violência criminal desencadeada a partir da intervenção nos países árabes.⁷⁷

Para tanto, Jakobs utilizou-se da ideia de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant para sustentar sua teoria, filósofos que se destacam como precursores deste entendimento. Günther afirma que, para Rousseau, não era mais visto como parte do Estado aquele indivíduo que atentasse contra o contrato social. O indivíduo por estar em guerra com o Estado, consequentemente, deve ser punido e tratado como inimigo. O segundo pensador que embasou as ideias de Jakobs, Fichte, de forma muito semelhante à Rousseau, afirmava que quem quebrasse o contrato cidadão, o qual deveria ser mais zelado, perderia todos seus direitos previstos frente ao Estado.⁷⁸

Segundo Jakobs, Hobbes defendia a ideia de que os cidadãos, a partir do momento em que estavam sujeitos a um contrato social, deveriam permanecer em situação de submissão ao Estado, o que permitiria que fossem tratados como indivíduos detentores de seus direitos. Ademais, Hobbes entendia que o status de cidadão só seria perdido caso houvesse alta traição, tendo em vista que este ato caracterizaria quebra do status de submissão. Assim sendo, deveria o infrator do contrato social receber tratamento e castigo como inimigo.⁷⁹

76 BRITO, Thammy Islamy Carlos. O Direito Penal do inimigo de Gunther Jakobs. **Jus**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>>. Acesso em 13 mai. 2022

77 ZFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 65.

78 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 18.

79 Idem, p. 19.

Outrossim, Jakobs expõe que Kant afirmava que o indivíduo que não se alinhasse com ao Estado, ou ao que se propunha ao “Estado comunitário-legal”, deveria ser tratado como inimigo, perdendo a qualidade de pessoa, cidadão de direitos.⁸⁰

O autor Günther, na obra “O Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas”⁸¹, aduz:

(...) afirma Rosseau que qualquer «malfeitor» que ataque o «direito social» deixa de ser «membro» do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: «ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão». De modo similar, argumenta Fichte: «quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos». (...)Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão:¹³ o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: «Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos» (...) Consequentemente, quem não participa na vida em um «estado comunitário-legal» deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser «tratado», como anota expressamente Kant «como um inimigo».⁸²

Segundo a teoria de Jakobs⁸³:

Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Então, nota-se que podem existir dois tipos de Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro seguimento remete que cidadão é quem oferece a certeza de que voltará a seguir as normas mesmo após o cometimento de um crime. Todavia, o segundo traz a figura do inimigo, que é quem não demonstra, tampouco, se compromete em continuar seguindo fielmente as normas regidas pelo Estado.

O Direito Penal do Cidadão, conforme de Jakobs⁸⁴, significa conferir a amplitude das garantias penais e processuais penais existentes do ordenamento jurídico ao indivíduo, mesmo que autor de um crime de menor ofensividade. Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo faz referência àquele cidadão que deve ser visto como

80 Idem.

81 Idem.

82 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 18-20.

83 Idem, p. 25.

84 Idem.

perigo extremo, a ponto de querer intimidar as pessoas, conspirando, de forma permanente, contra o Estado, tendo como fim a guerra.

Neste sentido, Jakobs⁸⁵ explica que “o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra.”

De maneira mais clara, tal teoria expõe uma diferenciação entre o Direito Penal do Inimigo, que faz referência aos infratores considerados de extrema periculosidade, compreendidos como aqueles que já cometeram ou que cometerão crimes gravíssimos perante a sociedade e, por consequência disso, sofrerão penas severas. O Direito Penal do Cidadão, por outro lado, também se refere a indivíduos infratores de crimes de menor ofensividade, os quais, no entanto, conseguem manter preservadas seus direitos e garantias fundamentais, assegurando assim seu *status* de cidadão e expectativa de reintegração à sociedade após cumprimento da pena.⁸⁶

Logo, a teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Jakobs, procura punir sujeitos que são considerados extremamente perigosos da forma mais cruel possível, ou seja, suprimindo e relativizando direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de punir os inimigos do Estado, como organizações criminosas, grupos organizados, terroristas etc., de forma preventiva ou antecipando a pena.

