



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO**

**FRANCISCO SIDNEY DE CASTRO RIBEIRO**

**A INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO NO  
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: COMPATIBILIZAÇÃO  
CONSTITUCIONAL E REFLEXOS PROBATÓRIOS**

**FORTALEZA  
2013**

FRANCISCO SIDNEY DE CASTRO RIBEIRO

A INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO NO COMBATE AO  
CRIME ORGANIZADO: COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E REFLEXOS  
PROBATÓRIOS

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Ceará  
como requisito parcial para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA  
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

---

R484i Ribeiro, Francisco Sidney de Castro.  
A infiltração de agentes como meio de investigação no combate ao crime organizado:  
compatibilização constitucional e reflexos probatórios / Francisco Sidney de Castro Ribeiro. –  
2013.  
94 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de  
Direito, Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

1. Inquérito policial - Brasil. 2. Policiais - Brasil. 3. Crime organizado - Investigação. 4. Prova  
(Direito). 5. Delação premiada. I. Arruda, Samuel Miranda (orient.). II. Universidade Federal do  
Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

---

CDD 364.106

FRANCISCO SIDNEY DE CASTRO RIBEIRO

A INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO NO COMBATE AO  
CRIME ORGANIZADO: COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E REFLEXOS  
PROBATÓRIOS

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Ceará  
como requisito parcial para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Rômulo Moreira Conrado  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Víctor Augusto Lima de Paula  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho à minha mãe, *Rosicleide de Castro*, por seu amor, carinho, dedicação e incentivo, que foram imprescindíveis para a realização do meu sonho de seguir seus passos na Centenária Faculdade de Direito da UFC.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

À minha mãe Rosicleide, meu *amor eterno*, por representar sempre o melhor, sendo exemplo inigualável de altruísmo, competência, força, coragem e determinação. Com a senhora, todos os meus problemas encontram solução e todas as dúvidas tornam-se certeza.

À minha tia-madrinha Roseneide (*in memoriam*), por todo o amor e dedicação a mim dispensados. Infelizmente, a senhora não estará aqui para presenciar a formatura do seu “doutor”, mas, com certeza, iluminará para sempre meus caminhos.

Ao meu pai Sidney pela torcida constante e, principalmente, pelo orgulho que me incentiva a melhorar cada vez mais para a ele fazer jus.

À minha prima-irmã Lidyanne que poderá, finalmente, realizar seu sonho de processar alguém tendo o primo como advogado. As risadas, as brigas, o amor, a dedicação e, principalmente, a sua confiança me tornaram uma pessoa melhor. À minha “sobrinha” Ryane pelo sorriso constante, abraço carinhoso e por suportar o monopólio do computador em tempos de monografia. Ao meu primo-irmão Leandro e ao meu tio Domingos, pela presença, ao longo de toda a minha vida, apoio irrestrito e cuidado constante.

À Iara, meu maior acerto, pelo carinho, pelo cuidado e, principalmente, por despertar meu sorriso bobo, me mostrar a felicidade e me apresentar o amor. O prazer que tive, ao longo de cinco anos, de chamá-la de *amizade* só não é maior do que o orgulho de tê-la agora como namorada. Ainda bem que “no meio de tanta gente eu encontrei você”, porque descobrimos que juntos somos melhores.

Aos *Lizeiras*, meus amigos, o que levo de melhor da Faculdade. O convívio diário com vocês, de que já sinto saudades, deixou bem menos árdua essa caminhada. E, por isso, faço a mais sincera das *constatações*: nunca estive só, nunca fiquei triste, vocês sempre estiveram comigo. Adriano, Iara, Jamille, Janayna, Luciano, Rahym, Renata, Sabrina, Suzi, Taly e Vevé, muito obrigado por tudo!

Ao Joel, grande *amizade* que surgiu nos bancos da Faculdade, e da qual eu muito me orgulho. Esta homenagem, *a voo de pássaro*, é simplória, mas tão verdadeira quanto possível.

Aos meus eternos e inesquecíveis amigos do colégio Master: Ádamo, Andrea, Carlinha, Cristóvão, Juliana, Pryscilla e Renata. Posso me orgulhar de ter amigos de quase duas décadas que foram capazes de cumprir a promessa feita no já longínquo ano de 2006: não permitir que a inevitável distância abalasse nossa amizade.

À Camila, ao Haroldo e à Thalita, pelo carinho, torcida, incentivo e amizade, que foram (e serão) fundamentais para a consolidação da nossa *bagagem teórica*. Digo, com toda certeza, que vocês representam inigualáveis exemplos de quem tenho muito orgulho.

Aos professores Arlete Soares, Itayguara Ribeiro, João Luiz Pinheiro Bastos (Departamento de Biologia), Cyntia Tavares e Francisca Mendes (Coordenação do curso de Design de Moda), chefes das unidades onde fui lotado na UFC, que entenderam as dificuldades inerentes à situação de servidor-estudante e muito contribuíram na minha formação pessoal e profissional.

Aos professores Christiano Verola, Claudia Martins, Erika Mota, Izabel Gallão, Raquel Crosara e aos servidores Chico (*in memoriam*) e Edvaldo em nome de quem cumprimento e agradeço os *verdadeiros* professores e o corpo técnico-administrativo do Departamento de Biologia da UFC, pelo carinho, atenção e respeito de sempre. Ainda, à professora Taciana Viana, em nome de quem agradeço ao corpo docente do curso de Design de Moda, pela recepção calorosa e acolhimento imediato, me propiciando o melhor ambiente de trabalho possível.

À Giedra, à Renata, à Ticiania, à Vanice, ao Vicente e ao Daniel, pelas conversas, risadas, cantorias e aprendizado que tornam o estágio na PR/CE o melhor possível e de onde, por certo, sentirei muitas saudades.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda, chefe e orientador, pelo exemplo que representa, pelos inúmeros ensinamentos, ao longo das suas aulas, do estágio e desta orientação, e por sua atenção e disponibilidade de costume.

Ao Dr. Rômulo e ao Victor pela gentileza e presteza na aceitação do convite para participar da banca examinadora.

A todos aqueles que, apesar de não estarem expressamente citados, contribuíram para este trabalho e para a consecução do meu sonho: graduar-me em Direito na Universidade Federal do Ceará.

*Aponta pra fé e rema ...*

(Dois barcos – Los Hermanos)



## RESUMO

O presente estudo visa analisar a viabilidade da infiltração de agentes como meio de investigação de organizações criminosas, o que se procederá com espeque em duas temáticas principais: adequação da técnica investigativa aos ditames constitucionais e reflexos do método na produção probatória. Para tanto, far-se-á uma abordagem geral do crime organizado (histórico, tratamento normativo, conceitos e características), vez que é necessário entender-se o contexto no qual está inserido o meio de investigação estudado. Em sequência, cuidar-se-á especificamente da infiltração de agentes – enquanto meio excepcional de obtenção de provas – tratando-se de temáticas como conceituação, objetivos, tipologia, tratamento normativo (do Direito pátrio e em sede de Direito comparado) e interação com demais técnicas de investigação. Especificamente no que concerne à compatibilização constitucional, serão trazidas considerações acerca do direito à ampla defesa, ao contraditório, à não autoincriminação e à intimidade, contexto em que sobrelevar-se-á, como elemento de validade da técnica, o princípio da proporcionalidade. Por fim, considerando os reflexos probatórios da infiltração de agentes, a análise será seccionada de acordo com o *iter* probatório, isto é, fase de obtenção da prova (associada aos limites de atuação do agente), de admissibilidade da prova (sede em que serão feitas considerações acerca das teorias inerentes às provas ilícitas e sua relação com a responsabilidade penal do agente por possíveis crimes cometidos na infiltração e com a provocação por parte do agente para o cometimento de condutas típicas) e, ainda, de valoração da prova (análise quanto à pertinência das provas produzidas no convencimento do julgador). Concluir-se-á pela validade da infiltração de agentes, desde que, no caso concreto, tenha natureza excepcional e subsidiária, respeitando, outrossim, a legalidade e a proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Infiltração de agente. Crime Organizado. Meios operacionais de investigação. Garantias constitucionais. Reflexos probatórios.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the feasibility of infiltration of agents as a means of investigating criminal organizations, which carry with focus on two main themes: appropriateness of investigative technique to constitutional principles and reflexes of the method in the production of evidence. Therefore, it will be used a general approach of organized crime (historical background, normative treatment, concepts and features), since it is necessary to understand the context in which it is inserted the present means of investigation. In sequence, it will be specifically discussed the infiltration of agents - as an exceptional means of obtaining evidence - regarding topics such as conceptualization, objectives, typology, normative treatment (of domestic law and in terms of comparative law) and interaction with other investigative techniques. Specifically regarding the constitutional compatibility, it will be brought considerations about the right to full defense, to contradictory, to non self-incrimination and to intimacy, the context in which it will be outweighed, as an element of validity of the technique, the principle of proportionality. Finally, considering the evidence reflexes of agents' infiltration, the analysis will be split according to the iter evidence, that is, stage of obtaining evidence (associated with the limited scope of the agent), the admissibility of evidence (which will be based in considerations made about the theories inherent in illegal evidence and its relation to the criminal liability of agent for possible crimes committed in the infiltration and provocation by the agent to committing illegal actions), and also to assess evidence (analysis of the relevance of the evidence produced in the conviction of the judge). It will finally be concluded by the validity of agents' infiltration, as long as, in the practice case, it has exceptional and subsidiary nature, respecting, moreover, legality and proportionality.

**Keywords:** Agent Infiltration. Organized Crime. Operational means of research. Constitutional guarantees. Evidence reflexes.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 CRIME ORGANIZADO E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	14
2.1 Escorço histórico.....	14
2.2 Conceitos e características.....	18
2.3 Tratamento normativo.....	22
2.3.1 Convenção de Palermo.....	22
2.3.2 Direito comparado.....	23
2.3.3 Direito pátrio (Leis 9.034/95 e 12.694/12).....	27
3 INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO.....	30
3.1 Conceito e objetivos.....	31
3.2 Tipologia.....	35
3.3 Previsão legal.....	36
3.3.1 Direito estrangeiro.....	36
3.3.2 Direito brasileiro.....	42
3.4 Interação entre métodos de investigação.....	45
3.4.1 Infiltração de agentes e ação controlada.....	45
3.4.2 Infiltração de agentes e delação premiada.....	47
4 COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	49
4.1 Contraditório postergado.....	51
4.2 Ampla defesa e testemunho do agente infiltrado.....	53
4.3 Direito à intimidade e à privacidade.....	56
4.4 Direito à não autoincriminação.....	60
4.5 O agente de inteligência como infiltrado e a previsão do Art. 144, CF88.....	63
5. REFLEXOS PROBATÓRIOS.....	67
5.1 Prova no processo penal.....	68
5.1.1 Conceito e objetivos.....	68
5.1.2 Direito à prova.....	69
5.1.3 Fontes e meios de prova.....	70
5.1.4 Natureza jurídica da infiltração de agentes.....	70
5.2 Obtenção da prova e limites da atuação do agente infiltrado.....	71
5.3 Admissão probatória: provas ilícitas e infiltração de agentes .....	76

5.3.1 Provas Ilícitas no Processo Penal.....	77
5.3.2 Responsabilidade Penal do Agente e Provas Ilícitas.....	79
5.3.3 Agente provocador e Provas Ilícitas.....	81
5.4 Valoração probatória.....	83
CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	90

## 1 INTRODUÇÃO

Ante o notório recrudescimento da criminalidade organizada<sup>1</sup>, que desafia cada vez mais intensamente a ordem constituída, o Estado brasileiro vem se valendo da profusão legislativa para tentar reprimir e desarticular essas organizações. Ocorre que isso se dá de forma assistemática, com dispositivos legais que não primam pela técnica e, menos do que atingir o seu desiderato, acabam por não constituir um arcabouço legal consistente.

Nesse diapasão, tem-se que uma das principais medidas adotadas em sede legislativa para tentar aplacar os efeitos deletérios do crime organizado é dotar os órgãos responsáveis pela persecução penal de meios investigatórios capazes de superar os óbices impostos pela intrincada estrutura organizacional, com o escopo de amealhar dados concretos de materialidade do(s) crime(s) e de autoria. É preciso, contudo, perquirir se esses métodos investigatórios – que tendem a ser mais complexos e invasivos – se legitimam frente ao Processo Penal Constitucional, corolário do Estado Democrático de Direito, que firma garantias e impede o poder punitivo estatal desmedido.

No contexto ora delineado, em face da necessidade de estudo acerca dos métodos de investigação dos crimes perpetrados por organizações criminosas, o presente trabalho propõe-se a analisar especificamente a *infiltração de agentes*, enquanto meio de investigação no combate ao crime organizado, fazendo-o por duas perspectivas: compatibilização constitucional e reflexos probatórios.

E é assim porque a temática escolhida não encontra previsão legal suficiente e envolve complicadas questões, donde se destacam as de fundo eminentemente constitucional (possibilidade de a medida atingir direitos e garantias fundamentais) e aquelas referente aos procedimentos probatórios (valoração, limites de atuação do agente na busca da prova e análise de sua licitude etc).

---

<sup>1</sup>Ao longo deste trabalho as expressões “criminalidade organizada” e “crime organizado” são tomadas como sinônimas. Neste sentido: “Utilizaremos, também, indistintamente, além da expressão “crime organizado”, caudatária da doutrina norte-americana, a designação de origem européia “criminalidade organizada” (MAIA, 1997, p.2). Em sentido contrário: “A expressão “*crime organizado*” desfruta indubitavelmente da preferência dos doutrinadores brasileiros – conquanto muitas vezes empregada indiscriminadamente ao lado da expressão “*criminalidade organizada*”, tida como sinônimo ou equivalente (...). No entanto, estas não se confundem. Criminalidade implica conjunto de crimes, indicando, no campo criminológico, uma pluralidade de condutas ilícitas socialmente reprováveis. (...) “Crime organizado” é, pois, espécie do gênero “criminalidade organizada” (...)” (FERRO, 2009, p. 48-52).

Com efeito, no desenvolvimento deste estudo busca-se perscrutar a efetividade e, principalmente, a viabilidade e a compatibilidade constitucional da infiltração de agentes como meio operacional de investigação dos crimes cometidos por organizações criminosas.

Para tanto, impende desenvolver considerações acerca dessas organizações, abordando o desenvolvimento histórico do fenômeno para que seja possível a identificação de conceitos e características. Cumpre destacar, ainda, o tratamento legislativo dado à questão no Direito brasileiro e em sede de Direito Comparado. É disso que cuidará o primeiro capítulo.

O capítulo seguinte tratará das considerações gerais acerca da infiltração de agentes como método de investigação, abordando-se, portando, conceitos, objetivos, tipologia, previsão legal, tanto no Direito brasileiro como em sede de Direito comparado, e, ainda, a inter-relação entre a infiltração de agentes e outros dois meios de investigação previstos no ordenamento jurídico pátrio: a ação controlada e a delação premiada.

Estabelecidas essas premissas teóricas, os demais capítulos consistirão em análises específicas das questões que estão associadas à infiltração de agentes. Optou-se, nesse ponto, por tratá-las em capítulos separados, um relativo à compatibilização constitucional e outro concernente aos reflexos probatórios. Registre-se, de logo, que se trata de escolha metodológica, a fim de sistematizar a explanação. Não se desconhece, assim, a impossibilidade da análise estanque dos assuntos, máxime ante a inafastável interação constitucional com os temas processuais penais.

Assim, no terceiro capítulo, a abordagem envolverá considerações acerca dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, do direito à intimidade e à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), além da discussão acerca de quem podem ser os agentes infiltrados (tendo em mira as disposições do Art. 144 da Constituição Federal de 1988 – CF88).

No mais, em relação ao quarto capítulo, tratar-se-á, inicialmente, de conceitos gerais sobre a prova no processo penal. Em sequência, analisar-se-á a produção da prova advinda da infiltração (limites de atuação do agente e obtenção de elementos probatórios), sua admissão (juízo de licitude) e valoração, com o que será possível, também, relacionar a temáticas como a responsabilidade penal do agente e o controle da operação de infiltração.

Por todo o exposto, é inegável a relevância prática da temática ora abordada e a necessidade de desenvolvimento e consolidação de um referencial teórico consistente, mormente quando se tem em conta a insuficiente previsão normativa do instituto.

## 2 CRIME ORGANIZADO E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Para atingir o desiderato proposto – análise específica acerca da infiltração de agentes – não se pode prescindir o estudo do crime organizado e das organizações criminosas, a fim de consolidar uma perspectiva holística. À partida, cuidar-se-á da origem histórica do fenômeno, para que possa aferir, nesse processo evolutivo, quais características se mantiveram e quais foram alteradas, considerando, principalmente, a adaptação à realidade moderna.

### 2.1 Escorço histórico

A origem da criminalidade organizada é remota. O retorno histórico ao que pode ser a origem desse fenômeno chega a *societas sceleris* (sociedade de criminosos). Tal “expressão é antiga (...) e aplica-se a um fenômeno conhecido desde a Antiguidade ou mais especialmente na Idade Média, por meio dos bandoleiros” (FERRO, 2009, p. 69). Mas não era aplicável exclusivamente aos bandos, abrangendo, ainda, as “associações secretas – estas, em geral, com fins políticos – que se dedicam ao objetivo da prática de ilícitos” (*ibidem*). Ainda segundo a autora, outra manifestação primeva do crime organizado seria a pirataria, dentro do contexto de colonização do território norte-americano pelas potências europeias (sec. XVII)<sup>2</sup>.

É bem de ver, contudo, que se indica como efetiva origem histórica do crime organizado a formação da Máfia italiana, da Yakuza japonesa e das Tríades chinesas (NETO, 2012).

Como dito alhures, esses grupos tiveram particularidades, considerando as diversas variáveis sociais, econômicas e políticas, desenvolvendo-se de acordo com as necessidades e com o tempo e local de constituição.

No que se refere à *Máfia*<sup>3</sup> italiana, “grupo mais representativo (...) pela sua longevidade e importância no cenário da grande criminalidade” (FERRO, 2009, p.76), não há consenso entre os estudiosos acerca de suas origens. José (2010, p.13) explica:

<sup>2</sup> Segundo GODOY (2011, p. 45), todavia, “desde o Século XIII e XIV, a pirataria pode ser vista como uma atividade extremamente nociva para a época. Ela era constituída por grupos de mercenários, que atuavam no comércio clandestino com o roubo de cargas, principalmente de especiarias transportadas por colonizadores”.

<sup>3</sup> De acordo com MINGONI (1998), a primeira referência oficial feita à “Máfia” ocorreu em um tribunal siciliano em 1838, azo em que, conquanto não se tenha nominado a organização, o sodalício mencionou “írmãs” de criminosos.

A origem histórica das Máfias italianas é controversa entre os historiadores. Alguns afirmam que ela teria surgido no século XVII, outras sustentam que sua origem remonta aos tempos napoleônicos, e outros, ainda, alegam ter ela surgido durante o reinado das duas Sicílias. A versão mais comum, no entanto, é a que acomoda suas origens no período de desintegração do feudalismo na península italiana, durante o qual os ricos proprietários de terra entraram em conflito com os camponeses.

Godoy (2011) pontua a dificuldade de conceituação da *Máfia*, indicando que o termo diz, especificamente, com a organização criminosa surgida na região italiana da Sicília. No mesmo sentido, Maia (1997, p. 6), aduzindo que “inicialmente, na sua vertente criminosa (...), aflora na região de Palermo, no século XVIII, logo espraiando-se por toda Sicília”.

Ainda com Maia (1997, p.6-7), quanto às características da *Máfia* siciliana, tem-se que:

Com seu advento novos elementos estruturais passam a caracterizar as associações de criminosos, já que a originalidade desta sociedade secreta estava em parecer como uma família, vinculada não só pelo sangue mas pela nacionalidade siciliana. A disciplina que manteve a Máfia unida através dos séculos foi a *omertà*, que significa ‘honradez’ ou, usualmente, ‘silêncio’. Esse foi o código da Máfia então e o é agora”.

(Destaque no original)

Na Itália, pode-se citar, além da *Máfia* siciliana, a principal delas, a Camorra (Nápoles) e a *N°drangheta* (Reggio Calabria).

Fato é que, inicialmente com origens rurais (à exceção da Camorra), essas organizações passaram, ao longo do tempo, a intensificar sua atuação nos meios urbanos através de extorsão e contrabando, atingindo o comércio e a indústria italiana. No mais, considerando o viés econômico, inseriram-se no mercado financeiro com a abertura de empresas com o escopo de dar suporte às atividades de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas. Certo, portanto, que a estrutura organizacional, jungida ao desenvolvimento econômico, levou à expansão das atividades da máfia, desde o tráfico de armas até a influência política com a compra de votos e financiamento de campanhas eleitorais (NETO, 2012).

Já em relação à *Yakuza*, o seu surgimento remonta do século XVII:

The modern-day yakuza are believed to be the spiritual, more so than historical, descendants of the outlaw ronin (masterless samurai) of the 17th century. When the Tokugawa Shogunate brought peace to Japan, most samurai were left unemployed. Knowing nothing other than combat, many of these ronin formed into outlaw gangs called the hatamoto-yakko (servants of the shogun). The hatamoto-yakko went around the countryside terrorizing and robbing the local citizens. (GRAGERT, 2010)<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Os modernos *yakuza* acreditam ser os descendentes espirituais, mais do que históricos, dos *ronin* (samurais sem um senhor) do século 17. Quando o Tokugawa Shogunate trouxe paz para o Japão, mais samurais ficaram desempregados. Não sabendo nada mais do que combater, muitos desses *ronin* formaram bandos fora da lei,



Apesar disso, entende-se que só a partir do século XVIII houve a constituição de uma associação criminosa propriamente dita, dada a organização cada vez maior de seus membros. Entre os séculos XIX e XX, aliaram-se a grupos ultranacionalistas e, após a derrota japonesa na Segunda Grande Guerra (1939-1945), aproximaram-se do Partido Liberal Democrático. (JOSÉ, 2010).

Esses membros são exclusivamente do sexo masculino e de origem japonesa, conforme aduz Neto (2012). Segue o autor asseverando que a organização se estrutura sobre um rigoroso código interno de normas, em que se sobrepõem os valores da lealdade, da fidelidade, da fraternidade e do dever para com a organização.

É possível, ainda na esteira de Neto (2012), identificar que a *Yakuza* possui considerável volume de negócios, variando sobremaneira as áreas de atuação, dentre as quais se pode citar: tráfico de drogas e de pessoas, prostituição, pornografia, jogo de azar, usura, controle do comércio de camelôs e extorsão.

Por fim, cite-se as *Tríades chinesas*, que, segundo José (2010), surgiram no século XVII – mais exatamente no ano de 1644. Essa organização criminosa adota o modelo de sociedade secreta, com estrutura vertical e hierárquica, ritualística definida e objetivos políticos temporários. Em sua faceta primária, a sociedade era dividida em lojas, que exerciam o controle em cada uma das trinta e seis províncias chinesas.

Hodiernamente, há registro de atuação das Tríades em diversos Países, apesar de ter Hong Kong e Taiwan como suas bases principais. Nesse contexto, há opiniões no sentido de que essa organização assemelha-se, em termos de origem, desenvolvimento, rituais e práticas, à Máfia siciliana (FERRO, 2009).

Aqui, vale o registro de que não se desconhece o surgimento e o desenvolvimento, ao longo da História, de outras organizações criminosas, nos Estados Unidos e na Colômbia, por exemplo. Optou-se, no entanto, pela análise das três organizações acima aludidas porquanto se tem que delas partiram, ainda que de maneira incipiente, as balizas caracterizadoras do hodierno fenômeno do crime organizado (NETO, 2012).

Feitas essas considerações concernentes às origens e ao desenvolvimento do crime organizado pelo mundo, é preciso, à guisa de contextualização, trazer colocações acerca da linha evolutiva do fenômeno no Brasil.

---

chamados de *hatamoto-yakko* (servos do shogun). Os *Hatamoto-yakko* foram ao campo, onde aterrorizavam e roubavam os cidadãos locais (Tradução nossa).

