



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**JOSÉ MANOEL DE SOUZA**

**O USO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS EM  
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. UMA ANÁLISE FRENTE À LEI N°  
12.850/2013**

Salvador

2017

**JOSÉ MANOEL DE SOUZA**

**A INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS EM ORGANIZAÇÕES  
CRIMINOSAS. UMA ANÁLISE FRENTE À Nº LEI 12.850/2013**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais.

Orientador: Professor Mestre Rudá Santos Figueiredo.

Salvador

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, por Sua infinita bondade, me trazendo amparo nos momentos mais difíceis.

À minha mãe, Maria Rita, pela dedicação e amor incondicionais ao longo da minha vida, a quem serei eternamente grato.

À minha família, pelas cobranças, que me ajudaram a manter o foco quando os problemas pareceram insuperáveis, e pelas palavras de incentivo e entusiasmo, que me fortaleceram, ajudando no alcance de mais uma vitória.

À minha noiva Karine, por me aturar. Ela bem sabe o porquê destas palavras.

Aos meus amigos, que também são parte da família para mim, por toda a ajuda ao longo curso e da vida.

SOUZA, José Manoel de. O uso da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas. Uma análise frente à lei nº 12.850/2013. 71f. il. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Ciências Criminais) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por escopo analisar, de forma crítica, o disposto na Lei nº 12.850/2013, importante no sistema normativo pátrio por introduzir, inquestionavelmente, o conceito de organização criminosa, criminalizando a mera conduta de integrar uma organização que se enquadre no conceito legal, sob o viés da previsão da infiltração de agentes policiais nas ditas organizações, como meio de produção de provas. Sem a mínima pretensão de esgotar o assunto, intenta-se analisar as eventuais implicações processuais e penais de tal medida - extrema, como se verá – examinando a questão da sua conformidade com a Constituição, de modo a permitir prognósticos sobre o cumprimento do desiderato do legislador ao editar a lei.

Palavras-chave: ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. SEGURANÇA PÚBLICA. INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS. PRODUÇÃO DE PROVAS.

SOUZA, José Manoel de. The use of infiltration of police officers in criminal organizations. An analysis front of the Law No. 12,850 / 2013. 71 f. il. 2015. Work Completion of course (Graduation) – Law School, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

## **ABSTRACT**

This work aims to analyze the scope, critically, the provisions of Law No. 12,850 / 2013, important in the legal system by introducing parental undoubtedly the concept of criminal organization, criminalizing the mere conduct of integrating an organization that fits into the concept cool, under the bias of the prediction of infiltration of police officers in these organizations as a means of producing evidence. Without the slightest claim to exhaust the subject, it intends to analyze the possible procedural and criminal implications of such action - extreme, as we shall see - examining the issue of compliance with the Constitution, to allow predictions about the fulfillment of the desideratum legislator to edit the law.

Keywords: CRIMINAL ORGANIZATIONS. PUBLIC SAFETY. INFILTRATION OF POLICE OFFICERS. PRODUCTION OF EVIDENCE.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
PCC	Primeiro Comando da Capital
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA</b> .....	<b>10</b>
2.1 ORIGENS E POSSÍVEL EXPLICAÇÃO PARA O SURGIMENTO NO MUNDO .....	10
2.2 EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA NORMATIVA NO PAÍS .....	15
2.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA .....	18
<b>3 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PRODUÇÃO DE PROVAS</b> .....	<b>22</b>
3.1 PROVAS E PROCESSO PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS .....	23
3.2 A NECESSIDADE DE ATUALIZAR A NOÇÃO DE “VERDADE” NO PROCESSO PENAL .....	25
3.3 PROVAS ILÍCITAS: LIMITES IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO .....	29
3.4 OBJETO DA PROVA .....	32
3.5 MEIOS DE PROVA, FONTES DE PROVA E MEIOS DE PESQUISA DE PROVA .....	34
3.6 A INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS COMO MEIO DE PESQUISA DE PROVA.....	38
3.7 ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS SOB O VIÉS LEGAL .....	39
<b>4 O AGENTE INFILTRADO</b> .....	<b>43</b>
4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E DIREITO COMPARADO .....	43
4.2 AGENTE INFILTRADO E FIGURAS AFINS .....	47
4.3 AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR .....	51
4.4 REQUISITOS PARA A ADOÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS .....	54
4.5 REFLEXOS PENAIIS DAS CONDUTAS PRATICADAS PELO AGENTE POLICIAL INFILTRADO .....	56
4.5.1 O INGRESSO DO INFILTRADO NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CRIME?.....	56
4.5.2 CRIMES COMETIDOS EM FUNÇÃO DO INGRESSO NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BALIZAS E TRATAMENTO JURÍDICO .....	58
4.6 REFLEXOS PROCESSUAIS DA ATUAÇÃO DO AGENTE POLICIAL INFILTRADO .....	61
<b>5 CONCLUSÕES</b> .....	<b>66</b>
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	<b>68</b>

# 1. INTRODUÇÃO

A História nos mostra que aqueles que detêm o poder tendem a dele abusar. Ao longo dos séculos numerosos foram os estudiosos a dedicar seus esforços a fim de criar formas de contenção do poder – talvez o mais famoso seja Montesquieu, ao elaborar a teoria da separação dos poderes. Atualmente, o poder é exercido por um ente conhecido por todos – o Estado -, uma ficção, criada pelo homem com o fito de justificar o estado atual das coisas, onde uma imensa maioria se submete aos comandos de poucos<sup>1</sup>.