Bruno Florentino Matos⁸⁷ acrescenta que a teoria de Jakobs considera o inimigo uma “coisa” e por isso acaba sendo anulado da sociedade, isto é, deixa de ser considerado cidadão e nem mesmo sujeito frente ao processo. Este indivíduo não é passível de ter um procedimento penal legal (processual), mas sim de guerra.⁸⁸

Segundo as Velocidades do Direito Penal, criadas por Jesus-Maria Silva Sanchez⁸⁹, a Teoria do Direito Penal do Inimigo se enquadraria em um direito de terceira velocidade, pois é considerada como uma velocidade mesclada, entre a primeira e a segunda, ou seja, tem como objetivo aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), em conjunto da flexibilização das garantias para este fim (segunda velocidade), o que é extremamente incompatível com as garantias constitucionais brasileiras. Neste sentido, Sanchez advoga que:

A meu juízo, seriam “duas velocidades” do Direito Penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haveria de se manter os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de

85 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 20-21.

86 SANTOS, Pedro. O Direito Penal do Inimigo Como Sintoma do Direito Penal Simbólico. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://pvtor2013.jusbrasil.com.br/artigos/1203001787/o-direito-penal-do-inimigo-como-sintoma-do-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 12 mai. 2022.

87 MATOS, Bruno Florentino de. Direito Penal do Inimigo. Com o surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós modernos e a expansão do Direito Penal, como consequência do aumento das tipificações, se criou uma situação em que o Direito tem que acompanhar a evolução dos criminosos e se adequar juridicamente para proteger a sociedade. **DireitoNet**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

88 Idem.

89 SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. (...) Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renúncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.⁹⁰

Foram usados três elementos para fundamentar a teoria: o primeiro é a antecipação de punibilidade ou da punição do inimigo, sendo assim, o que será punido não é o fato pretérito e sim o que será produzido pelo agente; o segundo lugar são as penas previstas desproporcionalmente altas; e por fim, o terceiro que é a relativização ou perda total de garantias processuais e a criação de legislações severas e cruéis direcionadas ao indivíduo de extrema periculosidade.⁹¹

Neste mesmo sentido, Gomes⁹² apresenta as características encontradas por ele na teoria de Jakobs:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.⁹³

É claro, portanto, que o Direito Penal do Inimigo desrespeita princípios basilares do ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro, tais como: o princípio da legalidade, da proteção dos bens jurídicos, da segurança jurídica, da igualdade, da presunção de inocência, da proporcionalidade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e demais garantias processuais.

Após este estudo sobre a teoria criada pelo filósofo alemão Günther Jakobs, e com base em suas características, surge o questionamento acerca da constitucionalidade ou não de utilização do método processual penal e investigativo de infiltração, pessoal ou virtual, de agente policial.

90 SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 196.

91 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

92 GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004. p. 2.

93 GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004. p. 2.

Poderia, portanto, a utilização do instrumento investigativo da infiltração de agente policial ser considerado inconstitucional por apresentar, em algumas circunstâncias, traços da teoria do Direito Penal do Inimigo? Em princípio sim, pois a Carta Magna de 1988 prevê insculpido como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, prevista em seu artigo 1º, inciso III. Partindo dessa premissa, qualquer forma de restrição ou de violação a direitos e garantias constitucionalmente previstos traduziria em manifesta irregularidade e inconstitucionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro estão positivadas medidas processuais penais que também possuem características da teoria do Direito Penal do Inimigo, que são objeto constante de discussões acerca de seu caráter constitucional. Neste sentido, cita-se as medidas cautelares diversas à prisão, estipuladas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, prevista no capítulo III, do Código de Processo Penal, a prisão temporária, disciplinada na Lei nº 7.960/89, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), regulamentado na Lei De Execuções Penais (nº 7.210/84), a interceptação telefônica e a captação ambiental previstas na Lei 9.296/96.

A infiltração de agente policial, tanto pessoal como virtual, restringe direito à intimidade do investigado, com a justificativa da busca para angariar elementos informativos a fim de tutelar os mais diversos bens jurídicos passíveis de violação.