De início, identifica-se o cangaço, movimento ocorrido no Nordeste entre os séculos XIX e XX, como possível antecedente mais longínquo do crime organizado no Brasil. Os cangaceiros, dentre os quais se destacava a célebre figura de Lampião, organizavam-se hierarquicamente e atuavam concomitantemente, realizando pilhagem, extorsão e sequestro de pessoas influentes para depois exigir resgates (SILVA, 2003).

Em sequência, no início do século XX, surge a prática do “Jogo do Bicho”<sup>5</sup>, tida, pelo mesmo autor, como a primeira manifestação efetiva da criminalidade organizada no País. Já José (2010) afirma que tal atividade – registrada como contravenção penal no ordenamento jurídico pátrio desde 1941<sup>6</sup> – iniciou-se de maneira aparentemente inofensiva, mas, aos poucos, foi sendo financiada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo e auferir cada vez mais lucro, baseando suas ações, em grande medida, na corrupção de agentes públicos.

Na evolução histórica, chega-se às organizações criminosas mais recentes. No ponto – quanto às formas de atuação e à dificuldade de identificação dessas associações –, Cervini e Gomes (1997, p. 83) aduzem que:

Todo diagnóstico social é muito problemático e discutível no Brasil, como sabemos, porque temos uma carência quase absoluta de investigações e dados empíricos. Apesar disso, talvez possamos arriscar que o crime organizado do nosso território ou seu lado mais saliente esteja ligado ao tráfico de drogas e de armas, corrupção (fraude contra o erário público ou contra a coletividade), furto e roubo de automóveis e roubo de cargas.

Fato é que as organizações criminosas brasileiras possuem elemento que as distingue da maioria dos grupos organizados no mundo: foram forjadas em sede prisional. Foi dentro das penitenciárias do Rio de Janeiro que surgiram o Comando Vermelho – na década de 70, como resultado do contato entre presos políticos e presos comuns no presídio da Ilha Grande –, o Terceiro Comando e a ADA (Amigo dos Amigos) – na década de 80 e de 90, respectivamente, a partir de uma cisão do Comando Vermelho. Outra organização criminosa que se destaca no cenário nacional, também surgida no seio do sistema prisional, é o PCC (Primeiro Comando da Capital), de São Paulo, que remonta de meados da década de 90 (FERRO, 2009).

Encerram-se, assim, as considerações históricas, não sem antes apresentar a ressalva do entendimento de Zaffaroni (1996, p.46) no sentido de que a criminalidade organizada é

<sup>5</sup> Mingardi (1998) aduz que o jogo teria sido criado pelo Barão de Drummond para arrecadar dinheiro que permitisse salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>6</sup> Art. 58, Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941)

própria do século XX, vez que intrinsecamente relacionada ao mundo capitalista. Nesse sentido, o seu posicionamento:

O ‘organized crime’ como tentativa de categorização é um fenômeno do nosso século, e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria, etc., porque isso não faz mais do que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar essa categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito.

*Concessa venia*, não nos parece ser essa a melhor posição. Se de um lado é certo que a estrutura empresarial e a noção de mercado – próprias do sistema capitalista – são ínsitas ao fenômeno da criminalidade organizada moderna, de outro não se pode desconsiderar a importância do cotejo histórico para o devido entendimento da questão, especialmente quando se identificam nesse processo aspectos que, ainda hoje, estão presentes – ainda que adaptados à atual realidade – nos grupos organizados. Isso porque se trata de um fenômeno complexo e, como tal, não pode ser reduzido a um só elemento (como, no caso, a questão econômico-capitalista).

## 2.2 Conceitos e características

A conceituação do crime organizado constitui um dos maiores desafios daqueles que se propõem a estudá-lo. No ponto, é necessário advertir a inviabilidade de se firmar, pelo menos considerando o estágio de conhecimento atual, uma definição única para crime organizado, como fórmula geral de aplicação abstrata. Explica Beck (2004, p. 68):

(...) é consenso na doutrina (e nem poderia ser diferente) a idéia de que, pelo menos até o presente momento não é possível o estabelecimento de um conceito definitivo (ou mesmo de “algum” conceito, como mostra Raul Zaffaroni) de crime organizado. Somente (e no máximo) aproximarmos o seu conteúdo.

Vêja-se, no ponto, que, apesar dessa dificuldade, não se pode prescindir da definição/delimitação jurídico-penal do fenômeno, tendo em vista as implicações de ordem material e processual que podem daí advir, exemplificando-se com a possibilidade de subutilização de institutos (de investigação ou de produção probatória) ante a falta de amparo para sua concretização. Demais disso, para se prevenir e combater é mister, como consectário lógico, a identificação do objeto.

Nesse sentido, Ferro (2009, p. 320) faz observações importantes para o devido tratamento da questão, refletindo a lição de Antônio Scarance Fernandes:

Na elaboração de um conceito sobre o crime organizado, há ainda a questão da orientação a ser seguida. Scarance Fernandes, em síntese didática, fala-nos de três linhas doutrinárias e legislativas no tocante à formulação do conceito em causa:

- a) aquela que parte da concepção de organização criminosa para a definição do que seja crime organizado, de maneira que tal seria aquele perpetrado pelos membros de cada organização;
- b) aquela que parte da noção de crime organizado, definindo-o em função de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais e, usualmente, com inclusão, entre as suas características, do fato de pertencer o agente a uma organização criminosa;
- c) aquela em que se dá o emprego do elenco de tipos previstos no sistema, com acréscimo de outros, os quais são identificados como crimes organizados.

É de rigor ressaltar que, não raro, há confusão entre as expressões “crime organizado” e “organização criminosa”. Ocorre que essas, apesar de imbricadas, não dizem o mesmo. É que, na esteira do exposto no item “a” acima transcrito, é a partir da conceituação de *organizações criminosas* que será possível chegar à de *crime organizado*, já que este tem natureza fenomenológica, contexto em que aquelas agem e o viabilizam. “A preocupação central, portanto, deve consistir em buscar o substrato conceitual desta [organização criminosa], não daquele [crime organizado], que é fruto da atividade organizada” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 92).

Com efeito, crime organizado é o fenômeno produzido a partir das atividades e ações das organizações criminosas, razão que leva à conclusão de que sem organização criminosa não há crime organizado. No mesmo sentido, Ferro (2009, p. 321):

O crime organizado só é viabilizado pela existência de uma organização criminosa, é esta que o pratica. Portanto, é mais do que lógico que uma conceituação do crime organizado tenha por base a pedra que lhe é fundamental, a engrenagem que lhe põe em funcionamento: a organização criminosa. As atividades que compõem o crime organizado, as infrações penais a ele ligadas (...) somente ganham características diferenciais em função do tipo de associação ilícita que as patrocina, que as promove (...). São atividades que poderiam, em tese, ser desenvolvidas por uma associação ilícita do tipo quadrilha ou bando, em maior ou menor grau, mas que, por serem obra de uma organização criminosa, adquirem uma feição de criminalidade organizada.

Já em contraposição ao quanto exposto, Silva (2003, p.33-34) obtempera:

Em meados da década passada, Antônio Scarance Fernandes identificou três critérios distintos para uma aproximação de um conceito jurídico-penal de crime organizado (...)

Todavia, observou-se que a adoção isolada de cada um desses critérios conceituais não se mostrava suficiente para delimitar com segurança um conceito de crime organizado. À vista dessa consideração, nota-se uma tendência contemporânea para mesclagem desses critérios com a finalidade de complementá-los e evitar imprecisão na interpretação da matéria, sendo possível identificar, nesse sentido, três requisitos comuns para uma aproximação de um conceito normativo ou jurídico-penal do fenômeno: *estrutural* (número mínimo de pessoas integrantes), *finalístico* (rol de crimes a ser considerado como de criminalidade organizada) e *temporal* (permanência e reiteração do vínculo associativo). (Destques no original)

Sucedem que os três critérios elencados pelo autor aplicam-se não ao crime organizado enquanto fenômeno, mas sim às organizações criminosas, motivo pelo qual não infirmam as considerações anteriores. Senão vejamos: 1) *Estrutural*: quando se trata de número mínimo, a relação é associativa. Portanto, se há número mínimo de componentes, este é da organização em si, e não do crime organizado como fenômeno; 2) *Finalístico*: a análise diz respeito às atividades criminosas praticadas. Essa consideração pressupõe a ação da organização criminosa e, portanto, a ela se aplica e 3) *Temporal*: relaciona-se, tal como as demais, às organizações, porque o vínculo permanente e reiterado é da associação, enquanto grupo organizado.

Vê-se, portanto, que a “organização criminosa” é a pedra de toque na conceituação ora discutida. É a partir dela que se deve partir. Ocorre que, assim como em relação ao crime organizado, não se pode pretender a identificação de um conceito pronto e acabado, mormente quando se tem em conta as variações territoriais, sociais, econômicas e históricas aliadas às constantes mutações dessas organizações face às suas complexas e dinâmicas estruturas.

Nesse passo, ensina Mendroni (2007, p.11):

São inúmeras as organizações criminosas que existem atualmente. Cada uma assume características próprias e peculiares, amoldadas às próprias necessidades e facilidades que encontram no âmbito territorial em que atuam. Condições políticas, policiais, territoriais, econômicas, sociais etc. influem decisivamente para o delineamento de suas características, com saliência para umas ou outras, sempre na conformidade das atuações que possam tornar mais viável a operacionalização dos crimes planejados e com o objetivo de obter maiores fontes de renda.

Ainda assim, é possível elencar alguns caracteres que servem de balizas de identificação das organizações criminosas, a despeito de suas peculiaridades. Esses pontos são, de maneira geral, comuns nas matrizes das *organizações* em estudo, o que permite distingui-las das demais manifestações criminosas. Com efeito, a partir dessa caracterização básica, é possível extrair *conceitos* adaptáveis à realidade de cada País.

Para o que ora se propõe, será feito um apanhado doutrinário, azo em que as posições dos autores quanto às características basilares das organizações criminosas serão explicitadas para que, ao fim, seja possível apontar quais os traços aparecem com mais frequência.

Cervini e Gomes (1997) indicam, como características essenciais, a *associação estável ou permanente, com finalidade para o cometimento de crimes; com previsão de acumulação de riqueza indevida; hierarquia estrutural; uso de meios tecnológicos sofisticados*. Além dessas, aduzem a existência de outros caracteres, que, embora não essenciais, podem

identificar a organização criminosa: *recrutamento de pessoas; divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público; ampla oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; e conexão local, regional, nacional ou internacional.*

Silva (2003) traz como características básicas das organizações criminosas a *acumulação de poder econômico pelos seus integrantes; o alto poder de corrupção; a utilização da lavagem de dinheiro como método para legalizar o lucro obtido ilicitamente; o alto poder de intimidação; as conexões locais e internacionais e sua estrutura piramidal e relação com a comunidade.*

Já para Beck (2004), as organizações criminosas apresentam *estrutura plúrima hierarquizada e permanente; têm finalidade de lucro ou poder; utilizam-se de meios tecnológicos; interagem com o poder público; não estão restritas ao próprio território; usam da violência ou intimidação; cometem delitos com graves repercussões sociais e valem-se da lavagem de dinheiro.*

Mendroni (2007) elenca como elementos caracterizadores os seguintes: *estrutura hierárquico-piramidal; divisão direcionada de tarefas; membros restritos; agentes públicos participantes ou envolvidos; orientação para obtenção de dinheiro e poder; domínio territorial; diversificação das atividades ilícitas e mescla destas com atividades lícitas e uso de violência.*

À guisa de complementação, colhem-se da doutrina estrangeira as lições de Kenney e Finckenauer (1994, *apud FERRO*, 2009, p. 370), para quem as organizações criminosas *são de caráter não ideológico, ostentam uma hierarquia organizada, possuem continuidade no tempo; empregam a força ou a ameaça de força; impõem restrições à admissão de seus membros; obtêm lucro por meio de empresas ilegais; fornecem bens e serviços ilegais cobiçados pela população; utilizam corrupção com o propósito de neutralizar autoridades públicas e políticos; buscam uma posição monopolística visando à consecução de controle exclusivo sobre bens e serviços específicos; dispõem de especialização de trabalho no seio grupal; apresentam um código de silêncio e planejam amplamente objetivando o alcance de metas de longo prazo.*

Empós colacionar esses entendimentos doutrinários e procedendo-se ao seu cotejo, exsurgiram as seguintes características como mais aludidas: *estrutura organizacional hierarquizada, continuidade no tempo* (caráter de permanência); *finalidade de poder ou lucro*

(com o conseqüente acúmulo de poder econômico pelos membros); *conexão com o poder público*, destacando-se as atividades de *corrupção de agentes estatais*, *alto poder de intimidação pelo uso da violência* e *conexões extraterritoriais*<sup>7</sup>.

Isso posto, tratar-se-á, em diante, das previsões normativas acerca da matéria, ainda no contexto da tentativa de delimitação conceitual do fenômeno em estudo.

## 2.3 Tratamento normativo

### 2.3.1 Convenção de Palermo

A criminalidade organizada não conhece fronteiras. O fenômeno é global e, portanto, reclama atenção da comunidade internacional.

Nesse sentido, com escopo de promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional<sup>8</sup>, destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como *Convenção de Palermo*, instrumento normativo supranacional adotado no âmbito da ONU em 15 de novembro de 2000 na cidade de Nova York (EUA).

A Convenção, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, é considerada o documento normativo básico que, no âmbito internacional, regula as ações e as políticas institucionais de combate ao crime organizado praticadas na maioria dos países celebrantes do Tratado.

Em relação ao seu texto, o primeiro ponto a ser destacado é a definição dada a “Grupo criminoso organizado” (Artigo 2, a), nos seguintes termos: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

De tal conceituação, dessumem-se os seguintes elementos caracterizados: 1) número mínimo de integrantes (três), 2) atuação permanente; 3) finalidade de cometimento de

<sup>7</sup> Compare-se tais características com aquelas elencadas por MAIA (1997, p.4) como presentes nas associações tidas como antecedentes históricas das atuais organizações criminosas: “a) presença de uma pluralidade de indivíduos, normalmente pertencentes ao mesmo estrato social; b) minimamente articuladas entre si, na fixação de suas tarefas e metas, não se exigindo maior sofisticação orgaizativa (...), c) reúnem-se para, via de regra, reiteradamente cometer violações da ordem estabelecida”.

<sup>8</sup> Artigo 1 da Convenção de Palermo

crime(s) graves ou indicados no texto da Convenção<sup>9</sup> e 4) propósito de auferimento de benefício econômico ou material. Veja-se, no ponto, que os caracteres aludidos na redação normativa foram, em essência, os indicados no tópico *supra*.

Interessante assinalar que a Convenção de Palermo não define tipos penais, mas “apresenta uma série de recomendações ao Estado-parte para que este possa criar, em seu próprio ordenamento jurídico, um tipo penal que esteja de acordo com tais diretrizes” (JOSÉ, 2010, p. 54). Dentro dessas diretrizes, destaque-se as que preveem a criminalização da participação em um grupo criminoso organizado, da lavagem do produto do crime, da corrupção e da obstrução à justiça (artigos 5, 6, 8 e 23, respectivamente). Ademais, em relação à lavagem e à corrupção, há previsão também de medidas de combate (artigos 7 e 9).

O texto da Convenção é extenso e traz previsões desde a responsabilização das pessoas jurídicas inseridas no crime organizado até medidas de cooperação jurídica internacional e confisco de bens apreendidos.

Especificamente no que toca o objeto deste trabalho, tem-se a previsão do artigo 20 que se refere a “Técnicas especiais de investigação”, fazendo menção expressa à infiltração de agentes. Confira-se:

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

### 2.3.2 Direito comparado

Em sede de Direito comparado, observando os limites e objetivos do presente estudo, optou-se pela análise de três ordenamentos alienígenas, quais sejam: Argentina, Estados Unidos e Itália. Explica-se: a comparação utilizou como paradigmas um país da América Latina, com realidade próxima ao do Brasil, além dos Estados Unidos e Itália, países com importantes manifestações do crime organizado.

Na *Argentina*, o Código Penal estabelece que:

---

<sup>9</sup> A Convenção define como infração grave o “ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior” (Artigo 2, b), além de citar em seu texto a participação em grupo criminoso organizado, a lavagem de dinheiro e a corrupção.



Artículo 210 - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión<sup>10</sup>.

ARTICULO 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos<sup>11</sup>.

Em relação ao Art. 210, é bem de ver que se trata de tipo penal autônomo, plurissubjetivo (exigência de, no mínimo, três pessoas para a configuração), que visa tutelar a ordem pública (a se interpretar pelo título em que está inserido – *Delitos contra el orden público*), além de reservar aos líderes das associações penas mais graves. Ressalta-se da exegese do dispositivo suso mencionado a necessidade de associação permanente com o fim de praticar crimes.

A seu turno, o Art. 210 *bis* é um tipo especial em relação ao anterior, estabelecendo penas bem mais graves para punir membros de associação que, com suas ações, ameace a Constituição, indicando os elementos caracterizadores do grupo, o que permite inferir que o quadro típico se destina à organização com grande capacidade estrutural e de ameaça à ordem constituída.

<sup>10</sup> Artigo 210 - É punido com pena de prisão ou reclusão de três a dez anos aquele que participa de uma associação ou grupo de três ou mais pessoas para cometer crimes, pelo simples fato de fazer parte da associação. Para os líderes ou organizadores da associação a pena mínima é de cinco anos de prisão ou detenção (Tradução nossa).

<sup>11</sup> Artigo 210 *bis* - Se imporá prisão de cinco a vinte anos àquele que participar, cooperar ou ajudar na formação ou manutenção de uma conspiração para cometer crimes quando a ação contribui para comprometer a validade da Constituição, desde que que satisfeitas pelo menos duas das seguintes características:

- a) ser composto por 10 ou mais pessoas;
- b) Manter uma organização militar;
- c) Ter estrutura celular;
- d) Ter armas militares ou explosivos de grande poder ofensivo;
- e) operando em mais de uma das jurisdições políticas do país;
- f) ser composto por um ou mais oficiais ou suboficiais das forças armadas ou de segurança;
- g) Ter ligações notórias com organizações similares no país ou no exterior;
- h) Para receber algum apoio, ajuda ou endereço de funcionários públicos.

Nos *Estados Unidos*, ao contrário do Brasil (Art. 22, I, CF88), é permitido aos Estados legislarem sobre Direito Penal, de sorte que não há um código único, mas sim legislações penais específicas de cada Estado. Nada obstante, há o *United States Code (US Code)*, que compila as leis federais dos Estados Unidos da América. Com efeito, considerando a amplitude deste trabalho, não cabe a análise das normas estaduais específicas, razão por que as considerações aqui expostas limitar-se-ão à legislação federal.

No bojo do *US Code*, cite-se as previsões concernentes a “conspiracy” (conspiração): *conspiracy to commit offense or to defraud United States* (conspiração para cometer infração ou fraudar os Estados Unidos), *conspiracy to impede or injure officer* (conspiração para impedir ou lesar funcionário público e *solicitation to commit a crime of violence* (induzimento para cometer crime de induzimento)<sup>12</sup>. É certo que as imputações acima elencadas não se dirigem, especificamente, às organizações criminosas, mas vale a menção no sentido de identificar que a legislação trouxe tipos referentes a crimes de concurso necessário (associações, ou na dicção americana, conspiração).

Seguindo, tem-se na Lei RICO (*Racketeering Influenced & Corrupt Organization*) o principal instrumento normativo da legislação federal americana no combate ao crime organizado. A propósito, colhe-se a lição de Mendroni (2007, p. 169):

O objetivo principal do RICO foi punir a utilização de uma *empresa utilizada como fachada* para a prática de ações criminosas, em especial aquelas que denominaram de “racketeering activity” – entendidas como as práticas de assassinatos, seqüestros, contrabando, incêndio doloso, corrupção, extorsão, venda de material pornográfico e tráfico ilícito de entorpecentes.

Pela Lei, nenhuma pessoa pode manter qualquer tipo de interesse na existência da empresa de fachada com estas finalidades ou para estas atividades, tampouco associar-se ou conscientemente se manter funcionário delas.

Destaque-se, ainda na esteira de Mendroni (2007), a possibilidade de investigação emergencial, que consiste na designação de agente de investigação (tanto no âmbito estadual como no federal), pelo Ministério Público, autorizando-se, por exemplo, a realização de procedimentos como interceptações telefônicas, desde que justificados por uma situação de emergência de constatação de risco da segurança nacional ou de atividades praticadas por organizações criminosas, ou, ainda, pela existência dos pressupostos legais para obtenção de uma ordem judicial em relação aos crimes previstos. Em qualquer das hipóteses, a decisão do

<sup>12</sup> *US Code*, Título 18, Parte I, Capítulo 19, Seções 371 a 373.

Ministério Público tem que passar pela chancela de um juiz no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de invalidação<sup>13</sup>.

Não se olvide, ainda, o *USA Patriot Act*, editado em 24 de outubro de 2001, no contexto pós-11 de setembro. Caracteriza-se pelo caráter emergencial e rígido de suas disposições, acrescidas a dispositivos legais já existentes, com o escopo de combater o terrorismo.

Por fim, na *Itália* há a tipificação autônoma (e específica) da conduta de associar-se em grupo criminoso organizado (“associações tipos mafiosas” – Art. 416 *bis*), estabelecendo gradação entre aqueles que são meramente participantes e os dirigentes (MENDRONI, 2007), tal como visto alhures na legislação argentina.

Além desse tipo, há o de “associação para delinquir” (Art. 416), que tem caráter mais abrangente, aludindo à repressão das formas de associação delitivas em geral. Note-se, portanto, que houve evolução legislativa no sentido de reservar um tipo penal específico para as “associações mafiosas”, deixando, residualmente, as demais condutas para serem abarcadas pelo outro modelo legal (associação para delinquir).

Considerando o objetivo deste trabalho, deter-se-á à figura típica do Art. 416 *bis* – associações tipos mafiosas. De logo, cumpre ressaltar que o referido dispositivo está inserido no título V, Livro Segundo, que trata dos crimes contra a *ordem pública*, donde se extrai um dos bens juridicamente tutelados, porquanto se entende como crime pluriofensivo, indicando a liberdade moral dos cidadãos não ligados à associação, a ordem democrática e institucional e a ordem democrática como demais objetos jurídicos (FERRO, 2009).

Outrossim, no que tange ao tipo objetivo, impende destacar que a lei italiana estabeleceu a participação mínima de três agentes. Mais do que isso, ainda no artigo *sub oculi*, estabeleceu elementos caracterizadores deste tipo de organização criminosa: poder de intimidação e sujeição para possibilitar: o cometimento de crimes, o controle das atividades econômicas, concessões, autorizações, contratos e serviços públicos, o auferimento de lucros ou vantagens injustos, a interferência no exercício do direito de voto e, por fim, a obtenção de votos para si ou para outros<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> *US Code*, Título 18, Parte I, Capítulo 119, Seção 2518

<sup>14</sup> Articolo 416 bis (...) L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi

Para além da inserção de tipificação específica, outros institutos foram incluídos no sistema italiano como medidas de prevenção e combate. Os de maior importância, segundo Ferro (2009), são: a *Direção Investigativa Antimáfia* (DIA), estrutura de operação na área de segurança pública, a figura do *colaborador da Justiça*, em sede de direito premial, podendo se verificar antes, no decorrer ou depois do processo penal, e o *regime penitenciário diferenciado*.

### 2.3.3 Direito pátrio (Leis 9.034/95 e 12.694/12)

O ordenamento jurídico pátrio não contempla um tipo penal autônomo para as organizações criminosas, como o italiano. Ao revés, segundo Ferro (2009, p. 458),

o Código Penal conserva, em seu Art. 288, o tradicional tipo da “quadrilha ou bando” – expressão esta, sem dúvida, ultrapassada –, aplicável não apenas às associações ilícitas em geral, mas também às organizações criminosas, na ausência de norma penal incriminadora especial.

Na esteira do excerto colacionado, é fundamental consignar que “organização criminosa” não se limita a “quadrilha ou bando”, e, portanto, com estes não se confunde. O Art. 288 do Código Penal, inserido no Título dos crimes contra a paz pública, incrimina a conduta de associarem-se quatro ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. Este tipo penal, portanto, é genérico, vez que reclama, além do número mínimo de integrantes, apenas a associação com *animus* de permanência para o fim de cometer crimes. Inexiste, portanto, qualquer elemento especializante, fazendo com o que a figura típica possa se aplicar tanto à criminalidade comum quanto à criminalidade organizada.