A breve digressão às indagações sobre a origem do Estado justifica-se, pois, qualquer que seja o pensamento adotado, o fato é que vivemos numa sociedade com normas, cabendo a este ente, dentre outras coisas e, em regra, aplicar sanções caso haja transgressões.

Porém, ninguém gosta da imposição de limites à sua liberdade, a despeito da admissão de sua imprescindibilidade para uma vida em sociedade. No momento atual do tempo histórico, a conformação mais apreciada do Estado, consagrada no caput do art.1º da nossa Constituição, é a do Estado Democrático de Direito.<sup>2</sup> Aos valores mais caros, compete a proteção do instrumento mais duro de que dispõe o Estado: o Direito Penal.

Diante da natural desconfiança que o Estado inspira, causa muita polêmica a adoção de uma medida que tenha duvidoso caráter ético justamente a serviço do Direito Penal. Surge o inevitável questionamento: até que ponto vai a sanha punitiva do Estado, que agora propõe infiltrar agentes seus em grupos ditos criminosos?

O contexto brasileiro atual, porém, é de insegurança reinante em praticamente todos os estados. Não há qualquer exagero nesta frase. Segundo informações levantadas junto a secretarias estaduais de segurança pública, houve, no primeiro semestre deste ano, aproximadamente 28, 2 mil homicídios no Brasil, o que dá uma média de 155 homicídios por dia<sup>3</sup>. Os criminosos mostram-se cada vez mais ousados, chegando muitas vezes a níveis de “profissionalismo” assustadores. Que paulistano desconhece o significado da sigla PCC? Que fluminense nunca ouviu falar em Comando Vermelho? No mundo, são conhecidas as figuras

---

<sup>1</sup> BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10-11.

<sup>2</sup> Segundo Canotilho, este pressupõe uma lei fundamental escrita (uma constituição) limitadora do poder político pelo império do direito, cuja legitimidade é haurida da sua elaboração democrática. Disponível em: < <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em 04/04/2017.

<sup>3</sup>A reportagem que trouxe estes dados foi publicada no portal de notícias Uol e está disponível no link <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/08/21/brasil-registra-28-mil-homicidios-no-1- semestre.htm>. Acesso em 04/04/2017.

de grupos mafiosos como a Yakuza, no Japão e a Camorra, atuante sobretudo na cidade de Nápoles, na Itália.

A junção destas observações fez nascer as questões centrais deste trabalho: como pressuposto cabe logicamente indagar se deve ser admitida a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, considerando o contexto de um estado democrático de direito. Em que termos esta se daria? Quais as balizas devem nortear o trabalho do agente infiltrado?

O caminho percorrido passa, no capítulo dois, pela breve análise da evolução do crime organizado no mundo e no Brasil. Cuidaremos do tratamento dado pelo legislador, até chegarmos à consagração da expressão “organização criminosa”, que terá papel central no estudo. Isto porque nossa postura será eminentemente normativista e tomaremos por referência a definição legal, além de buscar extremar o tipo penal criado a partir da lei 12.850/2013 de outros semelhantes, cometidos necessariamente por mais de um sujeito.

No capítulo três, cuidaremos da questão probatória afeta à infiltração, cuidando os limites para a admissão de provas no processo penal constitucional, da noção de verdade a ser adotada no atual estágio da ciência jurídica e da definição da sua natureza jurídica.

Por fim, analisaremos a figura do agente infiltrado em si, buscando extremá-lo de figuras semelhantes, tratar das questões polêmicas inerentes à sua atividade e cuidar do regramento para a sua atuação trazido pela recente legislação, objetivando, humildemente, contribuir para um debate que se reputa necessário para estabelecer limites à sua atuação, com vistas a criar meios para que o instituto tenha aplicabilidade prática.

Aos que tiverem a bondade e a paciência necessárias à leitura destas linhas humildemente escritas, o mesmo pedido feito por um velho amigo: sejam gentis, sabendo que quem as escreveu deu o melhor de si.

## 2. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Segurança pública é um dos temas que mais preocupam os brasileiros. Segundo um levantamento elaborado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em parceria com o IBOPE, publicado em 14/02/2014, perquirindo quais deveriam ser os focos de investimento do governo, 31% dos entrevistados opinaram pelo combate à violência e à criminalidade, perdendo somente para a necessidade de se investir na melhoria dos serviços de saúde. Assim, ainda que não notemos, tomamos contato, mormente através da mídia, com expressões como “crime organizado” e “máfia” com mais frequência do que gostaríamos.