Os mecanismos processuais anteriormente citados a título de exemplo, restringem direitos e garantias fundamentais mais importantes e basilares ao ser humano, tais como o direito à liberdade de locomoção, à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Diante disso, é possível perceber que a infiltração de agentes de polícia – pessoal ou virtual, possui características semelhantes aos traços da teoria de Günther Jakobs, na medida em que traz em sua essência elementos justificadores do Direito Penal do Inimigo. Muito embora tenha expressa previsão legal, o método investigativo é passível de discussão acerca da constitucionalidade, na medida em que coloca em jogo os direitos fundamentais do investigado e, sobretudo, o processo penal acusatório, se é que se pode falar em processo acusatório no Brasil.

Importante mencionar, novamente, que no Brasil a infiltração é regulamentada com uma série de requisitos a serem preenchidos de acordo com o caso concreto, como exposto no capítulo anterior, sendo que sempre deverá ser a última alternativa (*ultima ratio*) de investigação, o que ratifica seu caráter inquisitorial.

Visto isso, é possível concluir que a infiltração de agentes de polícia é uma modalidade investigativa que restringe o direito à intimidade do investigado, que possui como justificativa o bem-estar social coletivo, se mostrando, portanto, inconstitucional à luz do Direito Penal do Inimigo, na medida em que apresenta particularidades da teoria.

Após expor, neste capítulo, que a infiltração de agentes policiais possui características da teoria do Direito Penal do Inimigo, o próximo capítulo tratará sobre três institutos do direito processual penal, visualizados no contexto da utilização da infiltração de agentes da polícia na investigação de outros crimes, que não os já previstos em lei, por meio de aplicação analógica.

4. **ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA NA INVESTIGAÇÃO DE OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS EM LEI, POR MEIO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA**

Este capítulo tratará sobre três institutos que podem ser utilizados no direito processual penal e que de certa forma geram muita discussão sobre suas utilizações, são eles: a interpretação extensiva; a interpretação analógica; e a aplicação analógica. Ao final, será feita uma análise acerca da (in)constitucionalidade da utilização da infiltração de agentes de polícia em outros crimes, que não os já previstos em lei, por meio de aplicação analógica.

4.1. **INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA VERSUS INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA VERSUS APLICAÇÃO ANALÓGICA**

Para melhor compreensão do primeiro ponto deste capítulo é preciso entender que, no âmbito jurídico, a interpretação faz parte do dia a dia do operador do direito, isso, pois, é comum que ele se depare com uma lacuna, ou seja, um vazio normativo. A interpretação é bastante comum, pois seria humanamente impossível que o legislador pudesse prever todas as situações praticadas pelos cidadãos. Dessa forma, a interpretação é utilizada para buscar o limite de aplicação da norma e o efetivo significado que ela traz em sua redação.

Toda a lei necessita de interpretação, por mais clara que ela possa ser. Pode parecer redundante falar que o real objetivo de interpretar uma norma é buscar aquilo que a lei quer dizer ao seu aplicador, sua vontade (*mens legis*), e não propriamente a vontade do legislador (*mens legislatoris*).⁹⁴

A interpretação quanto ao resultado pode ser subdividida em declaratória, restritiva, progressiva e extensiva. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁹⁵ aduzem que:

Seguindo a mesma linha, a interpretação ainda pode ser: (a) declarativa: há uma exata correspondência entre o texto da lei e aquilo que ela desejou externar; (b) restritiva: a norma disse mais do que deveria desejava, cabendo ao intérprete aparar as arestas, para aferir o seu real alcance; (c) extensiva ou ampliativa: o texto da lei ficou aquém do que desejava. Necessita-se ampliar o seu alcance, para que assim possamos

⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

⁹⁵ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 63.

atingir o seu significado; (d) progressiva, adaptativa ou evolutiva: o direito é dinâmico e os fenômenos sociais não são estanques, exigindo do intérprete o esmero na atualização dos diplomas normativos, pois a realidade o impõe, dando-se efetividade à norma não trabalhada ou não modernizada pelo legislador.⁹⁶

A interpretação declaratória é quando o intérprete da lei consegue plenamente identificar a literalidade da norma, o que ela quer expor, ou seja, não é ampliada ou restringida à abrangência da norma positivada. Já a interpretação restritiva, como o próprio nome já diz, é aquela que restringe a abrangência da norma, pois, neste caso, a norma disse mais do que deveria dizer. Ademais, a interpretação progressiva, também chamada de adaptativa ou evolutiva, é aquela utilizada quando há necessidade de adaptação da própria lei frente às evoluções político-econômico-sociais ou, ainda, morais, que perderam seu sentido frente aos dias atuais vividos.