Apesar de não haver no ordenamento pátrio um tipo penal específico para as organizações criminosas, tampouco uma conceituação normativa, editou-se a Lei nº 9.034/95, dispondo “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”. Na oportunidade, além permanecer silente acerca da definição, o legislador, primando pela atecnia, dispôs que tal Lei se prestava a definir e regular “meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando” (Art. 1º, *redação original*).

Neste primeiro momento, por conseguinte, identificou-se “organização criminosa” com “quadrilha ou bando”, o que foi, à época, alvo de intensas críticas doutrinárias. Silva (2003, p. 37) explica:

ao limitar a definição de organização criminosa, o legislador equiparou o tratamento de quadrilhas que praticam pequenos ou médios crimes (...) a grandes organizações que se dedicam ao crime organizado (...) em frontal contradição com a tendência contemporânea de separar as diversas modalidades de crimes.

Em 2001, o legislador, com o escopo de imprimir mais técnica à norma em comento, editou a Lei nº 10.217, alterando, entre outros dispositivos, o Art. 1º, que passou a ter a seguinte redação: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (redação com a qual vigora a Lei até hoje). Tal tentativa, porém, não foi bem sucedida, máxime porque, assim como a anterior, deixou de trazer o conceito de organização criminosa.

Ademais, a única mudança efetiva foi a inclusão da expressão “organizações ou associações criminosas”, o que, na prática, não afastou as inconsistências do texto. É o que aduz Silva (2003, p. 39):

“(…) o legislador também não afastou antigas dúvidas que pairavam na disciplina legal do fenômeno, pois, ao manter na lei a expressão “quadrilha ou bando”, continua a induzir os operadores do direito à conclusão – em que pese à pacificada orientação doutrinária em sentido contrário – de que as ações decorrentes desse tipo legal serão sempre praticadas por organizações criminosas, merecendo, portanto, o tratamento excepcional traçado pela Lei nº 9.034/95, o que viola o princípio da proporcionalidade, que orienta a reserva do emprego de meios excepcionais de busca da prova a condutas criminosas consideradas graves.

Até então tínhamos o seguinte panorama: não existia tipo autônomo que criminalizasse a participação em organização criminosa e não havia qualquer conceito normativo do que seria organização criminosa, a permitir a delimitação do campo de aplicação da Lei nº 9.034/95<sup>15</sup>.

Ocorre que, em 25 de julho de 2012, sobreveio a Lei nº 12.694, que, finalmente, estabeleceu o conceito de organização criminosa, em seu Art. 2º, que é o seguinte:

<sup>15</sup>Registre-se, ainda, que a falta desse conceito causava controvérsias na aplicação da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), porque, no Art. 1º, VII, estabelecia-se o crime praticado por organizações criminosas como antecedente da lavagem, imprescindível a configuração desta. Tal divergência perdeu a razão de ser com a edição da Lei nº 12.683/2012, que, alterando a Lei de Lavagem, excluiu o rol de crimes antecedentes, permitindo a configuração do crime quando os bens, direitos ou valores forem provenientes de *qualquer infração penal*.

associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Referido diploma, destarte, preencheu lacuna que há muito provocava críticas por parte da doutrina. E o fez incorporando alguns dos elementos caracterizadores já expostos no decorrer deste trabalho: estrutura plúrima e ordenada; divisão de tarefas, objetivo de obter vantagem; caráter de permanência (característica implícita, tal qual se observa no crime de quadrilha ou banco) e cometimento de crimes graves.

Anote-se, outrossim, que a Lei nº 12.694/2012 não se limitou à definição de organizações criminosas, trazendo também importantes inovações como a possibilidade de formação de um colegiado de juízes para tomada de decisões como decretação de prisão, sentença, inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado dentre outras (Art. 1º).

A formação do órgão plural é vinculada a existência risco à integridade física do magistrado singular, que, para tanto, deve em decisão fundamentada indicar essa circunstância (Art. 2º, § 1º). Ressalte-se que o colegiado será formado pelo juiz do processo e por dois outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição, tendo sua competência limitada ao ato para o qual foi convocado (Art. 2º, §§ 2º e 3º).

Hodiernamente, portanto, tem-se no Brasil o seguinte contexto normativo acerca do crime organizado: não há crime autônomo de participação em organização criminosa, mas, com a definição acima mencionada, é possível delimitar os lindes de abrangência da Lei nº 9.034/95, legitimando-se, nas hipóteses de delitos cometidos por organização que se encaixe no conceito legal, a utilização dos meios excepcionais de investigação e formação de prova.

No ponto, considerando a normatização pátria em relação aos crimes de concurso necessário, não custa lembrar a recente alteração legislativa – pela Lei nº 12.720/2012 – que acrescentou o Art. 288-A no Código Penal, criando a figura típica de *constituição de milícia privada*, nos seguintes termos: “Art. 288- A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código”.

### 3 INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO

A complexidade da estrutura, a diversificação das atividades e a constante mutação das organizações criminosas, associadas ao uso de meios logísticos e tecnológicos, tornam praticamente ineficazes os meios tradicionais de investigação que normalmente estão à disposição dos órgãos incumbidos da persecução penal.

Atendência, nesse sentido, é o desenvolvimento de novos métodos investigatórios que estejam à altura do desafio e permitam fazer frente ao intrincado sistema inerente ao crime organizado. Nesse sentido, Silva (2003, p. 40-41):

O caráter multiforme do crime organizado não repercutiu apenas no plano material, pois também no processo penal a tendência verificada, sobretudo na última década, é para que se desenvolvam estratégias diferenciadas para regulamentar com mais eficácia a obtenção da prova e o tratamento dispensado aos investigados e acusados pela prática de infrações relacionadas à criminalidade organizada, na busca da eficiência penal. Tal orientação foi motivada igualmente pela constatação de que os instrumentos processuais tradicionais para a apuração da criminalidade individualizada não se mostraram suficientes para o tratamento do fenômeno da criminalidade organizada, que em razão de suas características peculiares tem comprometido a atividade estatal de persecução criminal.

Como se não bastasse, os agentes do crime organizado buscam, com muito mais intensidade do que os “criminosos convencionais”, eliminar toda sorte de vestígios que os liguem às práticas delituosas, para o que têm à disposição uma série de meios. Nesse contexto, desponta a característica desses grupos de alto poder de intimidação pelo uso de violência, dificultando sobremaneira a produção de prova testemunhal. Confirma-se, nesta senda, a lição de Perez (2006, p. 245-246):

Es evidente, dada la anterior característica, que las organizaciones criminales poseen una multitud de medios a su disposición para tratar de que desaparezcan las huellas de los delitos que se hayan podido cometer, de esta manera, al destruir las posibles evidencias del ilícito generarán una dificultad extraordinaria tanto para llevar a cabo la investigación del delito, como para que después, si fuese necesario por la apertura del juicio oral, pueda realizarse la prueba.

(...)

La situación que acabamos de describir, se une a que a una organización delincencial no le preocupa en manera alguna, utilizar cualquier método, por lesivo que sea, para tratar de eliminar los vestigios de sus ilícitos tratando así de evitar ser descubiertos, investigados, y en su caso, posteriormente juzgados.

(...)

Para llevar a cabo sus propósitos no dudan en amenazar, extorsionar, chantajear, secuestrar a familiares de posibles futuros testigos, producir graves lesiones e incluso, en el peor de los casos, matar a aquellos que resulten potencialmente peligrosos para la organización. De este modo buscarán evitar los esfuerzos Del Estado y de los poderes públicos para aplicar la Ley.<sup>16</sup>

<sup>16</sup>É evidente, dada a característica anterior, que as organizações criminosas têm uma multiplicidade de meios à sua disposição para tentar fazer desaparecer os vestígios dos crimes que foram cometidos, desta forma, ao

Ocorre que esses meios de investigação – entre os quais se sobrepõem a ação controlada, a delação premiada, as interceptações (telefônicas, telemáticas e ambientais) e a infiltração de agentes policiais –, que assumem uma tendência mais complexa e invasiva, precisam ser analisados à luz do Processo Penal Constitucional, que assume função limitadora do poder punitivo, apoiando-se nos direitos e garantias fundamentais. Entretanto, além de seu caráter restritivo, não se nega a função instrumental deste mesmo Processo Penal, com vistas à aplicação do Direito Penal e repressão das condutas ilícitas, porquanto ao Estado cabe – e só a ele – o monopólio do *jus puniendi*.

Destarte, é claro o antagonismo subjacente à questão. Trata-se, assim, do dilema entre eficiência e garantismo – “o drama e a tragédia do direito processual penal”<sup>17</sup> – que se concretiza, no contexto ora apresentado, na instituição e aplicação dos meios operacionais de investigação destinados ao combate ao crime organizado, razão por que imprescindível a menção ao assunto na presente explanação.

Posto isso e considerando que à questão constitucional dedicou-se capítulo próprio, *infra*, cumpre, no desenvolvimento do presente capítulo, estabelecer considerações gerais acerca do instituto da *infiltração de agentes*, objeto específico deste trabalho.

### 3.1 Conceito e objetivos

A *infiltração de agentes* é um método investigatório que consiste na introdução de agente do Estado em uma organização criminosa, ocultando sua identidade (podendo ou não

---

destruir as possíveis evidências do crime geram uma dificuldade extraordinária tanto para levar a cabo as investigações criminais, como para que depois, se for necessário para a abertura do julgamento, possa se efetivar a prova.

(...)

A situação que acabamos de descrever se une ao fato de que a uma organização criminosa não preocupa, de maneira alguma, utilizar qualquer método, por mais prejudicial que seja, para tentar eliminar os vestígios de seus crimes, tentando, assim, evitar serem descobertos, investigados e, se for caso disso, posteriormente julgados.

(...)

Para atingir os seus propósitos, não hesitam em ameaçar, extorquir, chantagear, seqüestrar parentes de testemunhas potenciais, produzir lesão grave e inclusive, na pior das hipóteses, matar aqueles que são potencialmente perigosos para a organização. Deste modo, os esforços visam impedir os esforços do Estado e dos poderes públicos para aplicar a lei.

<sup>17</sup> “O drama e a tragédia da persecução criminal transcorrem cotidianamente num cenário formado por duas forças diretivas que colidem tensamente, acarretando a *contrariedade fundamental* da persecução criminal: quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e de sua autoria (*princípio institucional punitivo*), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais, e quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (*princípio instrumental garantista*), mais difícil se torna a coleta e a produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e de sua autoria”. (FEITOZA, 2010, p. 48 – Destaques no original).



valer-se de *falsa identidade*) e simulando a condição de criminoso, a fim de colher informações sobre seu funcionamento, composição e atividades, possibilitando a desarticulação do grupo.

Colhem-se da doutrina, nesse sentido, definições do instituto:

Consiste basicamente em permitir a um agente de polícia ou de serviço de inteligência infiltrar-se no seio de uma organização criminosa, passando a integrá-la como se criminoso fosse –, na verdade como se um novo integrante fosse. Agindo assim, penetrando no organismo e participando das atividades diárias, das conversas, problemas e decisões, como também por vezes de situações concretas, ele passa a ter condições de melhor compreendê-la através do repasse das informações às autoridades (MENDRONI, 2007, p. 53).

(...) consiste em infiltrar, incluir, integrar um funcionário público ligado aos órgãos policiais ou de inteligência em uma suposta organização criminosa, para que este, conhecendo a estrutura de comando e a mecânica da atividade, possa informar às autoridades policiais quais são os delitos praticados, mantê-los sob vigilância, indicar quem são os responsáveis e qual sua importância para o funcionamento da organização (BRITO, 2012, p. 251).

Las operaciones con agentes encubiertos consisten en el empleo de agentes de policía, por excepción de particulares, que actúan a largo plazo introduciéndose en una organización delictiva para combatir delitos especialmente peligrosos o de difícil esclarecimiento, provistos de una falsa identidad para tomar contacto con la escena delictiva y lograr tanto información como elementos de prueba, llevando a cabo la persecución penal cuando los otros métodos de investigación han fracasado o no aseguran el éxito de la misma (JARAMILLO, 2009, p. 25)<sup>18</sup>.

Confiram-se, ademais, as conceituações constantes no sítio do Federal Bureau of Investigation (FBI), órgão de inteligência do governo americano<sup>19</sup>:

A. “Undercover Activities” means any investigate activity involving the use of an assumed name or cover identity by an employee of the FBI or another Federal, state, or local Law enforcement organization working with the FBI.

B. “Undercover Operation” means an investigation involving a series of related undercover activities over a period of time by an undercover employee. For purpose of these Guidelines, a “series of related undercover activities” generally consists of more than three separate contacts by an undercover employee with the individual(s) under investigation. However, undercover activity involving sensitive or fiscal circumstances constitutes an undercover operation regardless of the number of contacts involved.

C. “Undercover Employee” means any employee of the FBI or another Federal, state, or local Law enforcement agency working under the direction and control of the FBI in a particular investigation, whose relationship with the FBI is concealed from third

<sup>18</sup>As operações encobertas envolvem o uso de policiais, excluindo os particulares, que atuam a longo prazo introduzindo-se em uma organização criminosa para combater crimes especialmente perigosos ou difícil de esclarecimento, valendo-se de uma identidade falsa para entrar em contato com o cenário delitivo e conseguir tanto informações como evidências, para a realização de processo criminal quando os outros métodos de investigação falharam ou não asseguraram o êxito (tradução nossa).

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://vault.fbi.gov/FBI%20Undercover%20Operations%20FBI%20Undercover%20Operations%20Part%201%20of%201/view>>. Acesso em: 25.mar.2013.

parties in the course of an investigative operation by the maintenance of a cover or alias identity<sup>20</sup>.

Nas definições acima transcritas percebe-se menção à possibilidade da infiltração apenas de agentes vinculados ao Estado, excluindo-se os particulares. É preciso, porém, ressaltar os posicionamentos de doutrinadores no sentido de que é possível a infiltração de pessoas estranhas aos quadros policiais, desde que esta atuação seja chancelada e supervisionada pelo Estado<sup>21</sup>.

Nesse contexto, De Los Monteros (2010), quando trata das técnicas de infiltração *lato sensu*, classifica-as em públicas, semipúblicas, semiprivadas e privadas, a depender do interesse subjacente e do âmbito de aplicação. No que importa mais especificamente ao estudo em desenvolvimento, destacam-se as *públicas* (que são desenvolvidas pelo poder público, normalmente por meio de um agente de polícia, para a satisfação do interesse público e da repressão e prevenção de crimes) e as *semipúblicas* (aquelas que se realizam sob a supervisão e o controle do poder público, mas levadas a cabo por particulares, referentes, basicamente, aos “agentes arrependidos”, isto é, que já fazem parte da organização, mas que, posteriormente, decidem contribuir com o Estado mantendo-se no grupo e repassando as informações pertinentes).

Neste último caso, ressalte-se, não se trata de *infiltração de agentes stricto sensu*, mas sim de *manutenção* de um agente, que passa a ser colaborador dos órgãos de investigação, agindo sob sua orientação a fim de ser contemplado com vantagens em sua situação penal. Aproxima-se, em certa medida, da delação premiada (v. 3.4.2, *infra*). Ao ensejo, à guisa de diferenciação de outros institutos afins, veja-se a lição de Souza (2012, p. 244):

O denunciante anônimo, como regra, não faz parte dos órgãos de persecução penal. A intenção (...) é fazer chegar até os órgãos oficiais a notícia da prática de qualquer crime ou indicar detalhes que contribuam com investigação em andamento. É uma atividade informal.

<sup>20</sup> A. "Atividades Encobertas" significa qualquer atividade investigativa que envolva o uso de um nome falso ou de uma identidade coberta por um funcionário do FBI ou de outra organização federal, estadual ou local de aplicação da Lei que trabalhar em conjunto com o FBI. B. "Operação Encoberta" significa uma investigação, envolvendo uma série de atividades relacionadas com atividades encobertas ao longo de um período de tempo por agente infiltrado. Para efeitos das presentes orientações, uma "série de atividades relacionadas com atividades encobertas" geralmente consiste em mais de três contatos do agente infiltrado com o indivíduo (s) sob investigação. No entanto, atividades encobertas envolvendo circunstâncias sensíveis ou fiscais constituem uma operação secreta, independentemente do número de contatos envolvidos. C. "Agente infiltrado" significa qualquer agente do FBI ou de outra organização federal, estadual ou local de aplicação da Lei que trabalhe sob a direção e controle do FBI em uma determinada investigação, cuja relação com o FBI é ocultada de terceiros no curso da operação investigativa através da manutenção de um disfarce (Tradução nossa).

<sup>21</sup> Acerca da previsão do ordenamento pátrio em relação aos legitimados para participar da infiltração, v. item 4.5, *infra*.

(...)

Os informantes, normalmente, são pessoas que vivem ou trabalham próximos da delinquência sem estar envolvidos com a mesma. São colaboradores informais e clandestinos dos órgãos policiais cuja identidade é preservada por questões de segurança. Normalmente, agem movidos por interesses pessoais, inclusive financeiros ou por ódio ou vingança.

Não se nega a importância da contribuição dos informantes, sendo provavelmente a mais antiga e habitual fonte de informações dos órgãos policiais.

Com efeito, pode-se elencar como características inerentes à infiltração de agentes a *dissimulação* (ocultação da condição do agente infiltrado e de suas intenções); o *engano* (a operação de infiltração apoia-se num simulacro que permite ao agente obter a confiança dos demais membros) e *interação* (relação direta e pessoal entre os agentes e os componentes do grupo) (SILVA, 2003).

Dessas características, é possível inferir os principais *objetivos* da medida: prevenção e repressão das atividades do crime organizado, tendo em mira a obtenção de informações diretas e concretas acerca do *modus operandi*, da identidade dos membros, da estrutura interna (e divisão de atribuições), além dos campos de atuação. Ao mais, cumpre esclarecer que há, por parte do agente, a busca de elementos de prova que possam vir a subsidiar a persecução penal em face dos integrantes da organização criminosa.

Consigne-se que a *infiltração de agentes* tem importante *caráter instrumental*, no sentido de que possibilita a efetivação dos demais meios operacionais de investigação, vez que o arcabouço probatório que subsidia as demais intervenções estatais (interceptação telefônica ou ambiental, v.g.) é, na maioria das vezes, iniciado pelas informações obtidas pelo(s) agente(s) infiltrado(s).

É de se destacar, nesse passo, que o funcionamento das organizações criminosas, por sua lógica intrínseca, baseia-se na clandestinidade, mantendo ocultas as identidades de seus membros e as ações desenvolvidas e a se desenvolver. Por isso e pela complexidade de sua estrutura, elas se tornam praticamente infensas à intervenção estatal, caso não haja meios específicos de investigação.

No azo, a *infiltração de agentes* é a infiltração do próprio Estado, que se mantém atuante e dinâmico (por intermédio do agente) dentro da hermética estrutura das organizações criminosas. Destarte, este método de investigação – mais do que outros – possibilita uma cognição mais ampla por parte dos órgãos da persecução penal das atividades delitivas, porquanto permite o contato *direto, imediato* entre o(s) agente(s) de segurança e os membros da organização.

Com efeito, assevera Mendroni (2007, p.54):

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, modus operandi, nomes – principalmente dos “cabeças” da organização, nomes de “testas-de-ferro”, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro etc.

### 3.2 Tipologia

A infiltração de agentes não se manifesta sob modalidade única. A doutrina, ao enfrentar a matéria, apresenta a diferenciação, utilizando como critério o tipo de ação desenvolvida, o tempo de ação e a finalidade primordial.

Brito (2012) diferencia entre *infiltração preventiva* e *infiltração repressiva*. Segundo entende, na primeira das modalidades o agente tão somente se infiltra com o escopo de acompanhar todas as atividades que acontecem, deixando, portanto, de tomar qualquer postura ativa. A finalidade típica é realizar a intervenção no momento da ação policial global, que for intentada para o desmantelamento da organização.

A seu turno, na *infiltração repressiva* o agente atua de forma efetiva na organização, praticando condutas ilícitas, tais como a provocação de um ato criminoso, ou mesmo praticando outros atos inerentes à organização criminosa de que momentaneamente faz parte.

No que tange a essa diferença e a repercussão na responsabilização criminal do agente infiltrado, aduz o autor:

A primeira participação [infiltração preventiva] é a que menos problemas dogmáticos acarretaria, com exceção da definição de se punir o agente que sendo policial observa a prática de um crime e deva ou não ser punido pela forma omissiva, já que como servidor policial teria a obrigação de agir para evitar o resultado. A segunda [infiltração repressiva] é a que mais nos preocupa, e a que mais persiste nas discussões acadêmicas sobre a infiltração.

Já José (2010), apoiando-se nas lições de Isabel Oneto, obtempera que, a depender do grau de envolvimento do agente e da duração da operação, pode-se dividir as infiltrações em *light cover* e *deep cover*.

As primeiras são tidas como menos intensas – mais “leves” –, caracterizando-se por não durarem mais de seis meses e exigirem um menor grau de experiência, planejamento e supervisão por parte do agente, que permanece com sua identidade e posição na estrutura policial. O fim colimado nesse tipo de infiltração é restrito, resumindo-se a uma única transação ou um só encontro para a obtenção de informações, e não exigem do agente a permanência no seio criminoso.

No que concerne às operações classificadas como *deep cover*, em sentido contrário, são consideradas mais intensas, “profundas”. Com efeito, apresentam maior duração e exigem do agente a total inserção no meio a ser investigado. É nesse tipo de infiltração que os agentes utilizam identidades falsas, chegando, inclusive, a romper relação com seu meio social originário. Afigura-se, destarte, como o tipo de infiltração mais arriscada para o agente, sendo o mais propenso a deixar conseqüências deletérias aos agentes.

Em De Los Monteros (2010), a nomenclatura é diversa: infiltrações de curta duração e infiltrações de longa duração. Entretanto, em essência, essas modalidades correspondem a *ligh cover* e a *deep cover*. Veja-se:

En este sentido, nos encontramos las infiltraciones policiales de corta duración. En ellas, el agente entra en contacto con la organización de manera esporádica y para concretas transacciones. Por ello, no es necesario conceder al agente una identidad supuesta, sino que basta con que oculte su verdadera condición de policía. Actuará para la investigación de delitos de tracto sucesivo, fundamentalmente, para descubrir el *iter criminis* de los mismos.

Por otro lado, encontramos las infiltraciones de larga duración, en las que el agente entra a formar parte de la organización y, por lo que consideramos absolutamente imprescindible una identidad supuesta que dé cobertura a su actuación en el entramado organizativo como si de un miembro más se tratara.

En estas operaciones, donde el agente encubierto entra a formar parte del entramado, la identidad supuesta, le proporcionará cierta protección frente a los miembros de la organización. Igualmente, el riesgo que correría el entorno del agente encubierto si se conociera la verdadera identidad se minimiza al otorgar la identidad ficticia<sup>22</sup>

### 3.3 Previsão legal

#### 3.3.1 Direito estrangeiro

É fundamental a análise das legislações alienígenas quanto à infiltração de agentes, a fim de que se estabeleça paradigmas para a avaliação da legislação pátria. Escolheu-se, para o

---

<sup>22</sup> Neste sentido, encontramos as infiltrações policiais de curta duração. Neles, o agente entra em contato com a organização esporadicamente e para transações específicas. Portanto, não é necessário conceder ao agente uma identidade falsa, bastando que oculte sua verdadeira condição de policial. Agirá para a investigação de crimes permanentes, essencialmente, para descobrir o *iter criminis* do mesmo.

Por outro lado, encontramos as infiltrações a longo prazo, em que o agente se torna parte da organização, de modo que considero absolutamente essencial uma identidade falsa que ofereça cobertura para o seu desempenho no âmbito organizacional como se fosse mais um membro.