O que se entende por organização criminosa? Do que se trata a infiltração de agentes policiais? É necessário, neste momento do trabalho, traçar os delineamentos iniciais, estabelecendo os limites nos quais trataremos do assunto. Este capítulo se encarrega, portanto, de evitar imprecisões semânticas, considerando o sentido comum assumido expressão.

O ponto de partida será a análise da legislação sobre a matéria, culminando no enfoque à lei nº 12.850/2013, que trouxe novos balizamentos à mesma. Nesta senda, cabe ressaltar que a escolha deste enfoque implica em margear críticas contundentes de importantes de estudiosos renomados do direito penal, a exemplo de Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>4</sup>, para quem o poder persecutório estatal é usado historicamente de modo seletivo, criando inimigos públicos cuja periculosidade é presumida.

Esta postura, entretanto, não nos permite deixar de atentar para o hábito dos nossos parlamentares de apresentar soluções para problemas complexos da sociedade acionando tão somente o sistema penal.

### 2.1 ORIGENS E POSSÍVEL EXPLICAÇÃO PARA O SURGIMENTO NO MUNDO

Tentar explicar o surgimento do crime organizado não é tarefa fácil, existindo uma série de hipóteses apontadas pelos mais diversos doutrinadores. Inúmeros juristas e sociólogos lançaram-se a ela, normalmente quando se debruçaram sobre o fenômeno do crime. A dificuldade em remontar a uma origem comum ocorre sobretudo porque a expressão não tem um sentido unívoco, fazendo surgir as mais diversas teorizações.

---

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.100.

Uma outra dificuldade apontada por Eduardo Araújo da Silva<sup>5</sup> reside nas peculiaridades da atuação criminosa nos mais diversos países, fazendo com que haja um *modus operandi* e um campo de atuação específicos para cada localidade. Tal afirmação ganha força quando parte-se da premissa de uma atividade exercida de modo sub-reptício e, embora haja notáveis pontos de convergência nos ordenamentos penais - o homicídio certamente é a conduta cuja criminalização é mais abrangente - resulta claro que cada sociedade é dotada de valores próprios, criminalizando condutas que ofendem os bens jurídicos que lhes são mais relevantes a partir de uma perspectiva de uso do aparato penal como *ultima ratio*.

Assim, percebemos o crescimento de grupos criminosos com o fito de retirar vantagens da proibição da venda do álcool (a exemplo do grupo chefiado por Al Capone nas décadas de 20 e 30 do século passado nos Estados Unidos), da proibição do consumo de determinadas substâncias entorpecentes (temos vários exemplos na América Latina, com o florescimento de vários cartéis de drogas, sendo talvez o mais famoso chefiado por Pablo Escobar na Colômbia nas décadas de 80 e 90 do século XX), ou da proibição de atividades como a prática de jogos de azar ou da prostituição.

Silva aponta como traço comum de organizações famosas como a Yakuza (Japão), a Máfia (Itália, onde são conhecidos grupos como a *Cosa Nostra*, e a *Ndrangheta*) e as Tríades chinesas, a origem histórica<sup>6</sup>, datada do século XVI: todas surgiram como respostas às arbitrariedades sofridas pela população cometidas pelo Estado ou perpetradas por pessoas poderosas, bem como o desamparo sentido em relação ao poder público. Imprescindível ao seu crescimento seria, segundo o autor, a corrupção dos agentes estatais.

Segundo Angiolo Pellegrini e Paulo José da Costa Júnior<sup>7</sup>, a Tríade teria surgido no século XVI, “como elemento de sustentação da dinastia Ming, para afastar os invasores da dinastia Quing”, dispondo de rígida organização hierárquica e operando atualmente em função da exploração de jogos de azar, tráfico de estupefacientes, exploração de prostituição, extorsão, etc<sup>8</sup>. Sobre os ditos grupos, arrematam afirmando<sup>9</sup>:

[...] são das poucas organizações criminosas que, pelas características do seu ordenamento interno e pela capacidade de condicionamento social, cultural, político e econômico, podem ser tecnicamente definidas como mafiosas nos territórios por elas controlados.

---

<sup>5</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado. Procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p.19.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 19-20.

<sup>7</sup> *Criminalidade organizada*. Editora Jurídica Brasileira, 1ª edição, 1999, p. 63.

<sup>8</sup> *Criminalidade organizada*. Editora Jurídica Brasileira, 1ª edição, 1999, p. 66.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.67.

Discorrendo sobre a origem da Yakuza, os autores remetem à Idade Média<sup>10</sup> afirmando: “os antepassados da Yakuza eram os jogadores de azar, ou vendedores ambulantes que frequentavam casa de jogo situadas ao longo do percurso de seus frequentadores, ou aqueles que gerenciavam as ditas casas”.