Por fim, a interpretação extensiva é um método de interpretação prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal⁹⁷ e utilizada quando, por falha do legislador, a norma não é capaz de transmitir, de forma clara, total compreensão, ou seja, não explica tudo que deveria. Desta forma, deixando para o magistrado interpretá-la, fazendo com que o seu alcance seja ampliado, de forma que ultrapasse a previsão da redação do dispositivo.

Nucci⁹⁸ expõe que

(...) a interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo da lei, efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria. Tem por fim dar-lhe sentido razoável, conforme os motivos para os quais foi criada. Ex.: quando se cuida das causas de suspeição do juiz (art. 254, CPP), deve-se incluir também o jurado, que não deixa de ser um magistrado, embora leigo. Onde se menciona no Código de Processo Penal a palavra réu, para o fim de obter liberdade provisória, é natural incluir-se indiciado. Amplia-se o conteúdo do termo para alcançar o autêntico sentido da norma.⁹⁹

Renato Brasileiro de Lima¹⁰⁰, em sua obra, exemplifica para melhor entendimento da interpretação extensiva as hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito, previsto no artigo 581 do Código de Processo Penal. O doutrinador diz que parte minoritária da doutrina sustenta o fato de a enumeração ser taxativa, sem possibilidade de ampliação do entendimento, embora majoritariamente se entenda pelo cabimento da interpretação extensiva, sendo vedada, apenas, a ampliação para casos que a lei expressamente excluiu. Neste sentido, o autor declara que:

(...) na hipótese de recebimento da peça acusatória, não se pode cogitar do cabimento do RESE, já que ficou clara a intenção do legislador de só

96 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 63.

97 BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. "Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". (BRASIL, 1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2022.

98 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 76.

99 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 76.

100 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 96.

admitir o recurso quando houver o não recebimento da inicial acusatória. Porém, como a lei prevê o cabimento de RESE contra a decisão que não receber a denúncia ou a queixa (CPP, art. 581, I), não há razão lógica para não se admitir o cabimento do recurso também para a hipótese de rejeição do aditamento. Cuida-se, na verdade, de omissão involuntária do legislador, que pode ser suprida pela interpretação extensiva.¹⁰¹

Como outro método de interpretação da lei é a interpretação analógica, utilizada quando o aplicador do direito notar que, dentro da norma interpretada, o legislador trouxe uma série de exemplos e, ao final, utilizou-se de expressão genérica, trazendo a regra geral.

Iara Boldrini Sandes¹⁰² explica que “entende-se por interpretação analógica o processo de averiguação do sentido da norma jurídica, valendo-se de elementos fornecidos pela própria lei, através de método de semelhança.” Este instituto não se confunde com o anteriormente citado, visto que a interpretação extensiva é o processo de extração do significado original da norma, expandindo a abrangência das normas, com o intuito de buscar o real objetivo do texto normativo.

Renato Brasileiro de Lima¹⁰³ expõe e traz exemplo da aplicação do instituto:

Como o legislador não pode prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade e que seriam similares àquelas por ele já elencadas, a interpretação analógica permite, expressamente, a ampliação do alcance da norma. Atento ao princípio da legalidade, o legislador detalha as situações que pretende regular, estabelecendo fórmulas casuísticas, para, na sequência, por meio de uma fórmula genérica, permitir que tudo aquilo que a elas for semelhante também possa ser abrangido pelo mesmo dispositivo legal. Em síntese, a uma fórmula casuística, que servirá de norte ao intérprete, segue-se uma fórmula genérica. A título de exemplo, ao inserir no art. 185, § 2º, do CPP a possibilidade de utilização da videoconferência, a Lei nº 11.900/09 teve o cuidado de autorizar a realização do interrogatório por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Como se percebe, atento aos avanços da tecnologia, o próprio dispositivo legal admite a utilização de outras modalidades de transmissão de sons e imagens em tempo real que porventura venham a surgir, desde que semelhantes à videoconferência. Diversamente da analogia, que é método de integração, a interpretação analógica, como o próprio nome já sugere, funciona como método de interpretação. Logo, neste caso, apesar de não ser explícita, a hipótese em que a norma será aplicada está prevista no seu âmbito de incidência, já que o próprio dispositivo legal faz referência à possibilidade de aplicação de seu regramento a casos semelhantes aos por ele regulamentados.¹⁰⁴

Por outro lado, diferentemente dos dois institutos mencionados, por não ser um mecanismo de interpretação e sim uma forma integrativa da lei, a analogia,

101 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 96.

102 SANDES, Iara Boldrini. Perguntas e Respostas: Qual a diferença entre analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva? **JusTocantins**, 2012. Disponível em: <<https://www.justocantins.com.br/noticia-9583-perguntas-e-respostas-qual-a-diferenca-entre-analogia-interpretacao-analogica-e-interpretacao-extens.html>>. Acesso em: 25 mai. 2022.

103 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

104 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

também chamada de integração ou aplicação analógica, ocorre quando há uma lacuna ou inexistência de uma norma reguladora para o caso concreto, permitindo-se a aplicação de dispositivo semelhante. Conforme os autores Nestor Távora e Fábio Roque Araújo¹⁰⁵, a analogia tem como fundamento a ideia de que “onde existe a mesma razão deve existir o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*)”.

Fábio Roque Araújo e Klaus Negri Costa¹⁰⁶ aduzem que a analogia “É empregar uma norma processual a um fato por ela não abrangido, de modo a se aplicar o mesmo direito onde houver a mesma razão. Trata-se de forma de autointegração da norma – e não de uma interpretação literal.”. Neste sentido, é como se houvesse a criação de um dispositivo jurídico para regular situações sem previsão jurídica.

Lima¹⁰⁷ além de corroborar com os autores citados, acrescenta que

Não se trata, a analogia, de método de interpretação, mas sim de integração. Em outras palavras, como ao juiz não é dado deixar de julgar determinada demanda sob o argumento de que não há norma expressa regulamentando-a – *non liquet* (art. 140 do novo CPC) –, há de fazer uso dos métodos de integração, dentre eles a analogia, com o objetivo de suprir eventuais lacunas encontradas no ordenamento jurídico.¹⁰⁸

A analogia ainda pode ser apresentada como analogia *legis* e analogia *iuris*. A primeira forma cabe por consequência da lacuna criada na lei, aplicando-se dispositivo legal utilizado em caso equivalente, a fim de suprir esta omissão. Já a segunda forma, *iuris*, é quando em consequência da omissão da lei a solução pode ser encontrada nos princípios jurídicos.¹⁰⁹

Este instituto está previsto expressamente na redação do artigo 3º do Código de Processo Penal,¹¹⁰ assim como na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB, mais especificamente em seu artigo 4º.¹¹¹ Visto isso, não resta dúvidas de que a analogia pode ser perfeitamente utilizada no Direito Processual Penal.

Todavia, majoritariamente se entende pela possibilidade de utilização da analogia no processo penal tanto em prejuízo do réu (*in malam partem*),¹¹² quanto em seu

105 TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concurso. 7. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Jurispodivm, 2016. p. 25-26.

106 ARAÚJO, Fábio Roque. COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 17.

107 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

108 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

109 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017.

110 “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. (BRASIL, 1941).

111 “Art. 4 Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL, 1942).