Nestas operações, onde o agente secreto se torna parte da organização, a identidade assumida irá fornecer alguma proteção contra os membros da organização. Do mesmo modo, o risco que correria o agente se se conhecesse sua verdadeira identidade minimiza com a utilização da identidade falsa.

desenvolvimento do presente t3pico, os ordenamentos argentino, americano e italiano – j3 citados no item 2.3.2 –, acrescentando-se o espanhol e o portugu3s.

Na *Argentina*, o instituto est3 previsto no Art. 31 *bis* e seguintes da Lei n3 23.737, de 1989, que trata do tr3fico de drogas. Os dispositivos, trazidos ao ordenamento pela Lei n3 24.424, de 1995, limitam a infiltra33o de agentes (“agente encubierto”) 3 repress3o e ao combate do narcotr3fico (crimes previstos na Lei de refer3ncia e o contrabando de narc3ticos – Art. 866 do C3digo Aduaneiro). Nesse sentido, o Art. 31 *bis*:

Art3culo 31 bis. Durante el curso de una investigaci3n y a los efectos de comprobar la comisi3n de alg3n delito previsto en esta ley o en el art3culo 866 del C3digo Aduanero, de impedir su consumaci3n, de lograr la individualizaci3n o detenci3n de los autores, part3cipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resoluci3n fundada podr3 disponer, si las finalidades de la investigaci3n no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

- a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisi3n de los delitos previstos en esta ley o en el art3culo 866 del C3digo Aduanero,
- y
- b) Participen en la realizaci3n de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el art3culo 866 del C3digo Aduanero.<sup>23</sup>

De se notar que o legislador argentino condicionou a medida 3 pr3via autoriza33o judicial e firmou seu car3ter subsidi3rio (“se as finalidades da investiga33o n3o puderem ser conseguidas de outro modo”). Ademais, limitou a infiltra33o apenas a agentes das for3as de seguran3a, excluindo particulares.

Ainda no Art. 31 *bis*, tem-se a previs3o quanto 3 preserva33o do nome do agente infiltrado e de sua falsa identidade. Ao mais, determina-se, a fim de controlar a opera33o, que a informa33o que for sendo obtida pelo agente ser3 levada imediatamente ao conhecimento do juiz. Por fim, estabelece-se que a designa33o do agente infiltrado ser3 mantida em absoluto sigilo e, quando for absolutamente imprescind3vel colher como prova a informa33o pessoal do agente, este testemunhar3, adotando-se as provid3ncias necess3rias para o resguardo de sua seguran3a.

Na seq3ncia, tem-se importante previs3o (Art. 31 *ter*), *excluindo a punibilidade* do agente infiltrado que, como conseq33ncia necess3ria do desenvolvimento da atividade enco-

<sup>23</sup>Art3culo 31 bis. Durante o curso de uma investiga33o e a fim de comprovar o cometimento de algum crime previsto nesta lei ou no artigo 866 do C3digo Aduaneiro, de impedir sua consuma33o, de conseguir a individualiza33o ou pris3o dos autores, part3cipes ou comparsas ou para obter e assegurar os meios de prova necess3rios, o juiz por decis3o fundamentada poder3 dispor, se as finalidades da investiga33o n3o puderem ser conseguidas de outro modo, que agentes das for3as de seguran3a em atividade, atuando de forma encoberta: a) Introduzam-se como integrantes de organiza33es criminosas que tenham entre suas finalidades o cometimento de delitos previstos nesta lei e no artigo 866 do C3digo Aduaneiro e b) Participem de alguns dos atos previstos nesta lei e no artigo 866 do C3digo Aduaneiro.

berta, foi impellido a cometer um crime. Veja-se que, além de vincular o crime a uma *consequência necessária* da ação, a Lei argentina estabelece que remanescerá a punibilidade se o crime cometido implicar perigo concreto à vida ou à integridade física de uma pessoa ou infligir grave sofrimento físico ou mental a outrem.

Aluda-se, por fim, à disposição do Art. 31 sexies, que criminaliza a conduta do funcionário ou empregado público que indevida e dolosamente revelar informações acerca da identidade do agente infiltrado, estabelecendo-se, outrossim, uma modalidade culposa no mesmo sentido.

Na *Espanha*, tutelou-se a infiltração de agentes como meio de investigação a partir de 1999, quando a Lei Ordinária nº 5/1999 reformou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* – o Código de Processo Penal espanhol – acrescentou o Art. 282 *bis*, que no item 1 determina:

1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

Apesar de não ser expressa quanto à duração da medida, a Lei espanhola estabelece o prazo de 6(seis) meses, prorrogáveis por igual período, para a validade da identidade falsa atribuída pelo Ministério do Interior ao agente. Com efeito, à míngua de delimitador temporal específico, entende-se o interstício acima citado como parâmetro para realização da atividade.

No mais, quando o dispositivo se refere a “delincuencia organizada” deve haver interpretação conjugada com o item 4 do mesmo artigo, que a define como a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham por escopo o cometimento de delito(s) consoante rol constante, em que são citados, por exemplo, sequestro, tráfico de armas, terrorismo, falsificação de moedas etc.

Ainda no mesmo dispositivo, seguindo a linha da legislação argentina acima comentada, há referência à preservação do nome do agente infiltrado e de sua falsa identidade, bem como à necessidade de que se repasse a quem autorizou a medida as informações que forem sendo obtidas.

No item 2, a Lei de referência dispõe que os funcionários da polícia que houverem atuado em uma investigação com identidade falsa – devidamente autorizada na forma do quan-

to exposto acima – poderão manter essa identidade quando testemunharem no processo que digam respeito aos fatos em que houverem intervindo, desde que, para tanto, haja autorização judicial por decisão devidamente motivada.

Imprescindível citar, ainda, a previsão do item 3 no sentido de que quando as atividades de investigação puderem afetar os direitos fundamentais, o agente infiltrado deverá solicitar do órgão judicial competente as autorizações sobre o que estabelecem a Constituição espanhola e a Lei, bem como cumprir as demais previsões legais aplicáveis. Tal disposição insere-se no contexto de controle da operação, máxime quando se considera a possibilidade de se atingir direitos e garantias fundamentais.

No que toca à responsabilização penal do agente infiltrado, a legislação espanhola, tal como a argentina, exclui a punibilidade do agente infiltrado por aquelas atuações que sejam consequência necessária do desenvolvimento da investigação, sempre guardando a devida *proporcionalidade* com a finalidade da mesma e desde que *não constituam a provocação do crime*. Veja-se, no ponto, que a irresponsabilidade criminal do agente não é irrestrita – como não poderia sê-lo – e é balizada pela proporcionalidade e pela vedação da provocação do crime, conduta tida como ilícita na Espanha e, assim mesmo, no Brasil<sup>24</sup>.

Por sua vez, nos *Estados Unidos*, não há uma regulação específica para os agentes infiltrados, podendo-se observar sua previsão em inúmeros dispositivos penais, referentes a diversas atividades de investigação. Ademais, dentro do contexto de utilização do método investigativo nos Estados Unidos, tem-se que cabe ao Ministério Público a determinação para a infiltração de agentes (MENDRONI, 2007).

A despeito dessas disposições esparsas, vale mencionar o teor da Seção 533, capítulo 33, Título 28, Parte II do *US Code*:

The Attorney General may appoint officials  
 (1) to detect and prosecute crimes against the United States;  
 (2) to assist in the protection of the person of the President;  
 (3) to assist in the protection of the person of the Attorney;  
 (4) to conduct such other investigations regarding official matters under the control of the Department of Justice and the Department of State as may be directed by the Attorney General<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Sobre a provocação por parte do agente, v. item 5.3.3, *infra*.

<sup>25</sup> O Procurador Geral de Justiça pode designar funcionários

(1) para detectar e reprimir crimes contra os Estados Unidos;

(2) para ajudar na proteção da pessoa do Presidente;

(3) para ajudar na proteção da pessoa do Procurador Geral da Justiça; e

(4) para realizar outras investigações condizentes a assuntos oficiais sob o controle do Departamento de Justiça e do Departamento do Estado, como devam ser dirigidas pelo Procurador Geral de Justiça



Outro dispositivo do *US Code* que merece ser trazido à colação é o estampado na seção 885, “d”, capítulo 13, título 21, que trata da responsabilidade penal do agente infiltrado. É esta a previsão legal (que, a rigor, refere-se à imunidade civil e criminal relacionada a atividades com substâncias entorpecentes):

Immunity of Federal, State, local and other officials

Except as provided in sections 2234 and 2235 of title 18, no civil or criminal liability shall be imposed by virtue of this subchapter upon any duly authorized Federal officer lawfully engaged in the enforcement of this subchapter, or upon any duly authorized officer of any State, territory, policial subdivision thereof, the District of Columbia, or any possession of the United States, who shall be lawfully engaged in the enforcement of any law or municipal ordinance relating to controlled substances.<sup>26</sup>

Registre-se, ao fim, que a ressalva feita pelo texto legal às seções 2234 e 2235 se refere ao descumprimento, ao cumprimento com excesso de rigor ou ainda sem autorização das atividades inerentes à infiltração, por parte do agente infiltrado.

Tem-se, em sequência, a análise do ordenamento jurídico da *Itália* quanto ao instituto. O Decreto nº 309 do Presidente da República, de 1990, que trata dos crimes envolvendo o tráfico de drogas, prescreve em seu Art. 97 que não serão punidos os agentes da polícia que simularem a compra de substâncias entorpecentes a fim de adquirir provas inerentes aos crimes vinculados ao narcotráfico – previstos no referido diploma legal – e levar a cabo as operações anticrime planejadas, ressaltando a necessidade do conhecimento da ação por parte das autoridades policiais hierarquicamente superiores.

No mesmo sentido vai o Decreto-Lei nº 306, de 1992, o qual modificou o Código de Procedimento Penal italiano no contexto de urgência ante a necessidade de o Estado italiano responder às atividades criminosas da máfia. O texto trata, em essência, da exclusão da punibilidade de agentes da Direção Investigativa Antimáfia (DIA) e dos serviços centrais e interprovinciais de investigação.

Por fim, a Lei nº 269, de 1998, não discrepa das orientações anteriores. O diploma, editado para estabelecer formas de combate à prostituição infantil e o turismo sexual, estabelece a irresponsabilidade penal dos agentes policiais vinculados a unidades especializadas que adquirem a pornografia. Esse tipo de ação, que se assemelha com a

<sup>26</sup> Imunidade de Federal, Estadual, Local e outros policiais:

Exceto o disposto nas seções 2234 e 2235 do Título 18, nenhuma responsabilidade civil ou penal será imposta por força do presente subcapítulo em caso de qualquer policial federal devidamente autorizado e legalmente empenhado na aplicação do presente subcapítulo, ou em caso de qualquer policial devidamente autorizado de qualquer Estado, território, subdivisão política, considerando o Distrito de Colúmbia, ou qualquer posse dos Estados Unidos, que devem ser legalmente empenhados na execução de qualquer lei ou portaria municipal relativa às substâncias regulamentadas. (Tradução nossa)

*provocação* do crime, deve ser previamente autorizada pela Justiça e ter como finalidade exclusiva a obtenção de provas desses delitos.

Encerrando a análise em sede de Direito Comparado, tem-se o ordenamento de *Portugal*, em que a infiltração de agentes é regulamentada pela Lei nº 101, de 2001, que define “o Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal”<sup>27</sup>.

Destaque-se que o ordenamento português não limita a infiltração aos agentes de investigação, permitindo, assim, que “terceiro actuando sob o controlo da Política Judiciária” desenvolva esta atividade, “com ocultação da sua qualidade e identidade” (Art. 1º, 2). Ademais, tal como na Espanha, é estabelecido um rol de crimes cuja investigação pode ser realizada valendo-se do instituto aqui tratado. São alguns desses delitos: “homicídio voluntário”, terrorismo, tráfico de veículos furtados ou roubados, escravidão, sequestro, tráfico de drogas, “associações criminosas”, dentre outros (Art. 2º).

Ressalte-se, por oportuno, que a legislação é minudente acerca dos requisitos necessários à medida, bem como em relação às medidas de controle. É a previsão do Art. 3º:

1 -As acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação.

2 - Ninguém pode ser obrigado a participar em acção encoberta.

3 - A realização de uma acção encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma válida se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes.

(...)

6 - A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termino daquela.

Seguindo, após estabelecer medidas de proteção ao agente infiltrado (Art. 4º), o diploma em comento reserva dispositivo (Art. 5º) para tratar acerca da identidade falsa a ser atribuída, se necessário, ao “agente da polícia criminal”. A emissão do documento fica a cargo do Ministro da Justiça, mediante proposta do diretor nacional da Polícia Judiciária. Tal como na Espanha, a identidade é válida por um período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, “ficando o funcionário de investigação criminal autorizado a, durante aquele

<sup>27</sup> Dispositivos transcritos do original, em português de Portugal.

período, actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social”.

Interessante notar que apesar de citar a possibilidade de terceiro atuar nas “ações encobertas”, a Lei portuguesa atribuiu a possibilidade de identidade falsa apenas aos “agentes da polícia criminal”.

Ao fim, calha a previsão do Art. 6º que trata da responsabilidade criminal do agente infiltrado, e o faz nos moldes das legislações acima comentadas, destacando com critério de legitimação a proporcionalidade da ação:

- 1 - Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.
- 2 - Se for instaurado procedimento criminal por acto ou actos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento de tal facto, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização (...)

Findas as considerações acerca do Direito comparado, faz-se mister analisar como o ordenamento pátrio tutela o instituto.

### 3.3.2 Direito brasileiro

No Brasil, a infiltração de agentes é aludida em duas leis, quais sejam: nº 9.034/95 e nº 11.343/06, que tratam, respectivamente, dos meios de combate às organizações criminosas e do tráfico de drogas. São estes os dispositivos, pela ordem:

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:  
(*omissis*)  
V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

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;

À partida, percebe-se que são parcas as previsões legais, limitando-se a permitir a infiltração de agentes, sem, entretanto, minudenciar aspectos fundamentais, como fazem as legislações estrangeiras, conforme exposto no tópico *supra*.

Detendo-nos mais especificamente à Lei nº 9.034/95 – já que a outra previsão é específica para a Lei de Drogas –, é necessário que se aportem considerações acerca de sua evolução. É que, ainda no âmbito legislativo, o projeto desta Lei<sup>28</sup> trazia a seguinte redação para o Art. 2º:

Art. 2º

(*omissis*)

I – a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no Art. 288 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal, de cuja ação se preexclui, no caso a antijuridicidade.

Na análise do aludido projeto de Lei, o dispositivo em comento foi vetado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. A justificativa foi no sentido de que a previsão contrariaria o interesse público, vez que não contemplava a necessidade de autorização prévia do Judiciário para a efetivação da infiltração. Ademais, a parte final excluía, de plano, a antijuridicidade em relação ao crime de quadrilha ou bando (Art. 288, CP), o que, no entender do Ministério da Justiça (a quem coube a fundamentação do veto), afrontaria os princípios adotados pela sistemática do Código Penal (JOSÉ, 2010).

Assim, a Lei nº 9.034/95, em sua redação original, não fazia menção à infiltração de agentes como meio de investigação. Este panorama só se alterou com a edição da Lei nº 10.217, de 2001, que acrescentou o inciso V ao Art. 2º, com a redação já mencionada, em que se pode destacar a vinculação da medida à prévia autorização judicial e a falta de referência à responsabilidade penal do agente infiltrado.

O cotejo entre as legislações estrangeiras e a brasileira permite inferir que esta é absolutamente insuficiente e não alberga o instituto da maneira como deveria fazê-lo. Há, portanto, clara deficiência normativa que prejudica a aplicação efetiva deste meio operacional, até porque ausentes quaisquer balizas normativas que deem segurança (jurídica e fática) à operação.

---

<sup>28</sup>O projeto de Lei nº 3.516, de 1989 (“Projeto Miro Teixeira”) foi o primeiro pertinente à temática do crime organizado no Brasil, elaborado por uma subcomissão presidida pelo Deputado Miro Teixeira, que tinha como relator o Deputado Michel Temer, instituída no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Redação (JOSÉ, 2010, p.38).

Um dos problemas, todavia, foi solucionado com a definição de organizações criminosas dada pela Lei nº 12.694/2012. Com efeito, é possível, diante desse novo contexto normativo, identificar as hipóteses criminosas em que a utilização dos meios operacionais de investigação previstos na Lei nº 9.034/95 é viável.

Aqui, não se olvide a previsão da Lei de Drogas, acima mencionada. É que nem toda investigação relacionada ao tráfico de drogas envolve um organização criminosa tal como definido na Lei. Impõe-se, portanto, uma interpretação sistemática e arrimada no princípio da proporcionalidade, razão por que a infiltração de agentes só deve ser utilizada na investigação do narcotráfico quando envolver uma organização criminosa.

O entendimento ora esposado baseia-se na ideia de que a previsão do Art. 53 da Lei de Drogas torna-se despicienda frente à definição trazida pela Lei nº 12.694/2012, conduzindo interpretação diversa à inegável desproporcionalidade. É que em uma investigação de tráfico de drogas que não envolva associação organizada de pelo menos três pessoas<sup>29</sup> não é razoável o uso de medida tão extrema como a infiltração de agentes, até porque, nesse caso, certamente haverá outros métodos suficientes para a formação do arcabouço probatório. As demais hipóteses – quando se tratar de organização criminosa voltada ao tráfico – já estão albergadas pela Lei nº 9.034/95 (conjugado com o conceito trazido pela Lei nº 12.694/12). No mais, o fato de a Lei de Drogas ser especial e posterior em relação à Lei das organizações criminosas não infirma as considerações aqui expendidas.

Ocorre que, conquanto esteja definido o âmbito de aplicação da Lei nº 9.034/95, ainda restam outras questões que precisam, necessariamente, estar previstas em Lei, sob pena de se subutilizar o instituto em comento. Dentro dessa ordem de ideias, é preciso que sejam expressamente definidos pelo legislador: 1) legitimidade para requerer a medida; 2) regulamentação sobre a concessão e o uso de identidade falsa; 3) a (ir) responsabilidade penal do agente; 4) a delimitação temporal da infiltração; 5) medidas de controle judicial (prévio e concomitante) da atividade; 6) limites e objetivos da atuação do agente; 7) formas de preservação do sigilo da operação e da segurança do agente infiltrado e 8) regulamentação sobre o testemunho do infiltrado. Além disso, já há determinações nos dispositivos ora em

---

<sup>29</sup> Isso porque a busca por vantagem econômica é intrínseca ao tráfico de drogas e as penas previstas na Lei 11.343/2006, para os principais crimes, superam e muito o limite de 4 (quatro) anos (arts. 33, *caput*, 34 *usque* 37). No ponto, relembre-se o conceito de organização criminosa (Art. 2º, Lei nº 12.694/12): “associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

vigor da necessidade de autorização judicial prévia e limitação da infiltração a agentes públicos<sup>30</sup>.

A rigor, a carência legislativa limita a efetivação do método investigativo em estudo, tornando tabula rasa a previsão do Art. 2º, V, da Lei nº 9.034/95. Isso porque o cotejo entre a legislação pátria e as legislações estrangeiras permite asseverar, com segurança, que o instituto existe apenas em termos formais no Direito brasileiro.

Nem por isso, contudo, o seu estudo se torna despiciendo. É justamente pela ausência de previsão legal – aliada à importância e à utilidade desta técnica investigativa no contexto do combate ao crime organizado – que não se pode prescindir da discussão acerca das suas nuances.

### **3.4 Interação entre métodos de investigação**

Dentro do estudo dos meios operacionais de investigação destinados à prevenção e ao combate da criminalidade organizada, é possível identificar importante relação da infiltração de agentes com a *ação controlada* e a *delação premiada*, observando-se, no cotejo com esta última, a existência de situação híbrida, que nem se coaduna com a infiltração de agente nem é, tecnicamente, delação premiada, apesar de se aproximar desta, qual seja, a *manutenção de agentes*. É do que cuidaremos a seguir.

#### **3.4.1 Infiltração de agentes e ação controlada**

A ação controlada consiste no retardamento da ação policial, a fim de reservar a intervenção para o melhor momento no que diz respeito à formação probatória. Relaciona-se à prisão em flagrante, dando ensejo à figura do flagrante controlado, retardado ou diferido, ou seja, “é a situação em que a polícia pode manter a vigilância cuidadosa ou monitorar ação delituosa que esteja em flagrante delito e retardar o momento de prender, a fim somente fazê-lo no momento mais adequado” (FEITOZA, 2010, p. 889).

Há diversas previsões legislativas para o instituto no Brasil: na Lei nº 9.034/95, na Lei nº 9.613/98 e na Lei nº 11.343/2006. Confira-se nesta ordem:

---

<sup>30</sup> O assunto será retomado no item 4.5, *infra*, que tratará sobre a possibilidade de agentes públicos não-policiais participarem da infiltração.

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:

(omissis)

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (Redação dada pela Lei nº 12.683/2012)

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:

(omissis)

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

A interação entre os institutos em análise reside no fato de o pressuposto da ação controlada – que é o conhecimento da estrutura e da rotina da organização criminosa – ser obtido, com muito mais facilidade, pelos agentes infiltrados. As informações quanto ao tipo de atividade, o momento e o local de execução – que tentam ser a todo custo acobertadas pelo sigilo característico das organizações criminosas – são obtidos pelos agentes sob disfarce e possibilitam o acompanhamento pelos demais membros dos órgãos investigativos. Destarte, a infiltração de agentes, por assim dizer, refere-se a um controle “interno” das organizações criminosas, ao passo que a ação controlada representa o seu controle “externo”.

Repise-se, a propósito, o entendimento de Brito (2012), já aludido no tópico que tratava das modalidades de infiltração (3.2, *supra*), em que se destacou a *infiltração preventiva*, muito próxima, aliás, da ação controlada, vez que entendida como a modalidade em que o agente tão somente se infiltra com o escopo de acompanhar todas as atividades que acontecem, deixando de tomar qualquer postura ativa. A finalidade deste tipo de ação é realizar a intervenção no momento da ação policial global, que for intentada para o desmantelamento da organização.

Relevando a interligação entre os dois métodos investigativos, interessante a lição de Mendroni (2007, p. 53), para quem é *possível* a ação controlada *sem* a infiltração de agentes, indicando, inclusive, a possibilidade de distinção de nomenclatura:

É possível, no entanto, imaginar situação de ação controlada sem infiltração de agente quando, por exemplo, os policiais mantêm investigação de campanha, inclusive utilizando (...) equipamentos eletrônicos (...), casos em que, tecnicamente, quer nos parecer, melhor seria utilizar o termo *investigação monitorada* ao invés de *ação controlada*.

Nestes casos, o acompanhamento deve necessariamente ser realizado a distância, de forma que os integrantes da organização sequer saibam que estão sendo monitorados.

### 3.4.2 Infiltração de agentes e delação premiada

A delação premiada, em linhas gerais, ocorre quando, no interrogatório o réu, além de reconhecer sua responsabilidade, incrimina outro, atribuindo-lhe participação ou fornece dados para o deslinde da questão penal. Em troca da delação há o oferecimento de benefícios penais, que vão desde causas especiais de diminuição de pena até a extinção da punibilidade pelo perdão judicial.

Este instituto é amplamente utilizado pelo legislador brasileiro, porquanto diversas foram as leis em que houve a sua previsão, a saber: Leis nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), nº 8.072/90 (crimes hediondos), nº 8.137/90 (crimes tributários), nº 9.034/95 (organizações criminosas), nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro) e nº 9.807/99 (proteção a testemunhas) e nº 11.343/2006 (drogas).

Como já adiantado, há um instituto afim à infiltração de agentes, mas que com ela não se confunde, e que guarda relação com a delação premiada, que é a *manutenção de agentes na organização criminosa*, contexto em que exsurge a figura do *agente arrependido*. Esclarecedora, nesse sentido, De Los Monteros (2010, p. 98):

La infiltración, como pusimos de relieve al determinar las características básicas de esta técnica de investigación, supone la actuación de una persona que ocultando su verdadera identidad o personalidad, intenta obtener información relevante para la satisfacción de determinados intereses públicos.