Por sua vez, Eduardo Araújo da Silva aponta como origem desta organização o Japão feudal do século XVIII, onde exercia, além de atividades ilegais (exploração de cassinos, prostíbulos, tráfico de drogas e armas, etc.), outras legalizadas (para tornar as suas iniciativas conhecidas). No século XX, seus membros teriam se dedicado à “chantagem corporativa”, consistente na aquisição de ações de empresas e exigência de lucros escorchantes, mediante a ameaça de revelar os segredos às companhas rivais<sup>11</sup>.

Na Itália, a Máfia teria surgido a partir da resistência ao rei da Nápoles em 1812, ano em que o monarca editou um decreto que reduziu os poderes dos príncipes e limitou privilégios dos senhores feudais, mexendo com a estrutura agrária então existente na região siciliana. Aqueles afetados pela medida decidiram contratar os chamados *uomini d'onore* (homens de honra, numa tradução livre), a fim de proverem a defesa externa. Estes viriam a constituir associações secretas, merecedoras no nome *mafia*<sup>12</sup>, as quais se voltariam para a ilicitude apenas no século XX.

Este escorço evidencia a origem bastante controvertida de tais organizações, bem como a dificuldade representada pela definição das suas áreas de atuação.

Neste momento, cabe fazer a distinção proposta por Mario Daniel Montoya<sup>13</sup>, entre máfia e crime organizado. Embora diversos autores, dos mais variados campos do conhecimento, os empreguem indistintamente, defende o autor em questão existirem nas máfias laços familiares entre os integrantes, representando estas organizações uma tradição cultural proveniente do local do surgimento e da família.

Seguindo linha de raciocínio similar, Carolina Pecegueiro Pereira pontua, citando Anthony Giddens, ter surgido o crime organizado a partir da exploração de atividades vedadas pela legislação, como a extorsão e a prostituição, embora, a despeito das vicissitudes de cada local, hoje se vislumbre uma feição transnacional. Assim, nos Estados Unidos atualmente a maior fonte de renda seria a exploração do jogo ilícito em corridas de cavalo e da loteria. Em

---

<sup>10</sup> Ibidem, p.68.

<sup>11</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado. Procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p.20.

<sup>12</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p.4.

<sup>13</sup> *Máfia e crime organizado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.3.

paralelo, na Grã Bretanha as organizações criminosas usariam os grandes bancos para lavar o dinheiro obtido, estimando-se a soma destas operações entre 2,5 e 4 bilhões de libras por ano<sup>14</sup>.

No Brasil, o antecedente das organizações criminosas mais apontado é o cangaço, cuja atuação se deu no Nordeste no fim do século XIX e começo do século XX, sob o comando de Virgulino Ferreira da Silva, popularmente conhecido como Lampião<sup>15</sup>. A chefia de Lampião permite afirmar a existência de uma estruturação hierárquica. Com o tempo, passaram os cangaceiros a saquear pequenas cidades e a sequestrar pessoas importantes com o intuito de exigir compensações financeiras pela sua liberdade.

Segundo Olivieri, citado por Araújo da Silva, a colaboração prestada por policiais corruptos, sob a forma de fornecimento de munições e armamentos, o que evidencia outras semelhanças com outras organizações criminosas surgidas em outros continentes séculos antes. Entretanto, em face das transformações ocorridas no planeta, com o avanço da globalização e a revolução das comunicações, trazendo a possibilidade de atuação das organizações criminosas em diversas nações, é necessário salientar que o cangaço é somente um antecedente, não guardando maiores semelhanças em face da flagrante discrepância na capacidade de atuação.

Na virada para o século XX<sup>16</sup>, surgiu a exploração do “jogo do bicho”, contravenção praticada sistematicamente no Brasil. Nos presídios, porém, foram gestadas as organizações criminosas mais conhecidas do país. Nas décadas de 70 e 80, leciona o autor, surgiu no presídio de Ilha Grande, a Falange Vermelha, composta por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos.

Posteriormente, no mesmo presídio nasceu o Terceiro Comando, de uma dissidência do primeiro grupo motivada por discordâncias quanto às práticas criminosas do grupo original; em Bangu 1 surgiu o Comando Vermelho, comandado por líderes do tráfico de entorpecentes, como uma evolução da Falange Vermelha, angariando muito do espaço ocupado pelas organizações constituídas num momento anterior. Para tentar limitar sua expansão, surgiu a “ADA” (Amigos dos Amigos) na metade dos anos 90, aliando-se ao Terceiro Comando. Em

---

<sup>14</sup> GIDDENS, Anthony *apud* PEREIRA, Carolina Guimarães Pecegueiro. *O entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) acerca da atuação do agente infiltrado*. Disponível em: < [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012\\_11\\_6913\\_6966.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6913_6966.pdf)>. Acesso em 14/02/2017.