112 “HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PROVA NOVA SUPERVENIENTE. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. LEGITIMIDADE. NULIDADE DO JULGAMENTO. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo o disposto no art. 397 do CPC aplicável, por analogia, ao processo penal, por força do art. 3º do CPP, “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos”(“...”) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 545.097/SP**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 08 out. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1295645905/habeas-corpus-hc-545097-sp-2019-0338044-2>>. Acesso em: 13 mai. 2022.; e “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS DEFENSIVOS NÃO EXAMINADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PROCESSOS DE NATUREZA PENAL. POSSIBILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. INVIABILIDADE DO HABEAS CORPUS PARA DISCUTIR REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL DE OUTRO TRIBUNAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 192814 AgR**. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 nov. 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154706402/habeas-corpus-hc-192814-rj-0105763-0320201000000/inteiro-teor-1154706406>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

benefício (*in bonam partem*).¹¹³ Por esse motivo, acaba diferenciando-se no Código Penal, o qual admite apenas a aplicação analógica em benefício do réu (*in bonam partem*).¹¹⁴

Os autores, Nestor Távora e Rosmar Alencar¹¹⁵ expressam que:

Assim, em face da omissão involuntária da lei, aplicamos norma que disciplina fato análogo. Ao contrário do que acontece no direito penal, no âmbito do qual a analogia não pode ser utilizada em prejuízo do réu, na esfera processual ela goza de ampla aplicação. Todavia, deve-se interpretar com reservas a admissibilidade da analogia quando se trata da restrição cautelar da liberdade, ou quando importe em flexibilização de garantias, o que seria intolerável à luz da Constituição Federal.¹¹⁶

Neste mesmo sentido, Fábio Roque e Klaus Negri¹¹⁷, afirmam que a analogia é um instituto que somente pode ser utilizado em prejuízo e em benefício do réu no Processo Penal. Porém, os autores ressaltam a impossibilidade da utilização do instituto da analogia, em prejuízo do réu, no âmbito do direito processual penal, quando restringir direitos e garantias constitucionais.

4.2. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA FRENTE À TENTATIVA DE EXTENSÃO DA SUA UTILIZAÇÃO EM OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS

Dando seguimento, a fim de responder o questionamento principal do trabalho, este tópico analisará a (in)constitucionalidade da utilização do método de infiltração, pessoal ou virtual, de agentes de polícia para a investigação de outros crimes, que não os já previstos em lei.

Como exposto anteriormente, há a possibilidade de aplicação analógica no âmbito processual penal, mesmo que *in malam partem*, desde que, no entanto, não implique em restrição a direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Esse ponto é crucial para que seja formulada a resposta do presente artigo, uma vez que é sabido que a infiltração de agentes pode atingir alguns dos direitos constitucionais como o direito de não produzir provas contra si mesmo, também

113 "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSO RELATIVOS AOS REINCENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.910.240-MG- Recurso Repetitivo - Tema 1084**. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1221596328/recurso-especial-resp-1910240-mg-2020-0326002-4>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

114 TÁVORA, Nestor. ARAUJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concurso. 7. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Jurispodivm, 2016.

115 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 59.

116 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 59.

117 ARAUJO, Fábio Roque. COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

conhecido como *nemo tenetur se detegere*, e da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada.

Essas garantias estão previstas tanto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos LVII¹¹⁸ e LXIII,¹¹⁹ quanto na Convenção de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, §2º, alínea g.¹²⁰

O direito de não produzir provas contra si mesmo originou-se do princípio da presunção de inocência e do direito do preso de permanecer em silêncio.¹²¹

Assim, o princípio da presunção de inocência, estado de inocência ou da não culpabilidade, conforme a literalidade da sua previsão, diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, quer dizer que todo indivíduo acusado deve ser considerado inocente até que haja sentença transitada em julgado. Já o direito ao silêncio, também chamado de direito de permanecer calado, é aquele o investigado tem de não falar nada sobre o que está sendo acusado, e isso não ser utilizado em seu prejuízo.¹²²

Corroborando, Eugênio Pacelli¹²³ aduz que:

Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, *caput*, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, *Miranda vs. Arizona*, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC nº 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.4.1999. Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a *ratio essendi* da norma.¹²⁴

Visto isso, nota-se que o indivíduo investigado através da utilização de agentes policiais infiltrados está em constante produção de provas contra si mesmo, uma vez que o policial, ao conquistar a confiança e fazer parte do dia a dia do investigado, conseguirá informações privilegiadas, de modo sigiloso, das atividades delituosas praticadas pelo indivíduo.