Centrándonos en el agente encubierto, la nota característica, es la actuación mediante un doble engaño, tanto en la identidad como en la intención. Esta puede ser la primera diferencia que encontremos con sujetos como (...) el arrependido que no ocultan su verdadera personalidad ni identidad sino simplemente la intención de su actuación.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> A infiltração, como destacamos na determinação das características básicas desta técnica de investigação, envolve as ações de uma pessoa escondendo sua verdadeira identidade ou personalidade, busca obter informações relevantes para a satisfação de determinados interesses públicos. Centrando-se no agente infiltrado, tem-se que a nota característica, é a atuação mediante um duplo engano, tanto na identidade como na intenção. Esta pode ser a primeira diferença que encontramos com os sujeitos como (...) o arrependido que não escondem a sua verdadeira personalidade ou identidade, mas simplesmente a intenção de sua intenção.



Segue a autora (2010, p. 113-116), complementando os ensinamentos acerca do agente arrependido:

Creemos que el arrepentido tiene una peculiar importancia em este trabajo de investigación puesto que su intervención en la investigación puede dar origen a lo que se denomina como infiltración sobrevenida, es decir, el arrepentido puede considerarse como el instrumento que permite a las autoridades introducirse en las altas esferas de la organización supuestamente criminal que se trata, de investigar, a través de la información que brindan quienes la componen.

(...)

El arrepentido se considera como un colaborador de la justicia puesto que se define como un individuo que perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento, a cambio de ciertos beneficios y protección, colabora con las autoridades suministrándoles información suficiente sobre las conductas criminales que se han llevado a cabo y las que están en fase de preparación para así lograr su interrupción.<sup>32</sup>

Nos excertos acima transcritos é possível identificar as semelhanças e distinções deste instituto híbrido em face da ação infiltrada e da delação premiada. No que concerne à primeira delas: não se trata de *infiltração de agentes* porque, além de este não pertencer aos quadros do Estado, não houve a introdução de uma nova figura na organização criminosa, mas sim o aproveitamento de um indivíduo que lá já estava e que, *a posteriori*, decidiu colaborar com os órgãos de segurança. Em comum, pode-se citar a presença do Estado dentro da organização criminosa, consistindo, no dizer de De Los Monteros (2010), em tipo infiltração semipública (que é realizada por particulares, mas sob a supervisão e o controle do poder público)<sup>33</sup>.

Já em relação à delação premiada, o instituto *sub oculi* se diferencia por ser mais amplo<sup>34</sup> e por corresponder a atividades que se desenvolvem concomitantemente à ação criminosa (o agente arrependido continua na organização), sendo que a delação se dá em momento posterior, quando do depoimento do delator. Semelhantemente, destaque-se a busca do agente arrependido por proteção e por certos benefícios em relação à sua situação penal e processual

<sup>32</sup> Acreditamos que o agente arrependido tem uma importância peculiar neste trabalho de investigação, uma vez o sua intervenção na investigação pode dar origem ao que se conhece como a infiltração superveniente, ou seja, o arrependido pode ser considerado como o instrumento que permite às autoridades de introduzir-se nos escalões superiores da suposta organização criminosa em questão, para investigar, por meio da informação que fornecem aqueles que a compõem.  
(...)

O agente arrependido é visto como um colaborador da justiça, uma vez que é definido como um indivíduo que pertence originalmente à organização criminosa, mas, depois de um certo tempo, em troca de alguns benefícios e proteção, trabalha com autoridades fornecendo informações suficientes sobre os crimes que têm sido cometidos e aqueles que estão em fase de preparação de modo a conseguir sua interrupção (Tradução nossa).

<sup>33</sup> v. Item 3.1, *supra*.

<sup>34</sup> A figura do agente arrependido está no contexto da colaboração processual, que, na dicção de Silva (2003, p.77): “ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a consumir-se (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia em sua atividade de recolher provas contra os demais co-autores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). (...) É, assim, um instituto bem mais amplo que a delação premiada consagrada em várias leis brasileiras, a qual se restringe a um instituto de direito material (...) com reflexos penais”.

#### 4 COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

No contexto de um Estado Democrático de Direito a Constituição assume papel de preponderante destaque, máxime quando se considera sua supremacia e força normativa, razão pela qual é inegável que os preceitos constitucionais espraiam-se por todo o ordenamento jurídico, alterando concepções e orientando interpretações.

O processo penal, por óbvio, não é infenso a essa sistemática e sua conformação constitucional visa assegurar, em essência, que a sua função instrumental (aplicação do Direito Penal) esteja sempre associada ao respeito pelos Direitos e garantias fundamentais. É, como já mencionado alhures, a dupla função do Processo Penal Constitucional: efetivar o *jus puniendi* estatal ao tempo em que limita, restringe a atuação do Estado-acusador<sup>35</sup>.

Nesse diapasão, Arruda (1998, p. 115-116) assevera que:

No caso específico da produção probatória, existe um freqüente conflito entre os direitos fundamentais à segurança pública e os do acusado, como os direitos à liberdade, privacidade e intimidade.

(...)

Hodiernamente, se vem reconhecendo várias novas dimensões dos direitos fundamentais. Procura-se mesmo garantir não só o direito do indivíduo, mas os direitos das coletividades, dos indivíduos inseridos nas comunidades.

Ao longo da História, o Direito Penal evoluiu, e de forma notável, em favor do acusado. Instituíram-se garantias como a presunção de inocência e a vedação de provas ilícitas.

(...)

A posterior progressão dos direitos da sociedade está a exigir uma equânime ponderação entre as exigências coletivas e os direitos individuais.

Imperioso é reconhecer que a segurança coletiva é bem jurídico dos mais caros, e tem sido perseguida avidamente pelo moderno Estado democrático.

De logo importa fixar que nenhum dos direitos conferidos ao cidadão pode ser tido como absoluto ou ilimitado. Todos são de alguma forma restringíveis.

Assim é que os direitos e garantias fundamentais que de qualquer forma limitem a prova, também, devem ser vistos como não absolutos.

Em relação à aludida reletivização, na esteira de Marmelstein (2009), entende-se que é possível que norma infraconstitucional restrinja ou limite o conteúdo de um direito fundamental, quando houver autorização expressa nesse sentido (*direito fundamental com*

<sup>35</sup> “Uma interpretação constitucional-sistemática do ordenamento jurídico nos leva de um processo penal *reduutivo-punitivo* para um processo penal *histórico-garantista* (de direitos fundamentais), no sentido de que a investigação criminal e o processo penal propriamente dito devem considerar a multifuncionalidade e a integralidade dos direitos fundamentais das pessoas que lhes são submetidas (suspeito, investigado, acusado, réu, testemunha, ofendido) (...)

Quanto mais posições de direitos fundamentais de uma pessoa sejam afetadas por uma medida investigativa ou processual penal, mais fortes devem ser os elementos *fáticos, jurídicos e analíticos* que sustentem a implementação dessa medida. (Destques no original)” (FEITOZA, 2010, p. 52).

*reserva legal*) ou quando, apesar de não expressamente permitido no texto constitucional, a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional (*direito fundamental sem reserva legal*).

Relativizar, contudo, não significa aniquilar. É por isso que, ao abordar a temática, em especial a existência de “limites aos limites”, Branco, Coelho e Mendes (2009, p. 348) alertam que:

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias podem ser passíveis de limitação ou restrição.

É preciso não perder de vista, porém, que tais *restrições são limitadas*.

Cogita-se aqui dos chamados limites iminentes ou “limites dos limites” (...), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das noções impostas.

Exsurge, neste azo, a importância do *princípio da proporcionalidade*, já que é por seu intermédio que se permite a verificação da legitimidade de qualquer lei ou ato normativo em face da restrição de um direito fundamental. Nesse diapasão, Fernandes (2007, p.57), tratando do aludido princípio em sede processual penal, aduz:

(...) [são] pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um, formal, o da legalidade, e outro, material, o da justificação teleológica. Em virtude do princípio da legalidade, estendido ao direito processual penal, não poderia a restrição a direito individual ser admitida em prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposto e interpretada de forma estrita. Do pressuposto da justificação teleológica decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional.

O princípio da proporcionalidade apresenta três dimensões: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. Em relação à *adequação*, deve-se fazer um juízo de meio e fim, isto é, perquirir se os meios selecionados são apropriados para a realização do fim proposto. Na *necessidade* albergam-se as idéias de vedação do excesso (o meio escolhido deve ser o menos danoso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, deve ser apto a atingir os fins colimados) e proibição da proteção insuficiente (no sentido de que o Estado deve agir efetivamente na proteção dos direitos fundamentais). Por último, destaca-se a *proporcionalidade em sentido estrito*, em que se deve perscrutar as vantagens e as desvantagens inerentes à medida, em um juízo de custo-benefício.

E dentro do contexto deste estudo – a infiltração de agentes e o combate ao crime organizado – a proporcionalidade assume especial relevo na medida em que é indicada como

instrumento para aferir a legitimidade do sistema repressivo (desenvolvido para imprimir eficiência na prevenção e repressão das organizações criminosas) em face dos direitos e garantias fundamentais, procurando garantir o difícil equilíbrio. Veja-se, neste ponto, a posição de Fernandes (2007, p. 26):

O campo mais problemático para o legislador e para a doutrina é o da criminalidade grave e/ou organizada. Têm os países dificuldades em enfrentá-la. Não sabem mesmo como criar um corpo legislativo que, outorgando eficiência ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantias individuais assegurados nas Constituições e nas Convenções Internacionais.

Nesta toada, impõe-se considerar um importante aspecto que é a excepcionalidade dos meios de investigação destinados ao combate do crime organizado. Como já mencionado, são mais complexos e invasivos dos que os “métodos tradicionais”, motivo pelo qual só devem ser empregados em face das mais graves formas de criminalidade, pois, se assim não for, ausente a *necessidade* da(s) medida(s). Por isso mesmo, não se pode prescindir da definição de organizações criminosas, para que seja possível precisar o âmbito de aplicação desses métodos excepcionais, atendendo à proporcionalidade e impedindo o seu uso indiscriminado.

Em termos ainda mais específicos – tratando da *infiltração de agentes* em si – é preciso que, *no caso concreto*, seja realizado juízo de necessidade quanto à utilização desse meio de investigação. A análise abstrata, genérica e apriorística é insuficiente e não atende à proporcionalidade, porquanto é mister perquirir, com base nos dados dos autos, se não há outro método investigativo menos invasivo através do qual se consiga a obtenção da prova ou de informações relevantes. Destarte, a análise da proporcionalidade da infiltração de agentes, por meio da dimensão *necessidade*, só será possível no caso concreto.

Em relação à apreciação da infiltração de agentes pelo paradigma da *adequação*, tem-se como inequívoca a aptidão desse meio de investigação para amealhar dados importantes à persecução penal, é dizer, há perfeita congruência entre este meio e o fim almejado.

Resta, então, a análise pelo viés da *proporcionalidade em sentido estrito*. Como tal juízo é feito sobre uma relação de custo/benefício, é imperioso que se analise até que ponto os direitos e garantias fundamentais são atingidos pela concretização deste método de investigação, o que será feito, em termos específicos, nos itens 4.1 *usque* 4.4, *infra*.

#### 4.1 Contraditório postergado

O princípio do contraditório tem envergadura constitucional (Art. 5º, LV) e, jungido à ampla defesa, forma o cerne do devido processo legal<sup>36</sup>.

O princípio do contraditório se arrima, basicamente, no binômio “ciência e participação”. Com efeito, é preciso dar conhecimento às partes de todos os atos e fatos constantes no processo para que se viabilize a participação dos interessados na formação do convencimento do juiz. Há, ainda, nova formulação do princípio, que avança para incluir em seu conceito a noção de *par conditio* ou “paridade das armas”, sobrelevando a busca por uma efetiva igualdade processual. É o que explica Oliveira (2010, p. 45):

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim como garantia de *participação* – mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma *intensidade* e *extensão*. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade. (Destques no original).

É bem de ver, no sentido do exposto, que a liberdade do indivíduo – enquanto interesse subjacente a uma relação penal – impede que o contraditório seja tomado por um viés meramente formal, impondo-se a sua efetivação substancial.

É com esteio na lógica de que o contraditório é imprescindível, mas, a depender das circunstâncias, pode ser posterior ao ato (diferido) é que se legitima a *infiltração de agentes* e, conseqüentemente, a(s) prova(s) obtida(s) através desse método. As circunstâncias a que se aludiu dizem com a natureza sigilosa da medida e a impossibilidade de dar ciência ao(s) investigado(s), sob pena, por óbvio, de total inviabilização.

É cediço que o contraditório postergado – o qual se trata, a rigor, de redimensionamento do princípio em comento – é de efetivação comum no ordenamento jurídico. Basta mencionarmos medidas como a interceptação telefônica e a busca e apreensão, que dão ensejo às *provas cautelares*. No mesmo sentido, as *provas irrepetíveis* – oriundas, por exemplo, de exame de corpo de delito.

Nesses casos, à defesa não é vedada a possibilidade (e nem podia ser) de questionar a legitimidade formal da medida, tampouco de contraditar os elementos probatórios produzidos. Ocorre que a manifestação defensiva é ulterior. Assim, ao réu, *em momento posterior ao da*

<sup>36</sup>“O dever de processar com ética, respeitando os direitos fundamentais, inclui, em primeiro lugar, o dever de observar o devido processo, que é a fonte de todas as garantias processuais. Toda vez que o poder público restringir direitos de liberdade ou patrimoniais dos indivíduos, seja em processo judicial ou administrativo, deverá observar a cláusula do *due process of Law*, com todas as conseqüência que ele acarreta em favor do cidadão” (MARMELSTEIN, 2009, p. 163).

*obtenção da prova*, deve ser assegurando o direito de: 1) criticar, concretamente, a *forma* adotada na colheita dos elementos probatórios e 2) requerer e apresentar a contraprova.

Não há, por conseguinte, qualquer óbice constitucional à efetivação de um contraditório postergado, máxime quando se considera a imprescindibilidade da produção probatória *inaudita altera pars*, sob pena de total inviabilização da medida se chegasse previamente ao conhecimento do investigado. Alerta-se, mais uma vez, que, mesmo postergado, o contraditório – enquanto requisito de validade da prova – precisa ser efetivo e pleno.

#### 4.2 Ampla defesa e testemunho do agente infiltrado

O princípio da ampla defesa é invariavelmente vinculado ao do contraditório, tanto que o próprio texto constitucional os previu no mesmo dispositivo (Art. 5º, LV). Como ressaltado, não se pode mesmo desconsiderar essa relação, máxime quando se tem em conta que ambos formam a base do *due process of law*. Oliveira (2010, p. 46), entretanto, adverte:

Embora haja defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base.

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da *garantia de participação*, isto é, garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.

A *defesa* do acusado no processo penal só será *ampla* se envolver a defesa técnica (promovida por advogado regularmente constituído), a autodefesa<sup>37</sup> (possibilidade de o próprio réu ser ouvido e, se assim desejar, refutar os fatos a ele atribuídos), a defesa efetiva e a utilização de qualquer meio de prova apto a desconstituir a acusação.

É certo que ao réu, em nome da plenitude de defesa, precisa ser garantido o acesso a todas as informações pertinentes a fim de que, junto à defesa técnica, seja possível o estabelecimento da linha defensiva, definindo *o que* e *como* impugnar no correr do processo.

Baseado nisso, e trazendo a discussão para o âmbito da *infiltração de agentes*, tem-se como inafastável a necessidade de depoimento judicial do agente policial que participou da

<sup>37</sup> O interrogatório é meio de defesa, previsto, inclusive, no Art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (Dec 687/92): “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

operação. A nosso juízo, do ponto de vista constitucional, seria inconcebível o desenvolvimento de um processo, em cuja fase prévia tenha ocorrido a infiltração de agentes, sem a oitiva do infiltrado, o que impossibilitaria a defesa de impugnar na sua amplitude o conjunto probatório, vez que não teria a “chance de questionar o agente acerca das circunstâncias em que se deu a infiltração e da forma como foram obtidas as provas” (JOSÉ, 2010, p,123).

De outra banda, analisando a pertinência do testemunho do agente para a acusação, trazem-se à colação as considerações de Mendroni (2007, p. 59):

Há que se considerar ainda, embora a lei silencie, a permissividade de o agente infiltrado servir de testemunha – diga-se, importantíssima, a respeito das atividades da organização criminosa dentro da qual terá convivido. Estará em condições de descrever ao Juiz tudo o que tiver presenciado e relatar as atividades criminosas e os respectivos *modus operandi*.

Desconsiderando, por ora, a questão quanto à valoração do depoimento do infiltrado – de que cuidaremos em tópico próprio (5.4, *infra*) –, é bem de se ressaltar, na esteira do excerto acima, que não há no Brasil regulamentação legislativa nesse sentido, ao contrário do que acontece, por exemplo, na Argentina e na Espanha (3.3.1, *supra*).

A despeito disso, caso o agente infiltrado não seja indicado no rol de testemunhas da acusação, o magistrado responsável, com espeque no Art. 209<sup>38</sup> do Código de Processo Penal, deve fazê-lo.

É de se registrar, no ponto, o entendimento de Almeida (2010), no sentido de que o sigilo quanto à identidade do agente afrontaria o direito à ampla defesa e ao contraditório. Portanto, considerando a necessidade de preservação do agente, a sua participação como testemunha só deveria ser permitida pelo juízo em casos excepcionais, ocasião em que, na sua linha de raciocínio, não haveria ocultação da identidade do agente infiltrado.

Não parece ser esse o melhor entendimento, justamente porque, se assim for, mais afetado estará o direito de defesa do acusado. Manter o agente de todo afastado da instrução – sem permitir a defesa questionar suas ações – é evidentemente mais gravoso do que ocultar sua identidade.

Como há possibilidade de o agente faz uso de identidade falsa<sup>39</sup>, é necessário compatibilizar o sigilo em torno da identidade do agente (inerente ao método de investigação

<sup>38</sup> Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

<sup>39</sup> Quanto às modalidades de infiltração, v. 3.2, *supra*.

ora analisado, tanto durante a operação, por razões evidentes, quanto posteriormente a ela<sup>40</sup>), a necessidade de seu testemunho e o direito à ampla defesa do acusado.

Para tal compatibilização, exsurtem as previsões da Lei de proteção às testemunhas (Lei nº 9.807/99)<sup>41</sup>, que permitem à testemunha (no caso, ao agente infiltrado enquanto testemunha) a *manutenção do sigilo* da identidade. Confira-se:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

(...)

Art. 9º Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

Assim, à falta de legislação específica, entende-se possível a aplicação, *no que couber em relação ao infiltrado*, da aludida Lei. Com efeito, permanece o sigilo, o agente infiltrado depõe e a defesa pode contraditá-lo. Destarte, a defesa não perde – e nem poderia – a possibilidade de questionar o agente e, principalmente, os métodos de obtenção da prova. Até porque, como ressaltado alhures, é preferível que o infiltrado deponha, ainda que com a identidade preservada, a se manter completamente ausente da instrução probatória.

O Supremo Tribunal Federal acerca das previsões da Lei nº 9.807/99, nomeadamente no que concerne à restrição de acesso aos dados de qualificação das testemunhas, assim decidiu:

Legitimidade da providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha (Lei nº 9.807/99). Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. (STF, HC 90321, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008)

Legal a determinação de omissão dos nomes das testemunhas na denúncia e no libelo-crime. Tal ato não esbarra nas garantias constitucionais, mormente quando aos advogados dos réus foi permitida a participação na inquirição das testemunhas. (STF, RHC 89.137/SP, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em

<sup>40</sup> Para Mendroni (2007), a ocultação da identidade do agente infiltrado funda-se em três razões: se fosse diferente, o agente dificilmente concordará em colaborar, sabendo que os integrantes da organização criminosa, em algum momento, saberão de sua condição e sua identidade; sendo desvelada a identidade, o agente já não poderá mais atuar como infiltrado em futuros casos e, por fim, o risco à segurança do agente e de pessoas próximas a ele.

<sup>41</sup> Para Feitoza (2010) a condição do agente no período pós-infiltração pode ensejar, a depender do caso concreto, medidas gradativas, como o afastamento temporário das funções, mudança de local de trabalho ou até mudança de identidade (*nos moldes do serviço de proteção de testemunhas*, pois o agente tornou-se uma testemunha do caso).



20/3/2007)

Por mais que não sejam específicos em relação à infiltração de agentes, os precedentes colacionados bastam para inferir a posição favorável da Suprema Corte sobre a possibilidade de ocultação de dados de qualificação de testemunhas, dentro da necessidade, garantindo, por evidente, a participação defensiva na produção da prova testemunhal, contraditando a acusação.

#### **4.3 Direito à intimidade e à privacidade**

O direito fundamental à intimidade e à privacidade, dentro do contexto dos direitos da personalidade, assegura ao cidadão a inviolabilidade de sua vida privada (não absoluta, como já mencionado), âmbito em que ninguém – quer sejam particulares que seja o próprio Estado – pode se imiscuir.

Na ordem constitucional de 1988, tal direito restou estampado no Art. 5º, 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”. Este direito fundamental – que como tal ostenta natureza declaratória – encontra nos incisos XI e XII duas garantias dele decorrentes, que se referem, respectivamente, à inviolabilidade do domicílio e das comunicações.

Não é de se confundir as noções de intimidade e de privacidade, representando, em verdade, gradações da intensidade de proteção.

Com Jaramillo (2010), valendo-se da teoria dos círculos concêntricos de Robert Alexy, tem-se que a *privacidade* é o círculo mais amplo, onde se instalam as relações mais superficiais. O acesso público é limitado, mas, em termos de intensidade, é o que envolve informações menos relevantes – porque menos íntimas – acerca da vida do indivíduo e, portanto, seu afastamento não demanda requisitos tão rígidos. Nesta esfera de proteção inserem-se, por exemplo, o *sigilo dos dados*, que, como cediço, não se confunde com o *sigilo das comunicações*.

A intimidade, a seu turno, é a esfera de proteção imediatamente posterior à privacidade, englobando, destarte, informações mais restritas sobre o ser humano, divididas com poucas pessoas. Para afastar a intimidade sobre determinado ponto, não se pode prescindir de rígidas e pormenorizadas restrições. É o que ocorre, por exemplo, com a interceptação telefônica, que

reclama reserva de jurisdição e só pode ser decretada no interesse de investigação penal (Art. 5º, XII, CF88).

Há, ainda, um terceiro círculo de proteção – e mais restrito –, esse tutelando informações inafastáveis até mesmo pelo interesse público, que se referem ao âmbito mais interior do indivíduo, que muitas vezes não são nem compartilhadas, onde se inserem, *v.g.*, a opção sexual e religiosa.

É inegável, dentro do exposto, que a atuação do agente infiltrado pode, com frequência, atingir a intimidade e a privacidade dos investigados. Trazendo a discussão especificamente para a garantia de inviolabilidade domiciliar, há posição no sentido de que, como a infiltração se baseia no engodo (o agente esconde sua verdadeira condição), qualquer autorização que seja dada pelo investigado ou por terceiro é viciada, porquanto este incorreu em evidente erro (ante a noção equivocada da realidade provocada pelo agente infiltrado). Nesse sentido, Jaramillo (2010, p. 104) explica que:

(...) la invitación que el investigado o las personas con quienes convive le hagan al agente para dejarlo entrar en su domicilio, no puede entenderse tampoco como un registro voluntario que no necesite de orden judicial, pues dichas personas al consentir el ingreso lo hacen sin saber que están permitiendo la entrada a su hogar al Estado para que los investigue, y no podría considerarse que se trata de una voluntad libre, pues está fundada en el engaño del funcionario y el error que produce en las personas; así podríamos afirmar que si las mismas supieran la verdadera identidad y función que cumple el agente, muy seguramente su decisión sería otra<sup>42</sup>.

Assim, considerando que a entrada do agente não encontra amparo na permissão emitida pelo morador (porque essa aquiescência é viciada) o entendimento é no sentido de que não se pode prescindir, como requisito de legitimidade, da autorização judicial.