<sup>15</sup> OLIVIERI, Antonio Carlos. *O cangaço*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1997, p.9, *apud* SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.9.

São Paulo, também em meados dos anos 90, surgiu na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté o Primeiro Comando da Capital (PCC).

A ideia do surgimento do Comando Vermelho sob a gestão do Estado é compartilhada por Carlos Amorim, autor do livro *Comando Vermelho – A história do crime organizado*<sup>17</sup>, para quem tudo teve início quando o governo militar colocou no mesmo presídio de Ilha Grande (nome pelo qual ficou mais conhecido o Instituto Penal Cândido Mendes), entre 1969 e 1975, presos políticos (entendidos como aqueles que pretendiam subverter a ordem imposta pelo regime militar) e presos comuns, embora também acusados de infringir a Lei de Segurança Nacional. Esta iniciativa prestou-se a, segundo o autor, camuflar o caráter político das prisões, aliviando as pressões sofridas pelo governo em prol da anistia, embora tenha provocado efeitos colaterais extremamente deletérios.

Não pode ser deixar de ser pontuado que, nos dias atuais, a atuação se dá de modo integrado entre várias das organizações citadas neste texto, haja vista seus interesses comuns, em face da ilicitude comum das suas práticas à luz dos mais variados ordenamentos. Sobre este aspecto, um bom exemplo é o tráfico de drogas, elevado à categoria de inimigo público número 1 pelo presidente norte-americano Richard Nixon na década de 70. Reprime-se o tráfico, mudando somente a definição legal sobre o que vem a ser havido como “droga”. Isto leva alguns países a adotarem uma postura mais progressista, regulamentando o consumo de substâncias menos nocivas como a maconha, enquanto outros são mais rígidos. Em comum, a repressão.

A dita convergência leva as organizações criminosas a dialogarem entre si, em face da possibilidade de elevar seus lucros expandindo seus negócios para outras nações. Esta ocorrência, previsível para qualquer cidadão minimamente interessado no tema, é comprovada pelo fato de já terem sido conduzidas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela Polícia Federal<sup>18</sup> investigações acerca de ligações entre o PCC e a *Ndrangheta* italiana, com vistas a transportar cocaína da Bolívia até a Europa<sup>19</sup>. A se ressaltar que esta informação torna evidente que a organização surgida nos presídios paulistas converteu-se numa multinacional do crime, buscando novas oportunidades de negócio inclusive em outros continentes.

---

<sup>17</sup> Rio de Janeiro: BestBolso, 2011, p.64.

<sup>18</sup> Reportagem disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/100000717922/trafico-ligacao-entre-o-pcc-e-a-mafia-italiana-e-investigada.html>>. Acesso em 19/04/2017.

<sup>19</sup> Esta outra reportagem trata da importância da América do Sul, especialmente do Paraguai, para o tráfico internacional de cocaína: <<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/100000717922/trafico-ligacao-entre-o-pcc-e-a-mafia-italiana-e-investigada.html>>. Acesso em 10/09/2017.

## 2.2 EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA NORMATIVA NO PAÍS

A primeira lei brasileira a tratar do assunto foi a de número 9.034/95, que se propunha a regular os meios operacionais destinados a prevenir o cometimento de crimes por organizações criminosas, além de reprimir as suas práticas. Percebe-se, com base neste objetivo, declarado pela própria lei, a preocupação com o crescimento desta modalidade delitativa, cujo combate exige ações diversas das ordinariamente usadas.

No entanto, ao tempo de sua edição, a expressão era usada, ao menos pelo legislador, de modo indistinto das expressões “quadrilha” ou “bando”, empregadas pelo Código Penal em seu artigo 288<sup>20</sup>, o qual preceituava em seu caput: “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

A lei em comento ainda fazia referências à ação controlada e ao acesso a “dados, documentos e informações fiscais, financeiras, bancárias e eleitorais” nos incisos II e III do art. 2<sup>o</sup><sup>21</sup>, respectivamente. Todavia, em função da parca regulamentação destes meios de investigação, e principalmente da ausência de uma definição legal sobre organização criminosa a lei praticamente, no tocante a alguns destes procedimentos, tornou-se letra morta.

A despeito da lei 9.034/95 não trazer um tipo penal incriminador, a adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (conhecida pela doutrina e jurisprudência como Convenção de Palermo, promulgada pelo decreto 5.015/04), a qual traz em seu art. 2 uma definição para organização criminosa, fez com que algumas denúncias fossem oferecidas alegando infração ao disposto no art. 1<sup>o</sup>, VII, da lei 9613/98, que previa a prática do crime de lavagem de dinheiro por organização criminosa. Impetrado *habeas corpus* perante o STJ, o tribunal decidiu da maneira indicada na ementa do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1<sup>o</sup> DA LEI Nº 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO

<sup>20</sup> A indefinição legislativa só encerrou-se com a edição da lei nº 10.217/01, a qual se prestou unicamente a alterar os artigos 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> (introduzindo dois novos meios de investigação) da lei ora analisada. A nova redação conferida ao artigo 1<sup>o</sup> deixou claro o entendimento de tratarem-se quadrilha ou bando (alguns doutrinadores trazem uma distinção entre eles fundada no nível de organização do grupo, porém tal distinção carece de resultado prático) e organização criminosa de coisas distintas.