118 “Art. 5º. (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

119 “Art. 5º. (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. (BRASIL, 1988).

120 “Art. 8º. Garantias judiciais; §2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; gº: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. (BRASIL, 1992).

121 FIGUEIREDO, Ticiano. Parecer da AGU não reconhece direito positivado. *Conjur*, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-11/direito-nao-produzir-prova-si-mesmo-positivado>>. Acesso em: 26 mai. 2022.

122 SANTOS, Luciano Aragão. O direito de não produzir prova contra si mesmo: “nemo tenetur se detegere”. *DireitoNet*, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contr-a-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20%22nemo%20tenetur%20se,um%20direito%20fundamental%20do%20cidad%C3%A3o.>>>. Acesso em: 26 mai. 2022.

123 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 487.

124 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 487.

O outro direito fundamental que também pode ser violado durante a infiltração de agentes é o da intimidade e da vida privada do investigado. Previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal ¹²⁵, esses direitos têm como objetivo proteger as liberdades individuais e visa à garantia da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Neste sentido, o investigado, após confiar no policial infiltrado, expõe a sua intimidade, compreendida esta em seu aspecto subjetivo, interno, bem como a sua vida privada, consubstanciada na relação externa da intimidade para com a sociedade. Ou seja, com o intuito de angariar provas das atividades criminosas, acaba-se obtendo informações além das necessárias para comprovar a materialidade e autoria delitivas.

Diante disso, é possível afirmar que valer-se da analogia, prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal, para utilizar o método de infiltração policial, pessoal ou virtual, com o intuito de investigar crimes, para os quais a lei não autoriza expressamente esse artifício, constitui-se em evidente violação à Constituição Federal, tendo em vista que, por certo, acabará violando direitos e garantias individuais em clara afronta à dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou de conceituar, inicialmente, o método investigativo de infiltração de agentes de polícia, com base em doutrinadores especialistas.

Posteriormente, destacou-se a evolução do método investigativo no âmbito jurídico brasileiro, analisando-se os dispositivos legais de cada legislação que prevê, expressamente, a infiltração de agentes e seus requisitos autorizadores básicos e necessários, além dos prazos específicos e das modalidades deste instrumento de obtenção de provas.

Na sequência, analisou-se a Teoria do Direito Penal do Inimigo, esclarecendo que a infiltração de agentes policiais contém elementos característicos desta teoria, a qual possui como essência a relativização e a restrição de direitos e garantias individuais, constitucionalmente previstos, e, por este motivo, pode ser considerada advinda, mesmo que indiretamente, da ideologia de Jakobs.

Explorou-se a diferenciação e as particularidades dos institutos da interpretação extensiva, interpretação analógica e aplicação analógica. Destacou-se, para tanto, que a aplicação analógica, ainda que possível sua utilização *in malam partem*, em âmbito processual penal, não será admitida, em hipótese alguma, quando ofender direitos e/ou garantias constitucionais do investigado.

125 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1988).

Destacou-se que os direitos fundamentais e garantias constitucionais estão sujeitos à violação em caso de aplicação analógica da infiltração de agentes de polícia, tanto virtualmente quanto pessoalmente, em crimes que não preveem expressamente essa forma de obtenção de provas.

Concluiu-se, portanto, que o emprego do método investigativo da infiltração, por meio da analogia, para a investigação de crimes cuja lei não preveja expressamente requisitos e normas autorizadoras de sua utilização, constitui clara e manifesta inconstitucionalidade, na medida em que há afronta aos direitos individuais que visam garantir a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, se mostra necessária a ampliação do debate a respeito de mecanismos processuais penais que afrontam direitos e garantias de investigados, uma vez que não se pode permitir violação indiscriminada a preceitos fundamentais, eis que são a base do ordenamento jurídico brasileiro, e somente assim será possível obter plenitude, ao fundamento constitucional da dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Walter Lacerda. A utilização do agente infiltrado de polícia no combate ao crime organizado. **Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia**, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://abcriminologia.com.br/revistaoc/arquivos/revista-oc-integra.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

ARAUJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático** – Parte Geral. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ARAUJO, Fábio Roque. COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 abr. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.690, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm>. Acesso em: 02 abr. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.441, de 6 de outubro de 2017.** Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual da criança e de adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13441.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art14>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 192814 AgR.** Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 nov. 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154706402/habeas-corpus-hc-192814-rj-0105763-0320201000000/inteiro-teor-1154706406>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 545.097/SP.** Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 08 out. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1295645905/habeas-corpus-hc-545097-sp-2019-0338044-2>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.910.240-MG- Recurso Repetitivo – Tema 1084.** Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1221596328/recurso-especial-resp-1910240-mg-2020-0326002-4>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRITO, Thammy Islamy Carlos. O Direito Penal do inimigo de Gunther Jakobs. **Jus**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>>. Acesso em 13 mai. 2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. **Dizer o direito**, 2017. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>>. Acesso em: 11 abr. de 2022.

COSTA JUNIOR, José Carlos Teixeira. Limites da infiltração policial na internet e a invasão de dispositivo informático: o advento da lei 13.441/2017. **Repositório UFBA**, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26249/1/Jos%C3%A9%20Carlos%20Teixeira%20Csta%20J%20C%20Banior%20-20Infiltra%C3%A7%C3%A3o%20policial%20na%20Internet%20e%20o%20crime%20do%20art.%20154-A.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

FIORAVANTE, Mariana. Tudo o que você precisa saber sobre a infiltração de agente policial. **Gran cursos online**, 2021. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-infiltracao-de-agente-policial/>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

FIGUEIREDO, Ticiano. Parecer da AGU não reconhece direito positivado. **Conjur**, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-11/direito-nao-produzir-prova-si-mesmo-positivado>>. Acesso em: 26 mai. 2022

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de Organização criminosa**: Lei nº 13.850/13. São Paulo, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008

JORGE, Higor Vinicius Nogueira; JÚNIOR, Joaquim Leitão; GARCEZ, William. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Juspodivm, 2021.

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MATOS, Bruno Florentino de. Direito Penal do Inimigo. Com o surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós modernos e a expansão do Direito Penal, como consequência do aumento das tipificações, se criou uma situação em que o Direito tem que acompanhar a evolução dos criminosos e se adequar juridicamente para proteger a sociedade. **DireitoNet**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 mai. 2022
- NÓBREGA, Tayná Andrade da. Infiltração Virtual de Agentes Como Nova Técnica de Investigação Criminal. **Unipe**, 2019. Disponível em: <<https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC-VERS%C3%83O-FINAL.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente**: Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17. [s. l.], 2018. Disponível em: <<https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c%20om%2flogin.aspx%3fdirect%3drue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas.4CBCE722%26auth%3dsso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite>>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.
- SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SANDES, Iara Boldrini. Perguntas e Respostas: Qual a diferença entre analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva? **JusTocantins**, 2012. Disponível em: <<https://www.justocantins.com.br/noticia-9583-perguntas-e-respostas-qual-a-diferenca-entre-analogia-interpretacao-analogica-e-interpretacao-extens.html>>. Acesso em: 25 mai. 2022.
- SANTOS, Pedro. O Direito Penal do Inimigo Como Sintoma do Direito Penal Simbólico. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://pvitor2013.jusbrasil.com.br/artigos/1203001787/o-direito-penal-do-inimigo-como-sintoma-do-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 12 mai. 2022
- SANTOS, Luciano Aragão. O direito de não produzir prova contra si mesmo: “nemo tenetur se detegere”. **DireitoNet**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20%22nemo%20tenetur%20se.um%20direito%20fundamental%20do%20cidad%C3%A3o.>>>. Acesso em: 26 mai. 2022
- SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- TÁVORA, Nestor. ARAUJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concurso. 7. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de Agentes: Tomo Processo Penal. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes#anchor-titulo-index-15>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

artigos
científicos