Há, contudo, posição doutrinária diversa, tendo em mira que o consentimento do indivíduo, ainda que não totalmente baseado na realidade fática, legitima a entrada em domicílios. Argumenta-se, nesse sentido, que a autorização judicial inicial (a que defere a medida requestada pelos órgãos de investigação) associada à concordância do morador revestem o ingresso do agente de licitude. Pontua-se que a operação restaria de todo inviabilizada se, a cada vez que o infiltrado tivesse que adentrar a um domicílio, fosse

<sup>42</sup> (...) o convite que o investigado ou as pessoas com quem convive tenham feito para o agente para deixá-lo entrar em sua casa não pode ser entendido como uma manifestação voluntária que prescinda de uma ordem judicial, pois essas pessoas ao consentir a entrada o fazem sem saber quem estão permitindo o ingresso do Estado em sua casa para que os investigue, e não se pode considerar essa vontade como livre, pois está baseada no engano do funcionário e o erro que produz nas pessoas; assim poderíamos afirmar que se essas soubessem a verdadeira identidade e função que compre o agente muito seguramente sua decisão seria outra (Tradução nossa).

necessária a autorização do magistrado. De Los Monteros (2010, p. 196-198) assim se posiciona:

Así, debemos tener presente que el agente no tendrá conocimientos *a priori* de que la entrada en algún domicilio se va efectuar y la exigencia de resolución judicial produciría el anquilosamiento de la infiltración frustrándose, probablemente, la investigación.

(...)

Esta opción supone considerar legítimas las entradas practicadas por los agentes encubiertos bajo la aquiescencia del titular, siempre que el consentimiento se obtenga con la sola utilización del engaño que el Estado reconoce, es decir, no podrán utilizarse maniobras ocultas o sibilinas para conseguir el consentimiento del titular, em cuyo caso la entrada devendría ilícita e ilegítima.

Así debemos concluir que la autorización inicial para proceder a la infiltración policial, legitima el engaño bajo el uso de la identidad supuesta. Por ello, todas las actuaciones que descansen de manera exclusiva en ese engaño, deben quedar, por ende, legitimadas no tanto por la autorización inicial sino por el consentimiento prestado por el titular, pues el vicio que supone el engaño, es permitido por los órganos de persecución penal<sup>43</sup>.

Consigne-se, no azo, que a Lei nº 9.034/95 faz menção à necessidade de “circunstanciada autorização judicial”. Da exegese do dispositivo tem-se que tal referência é feita ao *decisum* que defere o pedido formulado pelos órgãos de investigação. Essa primeira decisão, para ser circunstanciada, tem que minudenciar os limites, *aferíveis naquele momento*, das atividades do infiltrado. Ocorre que a primeira autorização do juízo pode não ser suficiente para legitimar todas as ações do agente infiltrado, porquanto a investigação pode evoluir, fazendo-se necessário o desenvolvimento de outras atividades. Por conta disso, a solução aventada é a de requerer ao juízo, quando necessário, a *extensão* da medida inicialmente deferida.

No mais, quanto ao fato de o agente presenciar conversas de cunho pessoal do investigado travadas com terceiros – e, portanto, fora do âmbito de interesse da investigação – não parece haver incompatibilidade constitucional, partindo do pressuposto de que a

---

<sup>43</sup> Assim, devemos ter em mente que o agente não conhecerá *a priori* de que a entrada em algum domicílio será efetuada e a exigência de decisão judicial produziria o aniquilamento da informação, frustrando-se, provavelmente, a investigação.

Essa opção supõe considerar legítimas as entradas praticadas pelos agentes infiltrado mediante a aquiescência do titular, sempre que o consentimento que se obtenha com a utilização do engano que o Estado reconhece, isto é, não podem utilizar-se de manobras ocultas para conseguir o consentimento do titular, em cujo caso se deveria considerar a entrada ilícita e ilegítima.

Assim, devemos concluir que a autorização inicial para proceder à infiltração policial legitima o engodo sob o uso da identidade falsa. Por isso, todas as atuações que derivem exclusivamente desse engano devem restar legitimadas, nem tanto pela autorização inicial, mas sim pelo consentimento prestado pelo titular, pois o vício que supõe o engano é permitido pelos órgãos da persecução penal (Tradução nossa).

infiltração está autorizada judicialmente. Ora, *mutatis mutandis*, a lógica da medida é a mesma das interceptações de comunicações telefônicas: um agente estatal tem acesso a diálogos do investigado, sendo que muitos deles são desprovidos de pertinência com o objeto da intervenção. Não há falar, em uma ou outra hipótese, em invasão à privacidade que justifique a pecha de inconstitucionalidade, até porque, no caso das interceptações telefônicas, há previsão do instituto expressa no texto da Carta Magna e, como cediço, não há norma constitucional originária inconstitucional.

Seguindo-se é mister analisar, à luz do direito à intimidade, a concretização da medida prevista no Art. 2º, IV, Lei 9.034/95 pelo agente infiltrado. É este o teor do dispositivo: “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

A disciplina legal traz as expressões “captação” e “interceptação”, sendo pertinente distinguir *gravação* e *interceptação* ambiental. A *gravação* corresponde à captação da conversa presencial por um dos interlocutores (no caso o agente infiltrado), sem o conhecimento do outro. Já na *interceptação* a captação da conversa se dá por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores. Nesse caso, a função do agente infiltrado é aproveitar o seu acesso aos locais frequentados pela organização e lá instalar os equipamentos, ação que seria extremamente mais difícil de se operacionalizar se fosse realizada por um “agente policial externo”, o que denota, como indicado alhures, o caráter instrumental da infiltração de agentes.

Do ponto de vista da intimidade, a autorização judicial, nos termos da lei, é suficiente para legitimar a medida, até porque a proteção conferida às comunicações que serão interceptadas/gravadas se inserem nesta segunda esfera de proteção, podendo ser afastada ante o interesse público, desde que, obviamente, estejam presentes os requisitos legais, máxime a chancela do magistrado<sup>44</sup>.

No mesmo sentido é a conclusão quanto à viabilidade de apreensão de documentos pelo agente infiltrado, atividade que pode ser fundamental aos objetivos da investigação, que pode ser perfeitamente concretizada *se tiver sido autorizada judicialmente*.

---

<sup>44</sup> Assim decidiu o STF: “Salientou-se o disposto [no] Art. 2º, [IV] na redação dada pela Lei 10.217/2001 (...) e concluiu-se pela licitude da escuta realizada, já que para obtenção de dados por meio dessas formas excepcionais seria apenas necessária circunstanciada autorização judicial, o que se dera no caso. Asseverou-se, ademais, que a escuta ambiental não se sujeita, por motivos óbvios, aos mesmos limites de busca domiciliar, sob pena de frustração da medida, e que, não havendo disposição legal que imponha disciplina diversa, basta a sua legalidade a circunstanciada autorização judicial” (STF, Inq 2424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgado em 19 e 20.11.2008).

Não custa ressaltar que as medidas acima aludidas – apreensão de documentos e interceptação/gravação ambiental – reclamam autorização expressa e específica do juízo. Com efeito, o deferimento do pleito no que concerne à infiltração não concede ao agente, *ipso facto*, a possibilidade de consecução das demais atividades, até porque, para tanto, é de se analisar a casuística, não sendo suficiente, sob pena de afronta as garantias constitucionais, uma autorização meramente genérica.

Feitas essas considerações, seguimos consignando a necessidade, a nosso aviso, de o magistrado exigir, como requisito de validade da medida, a preparação de relatórios periódicos das atividades desenvolvidas, com o escopo de propiciar, ao fim da infiltração, uma visão holística da operação. Conjugado a isso, mesmo diante da ausência de previsão normativa de um limite temporal, o juiz que autorizar a medida deve estipular um prazo para a sua consecução, ao fim do qual, se necessário, pode ser requerida a prorrogação. Essas providências, rapidamente elencadas, serviriam para estabelecer, ainda que minimamente, um controle da infiltração<sup>45</sup>.

Ressalte-se, aliás, que a documentação de todas as atividades do agente infiltrado constituirá material de extrema relevância para a defesa, fundamental para a concretização do contraditório diferido.

É bem de ver, por fim, que só se pode permitir ao agente extrapolar os lindes judicialmente definidos se e somente se a medida for tomada em total pertinência com os objetivos da investigação, devendo o infiltrado responder (penal e administrativamente) pelos excessos.

#### **4.4 Direito à não autoincriminação**

Decorre do princípio da não culpabilidade (ou presunção de inocência) o direito de o imputado não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Assim, partindo-se da premissa de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Art. 5º, LVII, CF88), deve o Estado, por meio dos órgãos incumbidos da persecução, angariar os elementos probatórios que baseiem o juízo condenatório. Não se pode exigir, destarte, que o acusado participe compulsoriamente na formação da prova a ele contrária.

---

<sup>45</sup> Sobre o controle da infiltração de agentes, v. item 5.2, *infra*.

Nesse aspecto, no âmbito internacional, o Pacto de San José da Costa Rica (Declaração Americana sobre Direitos Humanos, Art. 8º, 2, g) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Art. 14, 2; 3, g) expressamente preveem o direito à não autoincriminação.

Já a Constituição Federal, no Art. 5º, LXIII, dispõe que o preso deverá ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. É de se ver, contudo, que o princípio da não autoincriminação não se resume ao direito ao silêncio<sup>46</sup>, estendendo-se também à inviabilidade de participar de qualquer tipo de atividade probatória que possa incriminá-lo.

Quanto a isso, Oliveira (2010, p. 43) obtempera:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não autoincriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.

Estabelecidas essas premissa teóricas, é mister fazer uma análise das atividades do agente infiltrado à luz do direito fundamental do acusado de não produzir provas contra si mesmo. É que o agente policial infiltrado atua baseado no engodo (ocultação da identidade) e busca a aproximação com o(s) alvo(s) a fim de conquistar sua confiança, podendo, dessa forma, obter do investigado a confissão de seus atos e outras informações relevantes que podem levar à sua incriminação. O emprego de tal meio (manipulação) tornaria inválidas as declarações. Nesse sentido:

Así, frente a la utilización del agente encubierto como medio de investigación, se plantea la posibilidad de que el derecho fundamental a la no autoincriminación quede prácticamente anulado, debido a que es muy probable que el agente encubierto induzca al investigado para que le declare hechos o cosas autoincriminantes, que le faciliten luego obtener pruebas de cargo contra el mismo, sin el cumplimiento de las debidas cautelas para obtener tal información y elementos en el marco de un proceso justo<sup>47</sup> (JARAMILLO, 2009, p. 110).

Não parece, todavia, que o princípio da não autoincriminação seja óbice à infiltração de agentes. Em um primeiro momento, deve-se ter em mente que este postulado não pode ser

<sup>46</sup> “O direito ao silêncio, a rigor, é um corolário do princípio da não autoincriminação. Mas, no Brasil, houve uma inversão, tendo em vista a previsão constitucional do direito ao silêncio. Então, busca-se afirmar que o princípio da não-autoincriminação tem natureza constitucional e se encontra implicitamente na previsão do direito ao silêncio” (FEITOZA, 2010, p. 147).

<sup>47</sup> Assim, ante a utilização do agente infiltrado como meio de investigação, se levanta a possibilidade de o direito fundamental à não autoincriminação reste praticamente anulado, já que é muito provável que o agente infiltrado induza o investigado para que le declare fatos ou coisas autoincriminantes, que facilitem a obtenção de provas contra ele mesmo, sem o cumprimento das devidas cautelas para obter tal informação e elementos no contexto de um processo justo (Tradução nossa).

tomado em termos absolutos. Confira-se, a esse propósito, as lições abaixo, ambas mencionando a possibilidade de intervenções corporais:

O princípio da não autoincriminação (...) estabeleceria a diretriz de ninguém poderá ser forçado a produzir prova contra si mesmo, ninguém tem que se descobrir para contribuir na sua própria punição criminal, seja prestando declarações, fornecendo padrão gráfico para exame grafotécnico ou material de seu corpo para exame pericial (...).

No direito processual alemão, diversamente, não somente a intervenção é permitida, como, ainda, o consentimento do acusado não é necessário para intervenções corporais, uma vez que sua saúde não corra risco(...)

Não estamos convencidos de que o princípio em tela tenha caráter absoluto no direito brasileiro. O tema ainda está demandando estudos mais aprofundados, que, certamente, terão de enfrentar critérios como a gravidade do fato delituoso e o princípio da proporcionalidade (FEITOZA, 2010, p. 148).

As legislações européias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul (...) prevêm situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.

(...)

É bem de ver que em todas as legislações citadas há também previsão e aplicação do princípio da não autoincriminação, mas nos limites de suas concretas finalidades, que é a proteção da dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si.

É preciso, primeiro, que haja expressa previsão na lei. Em segundo lugar, é preciso que se cuide de infração penal para cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário (...). É também necessário que a diligência se realize sob o controle judicial (...) (OLIVEIRA, 2010, p. 404-405).

Anote-se que as hipóteses aventadas de flexibilização do princípio *sub examine* (intervenções corporais) são bem mais gravosas do que a obtenção de informações probatórias pelo agente infiltrado, que, acobertado pela Lei e autorizado judicialmente, está em pleno desenvolvimento de seus misteres investigativos, sem atingir de maneira desproporcional o acusado.

Mais do que isso: a obtenção de informações pelo policial infiltrado, que poderia ensejar afronta ao princípio em tela, se dá em conversas travadas com os membros da organização criminosa. Como consectário, a concretização da prova se daria, muito provavelmente, com a gravação pelo agente da fala do criminoso (por exemplo, confessando um crime) ou com a interceptação ambiental. Se entendêssemos como ilícita essa prova, por afronta ao *nemo tenetur se detegere*, teríamos que chegar à mesma conclusão em relação às provas obtidas por meio de interceptações telefônicas, o que é de todo inviável, vez que tal medida está constitucionalmente prevista.

Destarte, se as provas oriundas de interceptação telefônicas são válidas, também o são aquelas oriundas de interceptações/gravações ambientais no contexto da infiltração de agentes, já que, em essência, ambas são equivalentes. Ora, argumenta-se que se o criminoso soubesse da condição do infiltrado não faria os comentários incriminadores. Da mesma forma, se soubesse da interceptação telefônica, quedar-se-ia inerte. Decerto, em ambas as hipóteses, há certa limitação do princípio em tela, mas não é suficiente para afastar a legitimidade da medida.

A nota diferenciadora da infiltração de agentes diz com há possibilidade de provocação por parte do policial em relação ao investigado (*em relação a informações incriminadoras e não à provocação de condutas*<sup>48</sup>). Essa provocação, se e quando ocorrer, não tem o condão de inviabilizar esse meio de investigação, porque decorre do desdobramento de uma ação policial justificável, necessária, proporcional e, acima de tudo, propiciada por Lei e chancelada pelo Judiciário. Conclusão distinta poderia levar, desproporcionalmente, ao aniquilamento da investigação policial.

#### **4.5 O agente de inteligência como infiltrado e a previsão do Art. 144, CF88**

Até o item anterior, foram tratadas questões com fundo principiológico, relevando a relação com o instituto da infiltração de agentes. No presente tópico, tratar-se-á de análise da compatibilização constitucional do método de investigação – tal como previsto na legislação brasileira – à luz de uma *regra* constitucional prevista no Art. 144 da Lei Maior.

Para tanto, é de se considerar que a Lei nº 9.034/95 dispôs, quando da previsão da infiltração de agentes, que essa poderia ser levado a cabo por “por agentes de polícia ou de inteligência”. De logo, percebe-se que o legislador excluiu a possibilidade de particulares realizarem esse mister. E fez bem.

Não se pode cogitar, ante os riscos da operação, que o Estado se valha de particular para que se insira na estrutura da organização criminosa (podendo, inclusive, assumir identidade falsa). Como se não bastasse, a situação é deveras complexa e exige uma preparação técnica e específica do agente, tanto em relação aos procedimentos e técnicas investigativas, como em relação ao conhecimento atinente aos limites jurídicos da operação.

Almeida (2010), no sentido da inviabilidade de participação de particulares nas operações de infiltração, assevera que o sucesso dessa técnica depende da seleção do agente,

<sup>48</sup> No que se refere à figura do agente provocador de condutas criminosas, v. item 5.3.3, *infra*.



que deve ser criteriosa, levando em consideração aspectos pessoais e profissionais (como inteligência, velocidade de raciocínio, controle emocional etc). Ademais, aduz que, após escolhido, o policial deve ser devidamente treinando, não apenas em métodos de investigação, mas também em viver com uma falsa identidade.

Por todas essas razões, deve-se vedar, como bem fez a legislação brasileira, a assunção desse “encargo” por um não-policial.

Firmada a convicção quanto à impossibilidade de participação de particulares na infiltração de agentes, deter-se-á, de agora em diante, ao confronto entre a previsão normativa estampada na Lei 9.034/95 e o conteúdo do Art. 144 da CF88. Em essência, a questão se resume à amplitude da expressão “agentes policiais” e à possibilidade de “agentes de inteligência”, tal como disposto na Lei, participarem de atividades de infiltração.

É que o Art. 144, CF88 atribui às Polícias Civil e Federal a apuração de crimes, cabendo-lhes, em exclusão às demais, as funções de polícia judiciária. Confira-se:

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:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

(omissis)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(omissis)

§ 4º - Às polícias civis, 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.

Da leitura do dispositivo acima, segundo José (2010), surgem duas conseqüências: 1) quando a Lei fala em “agentes policiais” quis dizer “agentes policiais civis ou federais” (interpretação extensiva), porque a esses órgãos incumbe com exclusividade a repressão dos delitos e a busca pelas provas (não podendo atuar como infiltrados os agentes das polícias preventivas, pois sua função não é investigar, mas apenas prevenir a prática de crimes) e 2) a previsão de que os agentes de inteligência podem realizar infiltração não se coaduna com o texto constitucional.

Em sentido oposto, posiciona-se Feitoza (2010), para quem, do ponto de vista constitucional, “todas as autoridades que possuem poder investigatório podem realizar a

infiltração, a saber as Polícias, o Ministério Público, comissões parlamentares de inquérito, autoridades fiscais e outras autoridades administrativas”. No ponto, ressalte-se que não se desconhece a polêmica em torno do poder investigativo do Ministério Público. Fugiria do escopo do presente trabalho descer a minúcias quanto ao ponto, mas vale lembrar, à guisa de contextualização, que a questão está submetida à apreciação do Plenário do STF, no julgamento do *leading case* representado no Recurso Extraordinário nº 593727/MG, não havendo, até o momento, decisão definitiva<sup>49</sup>. Gize-se, ainda, a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Emenda à Constituição nº 37 (PEC 37), que retira os poderes investigativos do Ministério Público;

Avançando, temos que o termo *inteligência* refere-se à atividade de “obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado” (Art. 1º, § 2º, Lei nº 9.883/99). A mesma Lei criou a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência, que é vinculado à Presidência da República, e deve planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País (Art. 3º). Do exposto, conclui-se que os “agentes de inteligência” são aqueles vinculados à ABIN e, de fato, carecem de atribuições para atuar na investigação da criminalidade organizada.

A esse propósito, traz-se à colação interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de *Habeas Corpus*, em que se anulou investigação – vinculada à conhecida Operação Satiagraha da Polícia Federal – devido à participação de agentes da ABIN:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A.

(...)

(...)

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

(...)

<sup>49</sup> O acompanhamento processual do Recurso Extraordinário nº 593727/MG pode ser feito através do sítio do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>

4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arripio da lei. (STJ, HC 149250/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, Julgado em 07/06/2011).

## 5 REFLEXOS PROBATÓRIOS

A relevância primordial da infiltração de agentes diz com a necessidade de obtenção de elementos probatórios aptos a justificar um juízo condenatório em face dos integrantes das organizações criminosas, com o evidente objetivo de desarticulá-las.

Com efeito, a utilização de tal método excepcional de investigação se justifica pela *possibilidade* de maior eficiência na formação de um arcabouço probatório no contexto da repressão à criminalidade organizada.

Nesse passo, destaque-se, uma vez mais, o caráter da infiltração de agentes, de sorte que a obtenção dos elementos probatórios se dá *através* dessa técnica, muito em função da efetivação de outros métodos investigativos (interceptação telefônica e/ou ambiental, v.g.) ou mesmo da possibilidade de retardamento da intervenção policial (ação controlada) baseado nas informações obtidas pelo infiltrado.

Por esta razão, impõe-se a análise percuciente dos reflexos probatórios da infiltração de agentes, perquirindo em que medida as nuances inerentes a essa técnica probatória repercutem na validade das provas dela provenientes. Nesse diapasão, Almeida (2010, p. 135):

Dentre os pontos mais debatidos no estudo do agente infiltrado, sobressaem indagações acerca da possibilidade de se utilizar como prova elemento advindos do efetivo uso da medida. Em virtude da ausência de material legislativo sobre o tema, resta à doutrina procurar soluções para as inúmeras questões atinentes à matéria, para as quais se pode aplicar os princípios constitucionais, hipóteses legislativas análogas e as regras gerais trazidas pelo Código de Processo Penal.

No ponto, ressalte-se que o estudo da temática em tela permite identificar, além da questão concernente aos reflexos probatórios, a responsabilidade penal do agente e a sua atuação como agente provocador como as que trazem maior discussão no âmbito doutrinário. A delimitação proposta neste trabalho – referente aos reflexos probatórios – permite a discussão acerca dos dois outros pontos, não tendo, portanto, viés restritivo e justificando sua escolha.

Nessa senda, quanto ao *iter* probatório, Silva (2003) explica a participação pré-processual e, portanto, investigativa (a que se vincula a infiltração de agentes) corresponde à primeira fase, chamada *obtenção de prova*. Após isso, há a *proposição* da prova (indicação ao juiz dos meios de prova pelas partes), a *admissão* da prova (através do qual o juiz aceita ou não os meios de prova propostos) e, por fim, a *valoração* da prova (apreciação pelo juiz dos meios de prova constantes no processo a fim de firmar o seu convencimento).

A análise a seguir será feita com espeque nesta divisão, abordando-se as fases de obtenção, admissão e valoração probatória. Antes, porém, é mister traçar algumas considerações gerais sobre a prova no processo penal.

## 5.1 Prova no processo penal

### 5.1.1 Conceito e objetivos

À partida, é necessário tratar do conceito de prova. Em relação à etimologia, “prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto etc., dando origem ao verbo *probare* (*probo, as, are*)” (Aranha, 2004, p. 5).

No que tange à sua conceituação, traz-se, por todas, a definição exarada por Cintra, Dinamarco e Grinover (2009, p. 373): “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.

Essa definição é suficiente para o objetivo deste trabalho, contudo é de registrar a posição de Feitoza (2010), para quem o vocábulo *prova* é polissêmico, possuindo diversos sentidos, tais como prova como fonte, prova como atividade, prova como resultado, prova como meio de prova e prova como meio de obtenção de prova.

Conforme ressaltado anteriormente, considera-se que o contraditório é requisito de validade da prova. Daí a afirmação de que, em sentido técnico, a prova é aquela produzida apenas judicialmente, perante o juiz e submetida ao contraditório. Os elementos de convicção obtidos em sede pré-processual (atos de investigação) não podem ser considerados prova em sentido estrito, à exceção das provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas<sup>50</sup>.

De qualquer forma, pelo que se deduz de sua conceituação básica, a prova tem caráter instrumental, através do qual se tenta reconstruir, na instrução processual, determinado fato histórico, bem como de todas as suas circunstâncias.

Tal objetivo – a reconstrução da verdade – assume dimensão própria no âmbito do Processo Penal, vez que envolve o exercício do direito de punir do Estado e,

---

<sup>50</sup> Nesse sentido, o Art. 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

consequentemente, a liberdade do indivíduo. Tais interesses justificariam a procura, nesse contexto, da chamada verdade real. Quanto a isso, dois comentários precisam ser feitos. O primeiro deles revela que a noção absoluta de verdade real é dogmática, tratando-se, a rigor, sempre de verdade processual, porquanto produz certeza jurídica – ou pelo menos assim devia sê-lo (Oliveira, 2010) E, assim, a “verdade” revelada na instrução processual é sempre uma verdade reconstituída.

Lado outro, a busca dessa verdade real não pode ser absoluta, é dizer, os órgãos da persecução penal não podem se arvorar dessa premissa e desenvolver tantas atividades quantas forem necessárias até atingi-la. O Estado-acusador é limitado pelo próprio processo penal constitucional e pelos direitos e garantias a ele inerentes, aos quais deve estrita observância.