<sup>21</sup> O inciso I do artigo 2<sup>o</sup>, que previa a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, ainda constante no Projeto de Lei nº 3516/89, foi vetado pelo Presidente da República por “não atender ao interesse público”. Voltaremos ao tema no capítulo 4, dedicado à figura do agente infiltrado. Eis o link para as razões do veto:< <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9034-3-maio-1995-348988-veto-21377-pl.html>>. Acesso em 20/04/2017.

CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO Nº 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

Porém, o STF, apreciando a matéria no HC 96.007-SP, entendeu ser atípica a conduta justamente por inexistir àquele tempo, no ordenamento nacional, definição legal do crime de organização criminosa. Dito de outro modo, a definição das condutas criminalizadas é exclusividade do Congresso Nacional. Esta decisão foi aplaudida pela doutrina, a exemplo de Luiz Flávio Gomes que antes do julgamento do referido *habeas corpus* pela corte suprema do país já argumentava: “definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*)”<sup>22</sup>.

No ano de 2001, a lei 9.034/95 sofreu uma alteração em seu art.1º com a edição da lei 10.217/01, cuja redação passou a ser: “esta lei define e regula os 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 natureza”. Como se observa, a ausência de uma palavra do legislador sobre o que se entendia por “organização criminosa” – o termo é encontrado em alguns artigos da redação original da lei 9.034/95 sem maiores explicações sobre o seu significado – perdeu, havendo àquela época um tratamento indistinto a todos estes delitos de concurso necessário, com o agravante de permitir a interpretação de que os meios de prova e procedimentos investigatórios trazidos pela lei 9.034/95 eram passíveis de extensão aos delitos previstos na redação original do art. 288 do Código Penal.

Em função da omissão legislativa, havia notória insegurança sobre o tema, dando margem a teorizações doutrinárias que objetivavam reduzir a nebulosidade sobre a matéria. Antes do advento da lei 12.850/13, que trouxe uma definição legal de organização criminosa, Eduardo Araújo da Silva apontava como características das ditas organizações: a a) acumulação de poder econômico de seus integrantes; b) o alto poder de corrupção dos agentes estatais; c) a necessidade de legalizar o dinheiro obtido ilicitamente; d) o alto poder de

---

<sup>22</sup> Artigo publicado em 14/05/09 na Internet e disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print)>. Acesso em 21/04/17.

intimidação; e) as conexões locais e internacionais por elas estabelecidas; e f) a estrutura piramidal, marcada pela divisão de tarefas<sup>23</sup>.

A primeira definição sobre organização criminosa trazida pelo legislador nacional estava contida na lei 12.694/12, que implicitamente revogou a lei 9.043/95. A lei, que despertou atenção especial na doutrina pela previsão da prática colegiada dos atos de instrução processual no 1º grau de jurisdição, disciplinada ao longo dos parágrafos do seu art.1º, de modo a garantir uma maior segurança aos magistrados, trouxe a seguinte definição:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a 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.

Todavia, a lei em questão trazia um dispositivo meramente explicativo, sem criminalizar a conduta dos integrantes da organização, sem criminalizar o fato de meramente integrar um grupo deste jaez.

Eis que chegamos à lei 12.850/13, com uma redefinição do conceito, presente logo no primeiro artigo, assim redigido:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) 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 infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Houve um aumento no número de indivíduos necessários à configuração do tipo (agora são quatro), e uma pretensão de conferir uma abrangência maior do texto, objetivando alcançar também as contravenções, compreendidas na expressão genérica “infrações penais”. Entretanto, a alteração neste ponto específico, resultou inócua – exceto por um eventual concurso de crimes – haja vista que inexistente contravenção que comine pena superior a quatro anos de prisão.

---

<sup>23</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado. Procedimento probatório*. ed. Atlas: São Paulo, 2003, p.28-31.

Ocorreu ainda uma alteração na art. 288 do Código Penal, tipificador do crime cujo *nomen iuris* passou a ser associação criminosa. Importa salientar o interesse do legislador em extremar as duas modalidades delitivas, imprimindo um desvalor maior às condutas dos integrantes deste tipo especial de organização, cuja atuação enseja um tipo especial de repressão, promovida por meios investigativos diferentes dos comumente empregados<sup>24</sup>. Tal ensejo repressivo torna-se evidente ainda quando o fato de integrar uma organização deste tipo constitui um delito autônomo, previsto no art. 2º. O parágrafo 2º do art. 1º da lei deve ser citado, pois traz outras modalidades delitivas reputadas graves o bastante a ponto de atrair a incidência das técnicas especiais de investigação<sup>25</sup>:

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016).