Acerca da verdade real, a posição de Lopes Júnior (2012, p. 566):

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisitor). O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

### 5.1.2 Direito à prova

O direito à prova, ínsito ao direito de ação do *dominus litis*, à ampla defesa do acusado e ao contraditório, diz com a garantia que deve ser dada pelo órgão jurisdicional às partes de efetiva participação na produção das provas, sendo que a falta desta plena contribuição probatória resulta no aniquilamento de princípios processuais basilares, afetando, como não poderia ser diferente, o devido processo legal.

Destarte, em um contexto dialético, deve ser propiciado tanto à acusação como à defesa a possibilidade de influenciar na convicção do juiz, devendo o processo “estar teleologicamente aberto a, obedecias as regras do jogo, recepcionar todo material probatório verossímil que seja pertinente e relevante à elucidação do fato controvertido” (ÁVILA, 2006, p.94).

Interessante mencionar, ainda na esteira de Ávila (2006), que em função do princípio da presunção de inocência o direito à prova reveste-se de especial relevância para a acusação, vez que lhe incumbe a prova efetiva da culpa do imputado (ônus probatório para a acusação). Com efeito, considerando a existência de um dever de proteção, entendido como direito

fundamental, a produção probatória passa a ser um dever para a acusação. Ao mais, considera-se que o direito à prova não se esgota no âmbito processual, surgindo antes da ação, pois o órgão de acusação necessita de um lastro probatório mínimo para o oferecimento do libelo acusatório. Destarte, como consectário do direito à prova há um direito à investigação, cuja titularidade não é exclusiva do acusador, podendo estender-se à defesa.

Por fim, consigne-se que o direito à prova – porque limitado – deve ser associado à busca por uma *verdade processual*, afastando-se do mito da verdade real, como visto no tópico *supra*, já que, se assim não for, poderão se concretizar inegáveis distorções na relação Estado-cidadão, máxime no que tange à violação de direitos e garantias fundamentais.

### 5.1.3 Fontes e meios de prova

Dentro do contexto da teoria geral da prova, é mister que se estabeleçam as diferenças conceituais entre *fontes de prova* e *meios de prova*.

Destarte, *fonte de prova*, em definição preliminar, designa a pessoa ou a coisa de que se obtém a prova.

A seu turno, *meio de prova* pode ser identificado como instrumento ou atividade pelos quais os elementos de prova são introduzidos no processo, a fim de contribuírem na formação convicção do destinatário da prova, que é o magistrado.

Ressalte-se que o conceito de meio de prova não encerra em si uma noção de taxatividade, daí decorrendo o princípio da liberdade probatória, é dizer, em relação aos meios de prova, podem ser utilizados, no processo penal pátrio, qualquer um, mesmo que não explicitados em lei, desde que não sejam inconstitucionais, ilegais ou imorais (FEITOZA, 2010).

### 5.1.4 Natureza jurídica da infiltração de agentes

A infiltração de agentes, no âmbito de sua repercussão processual penal, configura-se como meio de obtenção de prova, sendo assim porque se trata de um instrumento utilizado para investigar e recolher meios de prova.

José (2010, p. 69) se vale da expressão “meio de investigação de prova”, âmbito em que insere a infiltração de agentes, identificando-o como:

procedimento regulamentado por nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de obter elementos de prova; não sendo, no entanto, em si, fonte de conhecimento. Ainda, é um procedimento extraprocessual e desprovido de contraditório em que se desenrola, sendo efetuada por policiais. Corresponde, assim, plenamente, à definição estabelecida de meio de investigação de prova.

## 5.2 Obtenção da prova e limites da atuação do agente infiltrado

O ponto nodal da infiltração de agentes refere-se à obtenção da prova por parte do infiltrado, porquanto o objetivo primordial da atividade é amealhar elementos probatórios da materialidade dos crimes praticados pelas organizações criminosas, assim como de autoria.

Isso porque, como ressaltado ao longo deste estudo, a envergadura que o crime organizado vem atingindo, mormente no que se refere ao poderio econômico e tecnológico, à estrutura complexa, ao poder de intimidação e ao uso de violência, tornam os meios convencionais de investigação insuficientes para fazer frente a este tipo de criminalidade. Ao mais, segundo Silva (2003, p.42), citando Elvio Fassoni, é inerente a essas organizações uma “cultura de supressão da prova”.

Eis que, dentro desse contexto, vislumbra-se a infiltração de agentes como um método que pode emprestar efetividade à investigação. A rigor, o Estado, através do infiltrado, se imiscui na organização para, de dentro dela, conseguir informações e elementos aptos a identificar suas características, áreas de atuação e composição, para se obtenha pleno êxito em sua desestruturação.

Ocorre que, consoante exposto, a busca estatal pela garantia da segurança pública enquanto direito fundamental social – concretizado, no azo, pela utilização de meios excepcionais de investigação – é limitado justamente por direitos fundamentais individuais, como a intimidade e o devido processo legal.

Seguindo essa lógica, a infiltração de agentes, ainda que necessária, sofre evidentes limitações. Por conta disso, é mister analisar como tais restrições repercutem no processo de *obtenção da prova*.

Uma primeira discussão em relação ao processo de obtenção probatória é quanto aos limites éticos da infiltração de agentes na busca pela obtenção das provas.

É que, em essência, a base do método é a indução de outrem a erro; tem espeque, portanto, no engodo, na simulação. Nessa senda, o agente obtém as informações ao ganhar a confiança dos membros da organização criminosas, fazendo-o com engano em relação à sua



identidade. Além disso, com a possibilidade (ou até mesmo probabilidade) de o agente levar a efeito condutas delitivas, alega-se que o Estado, através do infiltrado, estaria combatendo o crime através da prática de outros crimes, o que não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito.

Aventa-se, outrossim, que o comando normativo do Art. 37, *caput*<sup>51</sup>, da Constituição Federal, ao expressamente indicar o princípio da moralidade como basilar da Administração Pública, impõe ao Estado, no campo processual penal, a utilização apenas de meios morais no combate e prevenção à prática de delitos, independente de sua gravidade, sendo imprescindível que o administrador público exerça seu mister à luz da ética, da justiça e da honestidade (JOSÉ, 2010).

Em sentido contrário, confira-se a posição de Perez (2006, p.286):

En nuestra opinión esta actuación del Estado es completamente lícita; está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo cual no existen dudas acerca de su legalidad; además se utilizará para la averiguación de conductas especialmente graves y lesivas para el conjunto de la sociedad incluso para la propia seguridad de los cimientos que sostienen nuestro estado de Derecho.

Además, a nuestro juicio, este modo de actuar es ético; desde el punto de vista que estamos analizando, se utiliza el agente encubierto como medio subsidiario de investigación, cuando no existe otro modo, menos lesivo, de averiguar todo lo relacionado con las redes organizadas violentas, que corrompen y tratan de conseguir a cualquier precio su impunidad.

La ética no se pierde en ningún momento de la utilización de esta técnica de indagación puesto que existe control jurisdiccional y están prohibidas las conductas poco respetuosas con los derechos fundamentales<sup>52</sup>.

O cotejo entre as posições acima permite inferir que a questão ética não deve consistir empecilho à concretização da infiltração de agentes como meio de obtenção de provas. A rigor, a eticidade vincula-se a valores; e, quanto a esses, os que se sobrepõem no contexto analisado fazem prevalecer a segurança e a paz social. Considerar que a ausência de honestidade

<sup>51</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

<sup>52</sup> Na nossa opinião esta atuação do Estado é completamente lícita; está prevista no Código de Processo Penal, o que não permite dúvidas quanto à sua legalidade; ademais se utilizará para averiguação de condutas especialmente graves e lesivas para o conjunto da sociedade, inclusive para a própria segurança dos fundamentos que sustentam o nosso Estado de Direito.

Ademais, a nosso juízo, este modo de atuar é ético; do ponto de vista que estamos analisando, se utiliza o agente infiltrado como meio subsidiário de investigação, quando não existe outro modo, menos lesivo, de averiguar todo o relacionado com as organizações criminosas, que corrompem e tratam de conseguir a qualquer preço sua impunidade.

A ética não é desconsiderada em nenhum momento de utilização dessa técnica de investigação pois existe controle judicial e estão proibidas as condutas pouco respeitadas com os direitos fundamentais (Tradução nossa).

absoluta e irrestrita – já que, por óbvio, há mesmo um simulacro na atuação do agente – impede a utilização desse meio de investigação de prova na repressão às organizações criminosas é desconsiderar a profusão de crimes e o risco proveniente das ações desses grupos criminosos, que, atuando paralelamente ao Estado, causam inegável instabilidade social.

Demais disso, a infiltração de agentes, além de evidentemente atender ao requisito da legalidade, deve ser desenvolvida sobre rigoroso controle, mormente no que tange à autorização judicial e à definição de limites de atuação. Por isso mesmo, todos os procedimentos adotados pelo policial infiltrado, a fim de recolher os elementos de provas, desde que dentro dos lindes estabelecidos e com a devida autorização judicial, revestem-se de inegável legitimidade, não sucumbindo, portanto, a qualquer discussão dessa ordem. Com efeito, do ponto de vista ético, a fase de obtenção da prova pelo agente infiltrado é absolutamente compatível.

Encerradas as discussões sobre a eticidade da técnica em estudo, avança-se para trazer considerações acerca da imprescindível necessidade de controle da operação de infiltração. Ressalte-se que a validade do procedimento de obtenção de provas – que repercute diretamente na fase posterior de admissão da prova (em juízo, seguindo uma análise de licitude e pertinência da prova) – é em tudo vinculada ao controle da operação.

Impende consignar que a alusão a *controle* da operação de infiltração de agentes refere-se não só ao jurisdicional, mas também ao acompanhamento e supervisão da atividade pelas autoridades policiais que presidem a investigação, não se podendo olvidar, por óbvio, do Ministério Público. Identifica-se nessa *rede de controle* o principal elemento legitimador da obtenção das provas pelo agente.

Acima de tudo, a medida ora em discussão reveste-se de excepcionalidade, só sendo viável nos casos em que seja estritamente necessária e vinculada às investigações de organizações criminosas. Disso decorre a necessidade de os órgãos de investigação instruírem suficientemente o procedimento, de sorte que só se requeira a medida quando a operação estiver totalmente organizada. A *organização* e o *planejamento* da atividade são pressupostos básicos de seu controle e, por conseguinte, da legitimidade na obtenção das provas. Isso porque, basicamente, se define aí a proposta inicial de limitação, balizamento, restrição da atuação do infiltrado, sendo que tal só será definitivamente estabelecido pelo magistrado que por ventura deferir a medida.

O aludido controle, por outro viés, impede que o agente infiltrado seja abandonado à própria sorte. As razões, para tanto, são a seguir apresentadas: primeiramente, por conta do

aporte de segurança que lhe é devido (evidentemente que tal acompanhamento se dá à distância, para não comprometer o disfarce). Em sequência, porque é preciso garantir a higidez do procedimento de obtenção de provas, sendo que isso só se dá através de um rígido controle, por parte dos superiores, das ações (e circunstâncias) levadas a cabo pelo agente.

Nesse ponto, o escólio de Feitoza (2010, p. 859):

Desse modo, o planejamento da infiltração, baseado em prévio estudo da situação, deve ser suficientemente rigoroso para se possibilitar a execução e controle da infiltração, bem como sua avaliação contínua e final. O planejamento deve, inclusive, antecipar as possíveis medidas posteriores ao encerramento da infiltração. No estudo da situação, devem ser feitas análise da organização, análise do ambiente operacional, análise do agente (perfil adequado para o desempenho da missão, compreensão da missão e dos riscos dela decorrentes, entendimento das normas e das ordens a que está submetido, provas de idoneidade, credibilidade e confiança demonstradas em missões ou operações anteriores etc.), análise de risco (custo/benefício da infiltração do agente, riscos quanto à pessoa do agente infiltrado, riscos institucionais, medidas de segurança específicas e alternativas, medidas de controle especiais, ligações/comunicações de informações com oportunidade e segurança etc.).

Ainda segundo o autor, toda infiltração teria que ser baseada em um *plano de operações*, que conteria situação, missão, objetivo, especificação dos materiais (humanos e financeiros), treinamento, medidas de segurança, coordenação e controle. Sugere, ainda, a identificação das condutas típicas que o agente pode vir a realizar. Tal documento deveria ser submetido à homologação do Judiciário, após parecer do Ministério Público (FEITOZA, 2010).

Ademais, conforme já aventado nesse estudo, é mister que tal controle não seja apenas prévio, sendo de bom alvitre a preparação periódica de relatórios das ações desenvolvidas pelo infiltrado, a fim de que seja possível um conhecimento pormenorizado de *toda* a operação. Destarte, o magistrado, o Ministério Público e, principalmente a defesa, teriam uma percepção do *iter* de obtenção de provas, o que empresta uma segurança maior, além de garantir, caso sejam obedecidos todos os limites estabelecidos, um juízo de admissibilidade positivo da prova obtida por essa técnica investigativa.

Ainda na mesma sede, repise-se a imprescindibilidade do controle judicial desse meio de obtenção de prova. A legitimidade da infiltração de agentes passa pela judicialização da medida. Não custa lembrar que esse requisito é expressamente determinado na Lei de regência (Art. 2º, V, Lei 9.034/95). Mas isso não se dá só no ordenamento jurídico pátrio, sendo que, como já referenciado em oportunidade anterior (item 3.3.1, *supra*), as legislações alienígenas também adotam essa exigência.

Ademais, a dinâmica da operação impõe a conclusão de que, se se fizerem necessárias intervenções na esfera de intimidade/privacidade de quem quer que seja, é preciso que o Judiciário seja acionado para que, avaliando a casuística, defira (ou não) o pleito.

Reforça-se: a autorização judicial para a infiltração de agentes não é por si só título hábil a legitimar automaticamente interceptação telefônica, ambiental ou outras medidas investigativas. Nada impede, contudo, que na mesma manifestação que autoriza a infiltração, o magistrado defira, de pronto, outras medidas paralelas e necessárias, desde que o faça mediante provocação e em capítulo próprio, fundamentando sua decisão na estrita necessidade e, caso haja, nos requisitos específicos de cada medida.

Vale ressaltar, assim, que o juízo que autorizou a infiltração pode e deve ser chamado a decidir novamente, quer seja quanto à *prorrogação* da medida (pois, como indicado neste estudo, parece-nos pertinente estabelecer um prazo para a consecução da atividade, mesmo à míngua de normatização nesse sentido), quer seja quanto à necessidade de *extensão* (readequação dos limites e determinações constantes no plano de operações à necessidade da investigação).

Por fim, deve-se trazer à baila a discussão acerca de possíveis nulidades que aconteçam no processo de obtenção da prova pelo agente infiltrado. Ocorre que, a rigor, tal obtenção se dá no bojo de um procedimento investigatório e, portanto, na fase pré-processual.

Como é cediço, a fase pré-processual de investigação tem no inquérito policial, presidido por um delegado de carreira, a sua principal – mas não única – expressão. É, com efeito, um procedimento administrativo-investigatório, de caráter informativo, marcado pelas seguintes características principais: sigiloso, escrito, discricionário, dispensável e inquisitivo.

Por isso, firmou-se na jurisprudência o entendimento de que eventuais nulidades no desenvolvimento do procedimento policial não têm o condão de repercutir negativamente na ação penal. Confira-se, por todos, os seguintes julgados:

*HABEAS CORPUS. NULIDADE. BUSCA E APREENSÃO NÃO AUTORIZADA. PROVA ILÍCITA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito. (STF, RHC 85.286/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 24/3/2006).*

*HABEAS CORPUS. ROUBO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO E ABUSO DE AUTORIDADE. PACIENTE POLICIAL MILITAR. PRISÃO PRE-*

VENTIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. Eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o inquérito policial peça meramente informativa e não probatória, que tem por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal.

4. Ordem denegada. (STJ, HC 132.946/SP, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), DJe 20/09/10)

Dito isto, o questionamento gira em torno de aplicabilidade do referido posicionamento judicial em relação à infiltração de agentes. Assim, eventuais irregularidades procedimentais na obtenção de provas pelo agente (durante, obviamente, a fase pré-processual) devem ou não repercutir na ação penal?

O fato é que a resposta não pode ser peremptória. Isso porque, de regra, como visto, os vícios ocorridos no inquérito policial não repercutem na ação penal. Ocorre que a conclusão deverá ser diferente se houver violações de garantias constitucionais e legais expressas, bem como se o Ministério Público, na formação da *opinio delicti*, não conseguir afastar os elementos informativos maculados para a persecução penal em juízo. Nessas hipóteses, é de rigor reconhecer a extensão da nulidade à eventual ação penal, impondo ao juízo, em sede de admissibilidade das provas (etapa seguinte da produção probatória), a sua rejeição.

### **5.3 Admissão probatória: provas ilícitas e infiltração de agentes**

Ultrapassadas as considerações quanto à obtenção da prova pelo agente infiltrado, passa-se a uma fase ulterior na produção probatória: admissibilidade. Transita-se, então, da fase pré-processual (obtenção) para o processo em si, no qual será lançado sobre as provas juízo de admissibilidade (licitude/ilicitude). Destarte, a análise basear-se-á no seguinte questionamento: as provas obtidas pelo agente infiltrado são lícitas e podem, assim, ser admitidas no processo?

No ponto, veja-se que, em se tratando de elementos probatórios colhidos por intermédio da infiltração de agentes, há mais de um juízo de admissibilidade. No primeiro deles – em cognição preliminar e não exauriente – o magistrado efetiva uma análise sobre a idoneidade e a proporcionalidade do meio de investigação de prova requestado, a fim de autorizar sua adoção. É que, como vimos, a Lei de regência é expressa em exigir a autorização judicial para a consecução de tal técnica investigativa.

Superado esse juízo prévio de admissibilidade, Silva (2003, p. 114) explica que:

(...) uma vez proposto o meio de prova obtido, o juiz verificará sua pertinência e relevância, à luz dos elementos de prova colhidos durante a investigação criminal, bem como se foram observados os requisitos legais quando de sua colheita, de modo que autorize sua admissão no processo, o que implicará a análise de sua licitude. Considerado lícito, será formalmente admitido seu ingresso no processo, para que possa ser produzida sob o crivo do contraditório; do contrário não será admitido, pois, conforme prevê a Constituição da República, “são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, inciso LVI). Há ainda uma terceira oportunidade de verificação judicial sobre a idoneidade da prova obtida, que será realizada na fase final do processo, ao ser proferida a sentença, por ocasião da valoração da prova.

Com efeito, no desenvolvimento do presente tópico, serão tratadas questões inerentes à infiltração de agentes que podem influir na licitude da prova. Antes, porém, são necessárias considerações gerais acerca da temática das *provas ilícitas*.

### 5.3.1 Provas Ilícitas no Processo Penal

O direito à prova, como já referenciado no item 5.1.2, não se reveste de caráter absoluto, encontrando limites. A liberdade probatória, destarte, é relativizada, considerando, principalmente, os interesses subjacentes à relação processual penal (já que envolvida a liberdade do cidadão e o *jus puniendi* do Estado). Por isso a investigação deve ser conduzida com observância de regras materiais e processuais pré-estabelecidas, sem aniquilar direitos e garantias constitucionalmente asseguradas ao indivíduo.

O fato é que, na produção probatória, *os fins não justificam os meios*. A imprestabilidade das provas colhidas em desacordo com a Lei representa a justa e necessária penalização estatal pelo descumprimento dos preceitos normativos.

Nessa senda, a Carta Magna estabelece, no rol dos direitos e garantias individuais, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Art. 5º, LVI). Perceba-se que o texto constitucional não define o que são provas ilícitas. Com a reforma promovida em 2008 (Lei nº 11.690), o Art. 157 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A norma processual penal, ao vincular a ilicitude da prova às violações de ordem constitucional e legal, ficou alheia à distinção que a doutrina faz entre provas ilícitas e ilegítimas. As primeiras são aquelas que atingem disposições de direito material ou princípios constitu-

cionais penais. As últimas, a seu turno, vulneram normas de natureza processual no momento da sua produção em juízo (LOPES JÚNIOR, 2012)

Nada obstante a isso, Feitoza (2010, p. 721) considera ainda válida a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas. Nesse diapasão, aduz que:

Desse modo, numa interceptação declarativa do novo Art. 157 do CPP:

- a) provas ilícitas são as que violam:
  - a.1) normas constitucionais, de direito constitucional tanto material quanto processual;
  - a.2) normas legais, de direito infraconstitucional material;
- b) provas ilegítimas são as que violam normas legais de direito infraconstitucional processual;
- c) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente são as que violam, simultaneamente, normas constitucionais (materiais ou processuais) e normas infraconstitucionais processuais.

Consoante destacado anteriormente, houve, no ano de 2008, reforma da Lei de Ritos no que se refere ao procedimento probatório. Tal se deu pela Lei nº 11.690, que, além de outras alterações, incorporou ao ordenamento jurídico pátrio a teoria dos frutos da árvore envenenada, surgida nos Estados Unidos (*fruits of poisonous tree*). A positivação consta do Art. 157, § 1º, CPP, *in verbis*: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Considerando, assim, que a contaminação pelas provas ilícitas se opera pelo nexo de causalidade, isto é, consubstanciado em juízo de causa e efeito, é necessária a análise, no caso concreto, do grau de vinculação entre a prova antecedente e a prova conseqüente para que seja possível a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Aliás, vale ressaltar que a expressão contida no Art. 157, § 1º, CPP “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade” é despicienda. Ora, se não há nexo de causalidade, não há relação entre a prova antecedente e a prova conseqüente, não havendo falar, portanto, em prova ilícita por *derivação*.

Contudo, na esteira de Feitoza (2010), é de se reconhecer que a aludida teoria sofre limitações<sup>53</sup>. Assim, no contexto da admissibilidade das provas ilícitas por derivação, tais res-

<sup>53</sup> “Assim como nem a vedação à prova ilícita deve ser tida como garantia absoluta e inatingível, tampouco a prova ilícita por derivação deve ser sistematicamente alijada do processo. A regra de invalidade de tal prova precisa prevalecer. Contudo, a análise de cada caso concreto, criteriosamente, permitirá concluir se de fato é de ser aplicado o princípio da proporcionalidade, restringindo a garantia em nome de um interesse maior a ser resguardado. Imprescindível, também, é distinguir, em cada oportunidade, até que ponto a prova ilícita teve relevância para a obtenção das provas subsequentes. Em muitos casos, o eficiente trabalho policial pode chegar à mesma conclusão” (ARRUDA, 1998, p. 95)

trições podem ser assim definidas: fonte independente (*independent source limitation*), descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) e contaminação expurgada (*purged taint limitation*).

Ao que parece, o legislador pátrio confundiu as conceituações clássicas de fonte independente e descoberta inevitável. É que a redação do Art. 157, § 2º estabelece que fonte independente é “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Fato é que tal descrição corresponde, em verdade, ao que se chama de *descoberta inevitável*.

Por fim, ainda no âmbito de restrições da teoria dos frutos da árvore envenenada, surge a ideia de *contaminação expurgada*. São as hipóteses em que a derivação entre a prova ilícita originária e a prova questionada mostra-se extremamente superficial e, portanto, irrelevante. Com efeito, não é porque há vínculo entre uma prova ilícita e outra prova que, necessariamente, a última será tida como ilícita por derivação, não se podendo prescindir da análise da efetividade desse vínculo.

Findas essas considerações, cumpre-se indicar que a análise das provas ilícitas foi feita, nesta sede, de maneira perfunctória. Isso porque não é objetivo específico deste trabalho, senão um importante tópico de natureza acessória, sendo que os pontos acima firmados são suficientes para o devido tratamento da questão.

### 5.3.2 Responsabilidade Penal do Agente e Provas Ilícitas

Dentro do contexto da infiltração de agentes, há importante questão que se vincula à sua validade: a responsabilidade penal do infiltrado. É que não se pode negar a probabilidade de cometimento de condutas típicas pelo policial no desenrolar de suas atividades. Disso, a rigor, depende, *em algumas situações*, o sucesso da operação, porquanto o agente que se negue peremptoriamente ao cometimento de crimes próprios da organização pode não lograr total integração.

Alerte-se, entretanto, que a prática de crimes não é condição *sine qua non* da infiltração. A depender da estruturação e das atividades da organização criminosa é possível nela se imiscuir – e lá permanecer – sem o cometimento de crimes. Ademais, o próprio tipo de infiltração e os objetivos a ela inerentes variam a depender da organização, sendo que a modula-



ção das ações do agente é baseada nessas variáveis, razão por que não se afigura possível afirmar, categoricamente, que o infiltrado cometerá crimes.

De todo modo, considerando essa probabilidade de conduta delituosa, a doutrina discute, em sede penal, acerca da (ir)responsabilidade do infiltrado. Para Mendroni (2007, p. 57), “o agente infiltrado poderá cometer condutas típicas (que não são típicas porquanto não são antijurídicas), desde que não atentem contra um direito constitucional prevalente”. A seu turno, Feitoza (2010, p. 860), estabelece que o plano de operações, definindo os limites e as justificativas da técnica investigativa, “é a base documental (...) para a execução da infiltração e (...) para comprovação, conforme a teoria, da ausência de dolo ou de ilicitude, na eventualidade de ser submetido a uma investigação criminal (...) pelas condutas praticadas”.

Ao mais, José (2010, p. 80) aduz que a maior parcela da doutrina caminha no sentido de erigir a “escusa absolutória como fonte de não responsabilização das condutas típicas praticadas pelos agentes infiltrados, como opção de política crimina”. Assevera, ainda, que esta “é a opção preferida pela maior parte das legislações que a adota a infiltração como técnica de investigação”.

Qualquer que seja a opção adotada – considerando a irresponsabilidade penal do agente (exclusão de ilicitude, exclusão de culpabilidade ou mesmo exclusão de punibilidade) – tem que se ter em mira que tal posição não pode, nem de longe, representar um salvo conduto para a ação policial. É imprescindível que na análise do caso concreto se verifique a *proporcionalidade* entre a conduta do agente e o fim colimado pelo método investigativo. No ponto, adverte Silva (2003, p. 90):

É necessário identificar um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os princípios orientadores do Estado de Direito, pois se de um lado o Estado deve reprimir como eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas do que as cometidas pela organização criminosa. Haveria inevitável contra-senso, pois naturalmente não se afigura razoável conceber que o Estado possa, por seus agentes, na atividade de persecução criminal, praticar condutas mais gravosas do que as apuradas.

Demais disso, é fundamental que, quando possível, haja autorização judicial prévia à ação do infiltrado que possa dar ensejo à prática de crime, dentro do contexto do acompanhamento/controlado da operação (possibilidade de *extensão* da medida pelo Magistrado). Mais uma vez com Silva (2003, p. 91):

(...) é prudente que toda conduta do policial infiltrado que possa encontrar correspondência típica no âmbito penal seja comunicada *ex ante* ao juiz responsável pela autorização, de modo que possibilite prévia análise quanto a sua conveniência, assim como para que seja afastada eventual alegação de vontade livre e consciente para a

sua prática. Há que se reconhecer, contudo, que muitas vezes (...) tal providência preliminar se torna impossível. Nesse caso, apenas restará ao magistrado analisar *ex post* a proporcionalidade entre a conduta praticada e o objetivo da investigação (...)

É com fulcro na proporcionalidade, portanto, que se deve analisar a (ir)responsabilidade penal do agente infiltrado e, por via de consequência, a validade das provas que porventura venham a ser produzidas em decorrência dessa ação.

As atividades encetadas pelo agente devem ser teleologicamente dirigidas à busca pelos elementos de prova necessários à desestruturação da organização criminosa. Assim, se o agente precisar praticar algum fático típico que seja de forma proporcional, sem desbordar dos limites e objetivos da infiltração. Dessa forma, a sua conduta se revestirá de licitude, não maculando os possíveis elementos de prova (ou mesmo informações) que possam ser daí extraídos.

Vêja-se que se a conduta do agente infiltrado for considerada *ilícita*, fora dos limites do meio de investigação em comento, poderá haver prejuízo do arcabouço probatório. Isso porque, além das provas diretamente ilícitas, não se pode olvidar, conforme delineado acima, a teoria das *provas ilícitas por derivação*, que, a depender do caso concreto e da atividade do agente infiltrado, pode levar à imprestabilidade da(s) prova(s) obtida(s).

Ao fim, vale menção ao posicionamento de Brito (2012), no sentido de que, ainda que se entenda por excluída a ilicitude de determinada conduta do agente infiltrado, o Estado-acusador não poderia se valer da prova daí decorrente, que permaneceria com a pecha de ilícita.

### 5.3.3 Agente provocador e Provas Ilícitas

Outra questão que desperta interesse na análise da infiltração de agentes e que tem direta relação com a validade das provas obtidas é a possibilidade de provocação de crimes por parte do agente infiltrado.

É importante ressaltar, de logo, que a figura do agente infiltrado não se confunde com a do agente provocador, este que, deliberadamente, provoca, induz os criminosos a praticarem condutas ilícitas. Quanto a essa diferença, traz-se à colação os ensinamentos de Sousa (2003, p. 1222-1223):

A doutrina e a jurisprudência têm distinguido (...) as figuras do agente provocador e do agente infiltrado. O agente infiltrado é uma técnica de investigação que consiste essencialmente na possibilidade de agentes de política criminal ou terceiros sob sua

direcção contactarem os suspeitos da prática de um crime com ocultação de sua verdade identidade, actuando de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir prova que permitam a efectiva condenação dos criminosos. O agente provocador é definido como o membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia que induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do facto criminoso. Ou seja agente provocador induz, impulsiona o suspeito à prática de actos ilícitos, agindo, por exemplo, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos<sup>54</sup>.

Nesse passo, é de se firmar que é defeso ao agente infiltrado a instigação ou a determinação do crime, porquanto a provocação escapa dos limites inerentes à infiltração e, portanto, não encontra guarida em Lei. Com efeito, caso o agente, em vez de se limitar às atividades previstas na operação, passe a instigar, induzir, provocar condutas criminosas, ele se torna um verdadeiro agente provocador, considerando que sua intervenção é imprescindível para a consecução do fato típico. Assim, nesse contexto, não fosse o agente o criminoso não teria cometido o crime.

No ponto, Silva (2003) assevera que na jurisprudência estadunidense o conceito de provocação não é tão rígido, exurgindo a doutrina do *entrapment defense*<sup>55</sup> que se baseia na análise do desígnio criminoso do acusado: se não for originário da ação policial, havendo predisposição para o crime, deve o acusado suportar a condenação. Importa, pois, diferenciar a prática de facilidades pelo policial (conduta válida) da iniciativa de fazer nascer no suspeito a vontade para a prática do crime (conduta inválida).

Nessa ordem de ideias, é bem de ver que o Supremo Tribunal Federal, tratando da provocação e do chamado flagrante preparado, editou a Súmula nº 145, *in litteris*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Assim, se houver provocação, o flagrante (*quer seja ele próprio ou diferido*) não é válido.

No mais, não se desconhece a dificuldade de aferir, no caso concreto, os limites entre a ação legítima do agente infiltrado e a ilegitimidade da provocação, mas tal fato não pode ser óbice para a distinção entre uma e outra hipótese. O adequado tratamento legal e a valoração

<sup>54</sup> Transcrição da obra escrita em português de Portugal.

<sup>55</sup> Segundo Pereira (2012, p. 6935), citando Isabel Oneto, essa tese se consagrou no caso *Sorrells v. U.S.* (1932), no qual foi proferido o primeiro acórdão da Corte que cristaliza a *entrapment defense*. Neste caso, um agente policial visitou um companheiro antigo de guerra, que estava na presença de mais três amigos. Sob o argumento de que ambos já haviam combatido na mesma divisão na 1ª Guerra Mundial, o polícia pediu ao indivíduo que lhe arranjasse bebida alcoólica. Houve a recusa por parte deste, mas o agente insistiu cerca de 3 a 5 vezes, acabando por fazer que o indivíduo cedesse à solicitação, entregando-lhe uma garrafa de whisky. Após, o indivíduo foi acusado de ter violado o National Prohibition Act e condenado em tribunal, que refutou a tese da defesa, baseada na ideia da instigação ao crime por parte do polícia.

do magistrado devem, de acordo com a casuística, restringir e punir (com a imprestabilidade da prova) qualquer excesso por parte do agente infiltrado.

Registre-se, ainda, que o emprego de meios que possam constranger o investigado à prática de crimes, como intimidações ou ameaças, deve levar à ilicitude da prova obtida por desrespeito à legalidade. Para além disso, a depender do caso *in concreto*, é possível se cogitar a inexistência do crime por ausência de culpabilidade (coação moral irresistível – Art. 22, Código Penal).

Gize-se, portanto, que a provocação eiva de ilicitude a ação do agente provocador (policial infiltrado), dando ensejo à invalidade das provas que possam dessa ação ocorrer, que devem sucumbir ante a análise de admissibilidade. Entendemos, nesse ponto, que a provocação deve ser cuidadosamente analisada pelo magistrado. Apesar do subjetivismo, a nosso aviso, as proposições da doutrina do *entrapment defense*, acima especificadas, são as que mais se coadunam com uma análise equilibrada da questão.

#### **5.4 Valoração probatória**

Chega-se, então, a última fase do *iter* probatório, isto é, a valoração, pelo juiz no bojo do processo, das provas que foram obtidas na fase de investigação, admitidas e, por isso, produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório (quando possível tal reprodução no processo).

De se ressaltar, para o devido entendimento da questão, que existem três sistemas de valoração das provas no processo penal: o da prova tarifada, o da íntima convicção e o do livre convencimento motivado.

No primeiro deles, incumbe à lei determinar o valor de cada prova, estipulando, assim, um grau de hierarquia entre elas, vinculando a apreciação do magistrado. Não é adotado no processo penal pátrio, mas é possível identificar resquícios, como a previsão do Art. 158 do Código de Processo Penal, que exige, nos crimes não transeuntes, a realização de corpo de delito para comprovação da materialidade, não servindo para tal fim a confissão.

O sistema da íntima convicção, a seu turno, permite ao juiz total liberdade para decidir, prescindindo, inclusive, de motivação. Assim, esse profere sua decisão baseado única e exclusivamente em sua percepção das provas do processo, de modo que não precisa externar o

porquê de seu posicionamento. No processo penal brasileiro o único exemplo é o dos jurados leigos no Tribunal do Júri.

Por fim, há o sistema do livre convencimento motivado, que é o adotado no Brasil (Art. 93, IX, CF<sup>56</sup> e Art. 155, CPP<sup>57</sup>). Com efeito, o magistrado permanece livre para decidir e apreciar as provas que lhe são submetidas da maneira que melhor o aprouver, *contanto que o faça de forma fundamentada*, explicitando os motivos de sua decisão. Como corolário, tem-se que, no processo penal, *nenhuma prova se reveste de valor absoluto*, sequer a confissão ou os exames periciais.

Trazendo tal posicionamento para o âmbito dos processos que envolvem a criminalidade organizada, cumpre ressaltar que, apesar de sua relevância e aptidão para influenciar no convencimento do julgador, as provas obtidas através da infiltração de agentes precisam ser relativizadas.

Importa, ainda, tecer considerações sobre a valoração do depoimento do agente infiltrado. Consoante pontuado acima (item 4.2), o agente infiltrado deve ser indicado no rol de testemunhas da acusação; caso contrário, o magistrado responsável, com esteio na previsão do Art. 209 do Código de Processo Penal, deve fazê-lo. Isso por entendermos fundamental o depoimento do infiltrado, quer seja para esclarecer o desenvolvimento da atividade, quer seja para permitir que a defesa questione a legitimidade dos métodos utilizados.

Nada obstante a isso, é preciso que o magistrado, guiado pelo seu prudente arbítrio, valere com cuidado o testemunho do agente. Não se pode negar que o policial está diretamente ligado – inclusive emocionalmente – ao caso, disso decorrendo seu evidente desejo de ver concretizado judicialmente o sucesso da operação. Destarte, a inafastável parcialidade do agente deve ser levada em consideração quando da valoração de seu depoimento como prova.

Por isso mesmo, é mister que o depoimento do policial encontre ressonância no arcabouço probatório, pautando-se pela harmonia entre as declarações do infiltrado e os demais meios de prova constantes nos autos. Ademais, na valoração, o magistrado deve levar

---

<sup>56</sup> Art. 93, IX – 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.

<sup>57</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

em conta a inexistência de interesse do policial infiltrado em afastar possível ilicitude em suas atividades que macule as provas por ele obtidas.

## CONCLUSÃO

Considerando o quanto exposto, conclui-se, inicialmente, que a infiltração de agentes é meio de investigação de prova de caráter instrumental, inserindo-se no contexto do combate ao crime organizado. Deve ter arrimo em legislação detalhada e específica – o que não ocorre no Brasil – não prescindindo, também, de controle (judicial e dentro do âmbito do órgão de investigação). Como é um método complexo e invasivo, só pode ser utilizado subsidiariamente e com a comprovação efetiva da necessidade. Se assim for, não há, aprioristicamente, óbice constitucional. É, portanto, um método válido e eficaz, desde que levado a efeito dentro de balizas normativamente estabelecidas. Dessa conclusão principal, decorrem as que se seguem.

O fenômeno do crime organizado não é recente, encontrando remota correspondência histórica, destacando-se organizações surgidas na Itália, Japão e China. No Brasil, destacaram-se, como precursoras, as organizações vinculadas, no início do século XX, ao chamado “jogo do bicho”. A evolução dessa forma de criminalidade resultou em organismos complexos, hierarquizados e com força econômica, desafiando o Estado que busca, a todo custo, combatê-los.

Dado o dinamismo e a manifestação disseminada, é inviável uma definição definitiva para crime organizado. Entretanto, é possível (e necessário) estabelecer os lindes conceituais. Para tanto, é mister partir da noção de organizações criminosas, já que o crime organizado é o fenômeno resultante das ações por elas perpetradas. Diante disso, é viável elencar como características principais desses grupos a estrutura plúrima e hierarquizada, com caráter de permanência e finalidade de acúmulo de poder econômico, além de conexão com os órgãos públicos e de uso da violência para intimidação.

A repressão estatal é feita, por vezes, de maneira assistemática, e precisa ser limitada, como qualquer atuação estatal. Com efeito, o indivíduo não pode ser submetido ao arbítrio do Estado que, a pretexto de combater a criminalidade organizada, implanta medidas que desconsiderem os direitos e garantias fundamentais. Ao mesmo tempo, a sociedade não pode ficar à mercê das ações criminosas de grupos organizados, devendo o Estado intervir a fim de garantir o direito fundamental à segurança. Destaca-se, assim, o processo penal constitucional, que, cumprindo dupla e importante função, deve ser instrumental para permitir ao Estado um

sistema repressivo eficaz, e, concomitantemente, servir como limitador das ações dos órgãos de persecução penal.

Nesta senda, a utilização de novos métodos de investigação é necessária e adequada, porquanto os meios tradicionais, em algumas situações, não se revelam suficientes para atingir o desiderato de angariar provas que deem ensejo à desestruturação das organizações criminosas. É bem de ver que esses meios – onde se insere a infiltração de agentes – só se justificam quando ineficazes os demais métodos, cumprindo a análise ao magistrado, no caso concreto.

A infiltração de agentes consiste na introdução de um agente de polícia em uma organização criminosa (com ocultação de suas intenções e de sua identidade), passando a integrá-la como se criminoso fosse, a fim de entender seu funcionamento, identificar os participantes e possibilitar a obtenção de elementos probatórios. Por sua natureza, é normal que esteja associada a outras técnicas investigativas, como a ação controlada e as interceptações telefônicas e ambientais. Ademais, relaciona-se, mas não se confunde, com a delação premiada, devendo-se distinguir o agente infiltrado do agente arrependido.

A definição normativa no Direito pátrio é absolutamente insuficiente, o que leva à subutilização da técnica, ante a falta de segurança jurídica para a sua realização, revestindo o instituto de mera previsão formal. A nosso juízo, a exemplo das legislações alienígenas, é fundamental que a lei brasileira defina questões como os legitimados para requerer a medida; regulamentação sobre a concessão e o uso de identidade falsa; a responsabilidade penal do agente; delimitação temporal da infiltração; formas de preservação do sigilo da operação e da segurança do agente infiltrado, regulamentação sobre o testemunho do infiltrado, dentre outros.

A técnica, por sua lógica intrínseca, envolve risco à segurança do agente que se infiltra, razão por que é necessária que haja suporte por parte dos demais policiais, a fim de garantir a integridade do infiltrado e o sucesso da operação. É preciso, ainda, rígido planejamento e controle da operação, envolvendo, acima de tudo, treinamento específico do agente infiltrado, para que ele esteja preparado para todas as situações que venha a enfrentar. Ademais, devem ser atendidas todas as medidas a fim de garantir o sigilo da operação. Não se olvida, nesse sentido, a necessidade de que os órgãos de persecução tenham uma estrutura à altura do desafio que é a infiltração de agentes em uma organização criminosa.



Para sua validade e legitimidade, é imprescindível autorização judicial, após manifestação do Ministério Público. Nesse primeiro posicionamento judicial, em juízo prévio de admissibilidade, é mister que se definam os lindes de atuação do agente, que deve atendê-los estritamente. Caso seja necessário, com o desenrolar das investigações, deve ser facultada a extensão da medida. Ainda à guisa de controle, entende-se pertinente a definição de prazo para consecução da infiltração, além da exigência de relatórios periódicos das atividades desenvolvidas.

Do ponto de vista constitucional, sobreleva-se como elemento definidor da pertinência da infiltração de agentes como meio de investigação o *princípio da proporcionalidade*. Com espeque neste postulado, é possível a definição da viabilidade de infiltração de agentes, de sorte que os interesses atingidos o sejam na exata e necessária medida para garantia de outros direitos.

Ressalta-se, nesse diapasão, a noção de relatividade dos direitos e garantias fundamentais, o que representa o ponto de partida teórico para a análise da compatibilização constitucional. A primeira discussão relaciona-se com o direito fundamental à intimidade/privacidade, que é, em essência, o mais atingido pela medida. Mesmo assim, os interesses subjacentes e a sua ponderação, levam, após esse sopesamento, à conclusão de que, respeitadas a legalidade e a proporcionalidade, não há óbice absoluto à implementação da técnica investigativa em alusão. À mesma conclusão de chega quando da análise do direito à não autoincriminação, ao contraditório (que, mesmo diferido, deve ser efetivo) e à ampla defesa.

No que tange aos reflexos probatórios, é de analisar a influência da infiltração de agentes de maneira seccionada. A primeira delas refere-se mais diretamente às atividades de investigação desenvolvidas (em sede pré-processual). No ponto, tal procedimento deve ser estritamente limitado, velando pela legalidade e pela atenção à determinação judicial. Qualquer atitude que desbordar das balizas definidas deve levar à inutilização da prova, já que, como ressaltado, a persecução penal não deve levar o aniquilamento de direitos e garantias fundamentais.

No mais, as fases de admissão (juízo de licitude) e valoração da prova também merecem atenção, mormente no que se refere à (i)licitude das provas obtidas. Nesse passo, há dois pontos fundamentais. O primeiro diz com o possível cometimento de condutas típicas pelo agente que podem repercutir na validade das provas. Nesse caso, o elemento de validade

é a proporcionalidade entre a conduta levada a efeito e o objetivo da investigação. O segundo ponto, também relevante, diz com o fato de o agente provocar a consecução de condutas criminosas. Se assim o fizer estará ultrapassando os limites da infiltração, devendo ser tidas como imprestáveis as provas daí advindas. Entrementes, é preciso consignar que o juízo quanto à provocação deve ser balizado, a nosso aviso, pelos ditames da *entrapment defense*, doutrina estadunidense, que leva em conta o desígnio criminoso do acusado.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Cezar Bourgogne de Almeida. *A infiltração de agentes e a ação controlada como formas de repressão ao crime organizado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp140352.pdf>>. Acesso em 25.mar.2013.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ARGENTINA. *Código Penal de la nación Argentina*. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#22>>. Acesso em 23.mar.2013.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 23.737, de 10 de outubro de 1989*. Tenencia y trafico de estupefacientes. Disponível em: <<http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm>>. Acesso em 25.mar.2013
- ARRUDA, Samuel Miranda. *Os direito e garantias fundamentais como limitadores da investigação criminal e da prova no processo penal*. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1998.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://bdt.d.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=706](http://bdt.d.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=706)>. Acesso em: 05.abr.2013.
- BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCGrim, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRITO, Alexis Couto de. *Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Org.). *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 25.mar.2013.
- \_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processual Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 05.abr.2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 05.abr.2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm)>. Acesso em 20.mar.2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999*. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm)> Acesso em 27.mar.2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.883, de 07 de dezembro de 1999*. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9883.htm)> Acesso em 27.mar.2013.

\_\_\_\_\_. *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/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em 22.mar.2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012*. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm)> Acesso em 20.mar.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.321/SP, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 89.137/SP, Relator: Min. Carlos Brito, Primeira Turma. Julgado em 20/03/2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.424/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 19 e 20/11/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 85.286/SP, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 24/3/2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 149.250/SP, Relator: Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 07/06/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 132.946/SP, Relator: Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 20/09/2010.

CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flavio. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra Espinosa. *El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos em el Proceso Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Disponível em: <[http://e-archivo.uc3m.es:8080/bitstream/10016/11081/1/policia\\_zafra\\_tirant\\_2010.pdf](http://e-archivo.uc3m.es:8080/bitstream/10016/11081/1/policia_zafra_tirant_2010.pdf)>. Acesso em: 20.mar.2013.

ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em 26.mar.2013.

ESTADOS UNIDOS. *United States Code*. Disponível em: <<http://codes.lp.findlaw.com/uscode>>. Acesso em 23.mar.2013.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas*. Curitiba: Juruá, 2009.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRAGERT, Bruce A. Yakuza: The Warlords of Japanese Organized. *Annual Survey of International & Comparative Law*. v. 4, n. 1, 1997. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>>. Acesso em: 22.mar.2013.

ITÁLIA. *Decreto do Presidente da República nº 309, de 09 de outubro de 1990*. Disponível em: <[http://www.altalex.com/index.php?azione=Nuovo\\_documento&idnot=33849#titolo8](http://www.altalex.com/index.php?azione=Nuovo_documento&idnot=33849#titolo8)>. Acesso em 26.mar.2013

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 306, de 08 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.interno.gov.it/dip\\_ps/dia/normative/d.l.306-1992.pdf](http://www.interno.gov.it/dip_ps/dia/normative/d.l.306-1992.pdf)>. Acesso em 26.mar.2013

\_\_\_\_\_. *Lei nº 269, de 03 de agosto de 1998*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/98269l.htm>>. Acesso em 26.mar.2013.

JARAMILLO, Andrés David Ramírez. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la Antimidad e a la no Autoincriminacion*. Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010. Disponível em: <[http://www.udea.edu.co/userfiles/El\\_Agente\\_Encubierto.pdf](http://www.udea.edu.co/userfiles/El_Agente_Encubierto.pdf)>. Acesso em: 06.abr.2013.

JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>>. Acesso em: 20.mar.2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal nº 9.034/95 (Organizações Criminosas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

NETO, Francisco Toletino. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Org.). *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Carolina Guimarães Percegueiro. *O entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) acerca da atuação do agente infiltrado*. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012\\_11\\_6913\\_6966.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_6913_6966.pdf)>. Acesso em 07.abr. 2013.

PEREZ, Marta Del Pozo. *El agente encubierto como medio de investigacion de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*. Disponível em: <[http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/10\\_267\\_mpozo\\_agente\\_encubierto.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/10_267_mpozo_agente_encubierto.pdf)>. Acesso em 17.abr.2013.

PORTUGAL. *Lei nº 101, de 25 de agosto de 2001*. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis)>. Acesso em 26.mar.2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUSA, Susana Aires. *Agent Provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões*. Disponível em: <[http://www.fd.uc.pt/idpee/projectos/pdf/Agent\\_2003.pdf](http://www.fd.uc.pt/idpee/projectos/pdf/Agent_2003.pdf)>. Acesso em 06.abr. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, delito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, v.1, n.1, p. 45-67, 1996.