Assim, ao menos num primeiro momento, encerram-se as discussões mais acaloradas sobre o que o legislador depreende da expressão, além de cessarem as queixas contra a ausência de um posicionamento num tema tão polêmico.

## 2.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA

Neste ponto, cumpre pontuar diferenças existentes entre três tipos penais semelhantes, a fim de melhor definir o objeto de análise deste trabalho, haja vista as confusões que podem ser feitas em razão do caráter plurissubjetivo dos mesmos.

O crime de associação criminosa está previsto no art. 288 do Código Penal, alterado pela lei 12.850/13, que dispõe em seu caput: “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”. Conforme dito, a alteração do *nomen iuris* pôs fim a

<sup>24</sup> Romulo Moreira entende haver duas definições no ordenamento pátrio para as organizações criminosas: o primeiro, trazido pela lei 12.694/12, permite ao juiz a formação do órgão colegiado para a instrução do processo; e o segundo, mais gravoso, trazido pela lei 12.850/13. Diversamente pensa Cezar Bitencourt, citado pelo próprio autor. (MOREIRA, Romulo de Andrade. *A nova lei do crime organizado*. 1. ed. Porto Alegre: Editora Magister, 2014, p.35)

<sup>25</sup> O uso desta expressão, para efeitos deste trabalho, compreende as técnicas com grande potencial de restrição aos direitos fundamentais, a exemplo da colaboração premiada, da ação controlada, e da infiltração de agentes. A terminologia está presente na Convenção de Palermo, art. 20, item 1.

discussões doutrinárias de pouca utilidade que versavam sobre eventuais diferenças entre quadrilha ou bando. Devemos atentar para o número mínimo de 03 (três) agentes reunidos para o fim específico de cometer crimes, ofendendo a paz pública, e para a carência de elementos normativos.

Segundo os ensinamentos de Guilherme Nucci<sup>26</sup>,

[...] é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes.

Cotejando-se a nova redação do art. 288/CP com o texto trazido pela art. 1º da lei 12.850/2013, percebe-se imediatamente uma mudança no elemento objetivo, marcada pelo aumento no número mínimo de integrantes. Há exigência legal do cometimento de infrações cuja pena supera 4 (quatro) anos, bem como a possibilidade do cometimento de crimes de caráter transnacional para atrair a incidência do tipo em questão. Embora Nucci defenda ser injustificável a diferenciação em relação a associação criminosa baseada no número de integrantes<sup>27</sup>, esta opção parece apenas reforçar o caráter subsidiário do crime do art. 288, considerando as marcantes tentativas do legislador de diferenciá-las.

De fato, em face da dimensão de alguns organismos criminosos, que chegam algumas vezes a desafiar a autoridade do Estado regularmente constituído – como exemplo, basta citar a onda de ataques a policiais ordenada em São Paulo ao longo deste ano pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) de dentro dos presídios, ou a onda de ataques ocorridos em 2006 na mesma cidade, em que vários ônibus foram queimados e houve diversos atentados contra a vida de policiais e agentes penitenciários – parece pouco provável que três pessoas sejam capazes de, por si mesmas, constituírem organização deste porte. Parece, pois, o número de integrantes escolhido apenas um patamar mínimo estabelecido para, repita-se, separar os grupos que são o objeto da lei 12.850/13 dos grupos compostos por criminosos habituais, dotados de complexidade bastante reduzida quando comparados às organizações criminosas, e previstos já na versão original do Código Penal. Uma análise histórica da questão reforça este

---

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa. Comentários à lei 12.850/13*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.13

<sup>27</sup> *Ibidem*, p.14

entendimento, pois Nelson Hungria<sup>28</sup>, analisando a redação inicial do artigo em questão, escreveu o seguinte:

No Brasil, à parte o endêmico *cangaceirismo* do sertão nordestino, a delinquência associada em grande estilo é um fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir não representa, entre nós, caráter espetacular.

Ainda analisando o conceito legal, Nucci<sup>29</sup> traz outras observações importantes sobre a estruturação da organização: entende o doutrinador não ser possível preencher este requisito sem um escalonamento interno, que permita aos membros atingir postos de maior relevância; como consequência desta hierarquia, há uma divisão das tarefas a serem exercidas, a qual não precisa ser formal, porquanto a exigência de formalidade representaria uma contradição com o caráter clandestino da organização. O esforço empreendido pelo autor para delimitar a estruturação das organizações criminosas deriva do fato dele reputar esta característica como fundamental para diferenciá-las das associações criminosas do art. 288/CP.

Por sua vez, o crime de constituição de milícia privada está previsto no art. 288-A, do Código Penal, inserido pela lei 12.720/12, cujo preceito primário é: “constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código”. Rogério Greco define organização paramilitar como:

[...] associações ou grupos não oficiais, cujos membros atuam ilegalmente, com o emprego de armas, com estrutura semelhante à militar. Atuam ilegal e paralelamente às forças policiais e/ou militares. Essas forças paramilitares utilizam técnicas e táticas policiais oficiais por elas conhecidas [...] <sup>30</sup>.

Cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 consagra a liberdade de associação, exceto se esta tiver “caráter paramilitar”, conforme preceitua o art. 5º, XVII. Este termo talvez seja aquele cujos contornos sejam mais facilmente delimitados, seja pela referência constitucional, seja pela sua própria etimologia. Porém, o dispositivo em questão padece de uma série de imprecisões quanto aos elementos normativos (o que vem a ser “milícia particular”, “grupo” ou “esquadrão?”), de modo que a sua constitucionalidade certamente será objeto de muitos questionamentos por desrespeito ao princípio da taxatividade.

<sup>28</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 175-176 apud BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.15.

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa. Comentários à lei 12.850/13*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.15.

<sup>30</sup> Opinião externada na página < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2179>>. Acesso em 25/04/2017.

Certamente, o principal elemento de diferenciação está na finalidade da reunião dos grupos: enquanto a lei 12.850/13 impõe um elemento objetivo (prática de crime cuja pena seja superior a quatro anos ou de caráter transnacional), o art. 288-A vale-se da expressão genérica “qualquer dos crimes previstos neste Código”. A solução proposta por Rogério Greco também passa por uma interpretação teleológica: considerando que a lei que alterou o CP dispõe sobre “o crime de extermínio de seres humanos”, a coletividade prevista no tipo penal deveria praticar este tipo de delito para incidir no crime do recém-criado art. 288-A.

Por fim, apenas para registro, convém rememorar outro crime de concurso necessário previsto no art. 35 da lei nº 11.343/06, denominado pelo legislador como “associação para o tráfico de drogas”. Trata-se de uma espécie *sui generis* de associação trazida pelo legislador, que exige o mínimo de agentes para a configuração de um crime plurissubjetivo (dois), destoando de tudo quanto o exposto sobre a matéria ao longo das décadas.

### 3. PRODUÇÃO DE PROVAS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O forte crescimento da criminalidade no país, muitas vezes relacionada direta ou indiretamente ao tráfico de drogas, fez com que se tentativas de coibi-la ficassem mais duras. Logo, a ausência de uma definição legal para organização criminosa era alvo de muitas críticas.

A lógica por trás deste pensamento é bastante simples: para uma forma de cometimento de crime tida como especial, um procedimento de investigação que se valha de medidas especiais. Da mesma forma que toda a doutrina de processo civil foi pensada para a solução de lides que contrapunham interesses individuais, debatendo-se aquele ramo do direito hoje com problemas de matiz coletiva, o processo penal reclama novos instrumentos para enfrentar grupos com alto poder econômico, capazes inclusive de corromper agentes estatais de elevados cargos.

Em face da estrutura hierarquizada assumida por estes agrupamentos, a chance de sucesso na tarefa de desarticular tais grupos é reduzida, posto que frequentemente são presos indivíduos de baixo poder econômico e pouca representatividade para a empresa criminosa. Os grandes chefes dirigem suas atividades sem ser ameaçados.

Entretanto, cabe questionar: quais os limites para a produção probatória no processo penal? Qual a “verdade” buscada através do processo penal contemporâneo? Como a infiltração de agentes se relaciona com a toda a temática probatória decorrente do devido processo legal<sup>31</sup>?

---

<sup>31</sup> Ensina Tourinho Filho que “o devido processo legal relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões e comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do Julgador, direito às vias recursais, proibição da *reformatio in pejus*, respeito à coisa julgada (*ne bis in idem*), proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação de sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70-71.

### 3.1 PROVAS E PROCESSO PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

“Prova” é um tema especialmente caro ao processo, que, a seu turno, é o meio através do qual se exerce a jurisdição. Segundo Tércio Ferraz Júnior<sup>32</sup>, a palavra prova, etimologicamente, tem um sentido ético: *probatio* deriva de *probus*, que, por sua vez, deu origem na língua portuguesa às palavras “prova” e “probo”. Não se dissocia a ideia de jurisdição da de Estado, o qual, no exercício de sua soberania, diz qual o direito aplicável dentro do seu território. Como característica da jurisdição, temos a substituição da vontade das partes pela vontade do Estado. Este raciocínio é perfeitamente coerente na medida em quem o Estado, em regra, veda o exercício da autotutela e, por outro lado, afasta a possibilidade de negar o exercício da jurisdição quando provocado.

Na Constituição Federal de 1988, temos a consagração destas ideias com o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, constante no art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá de apreciação lesão ou ameaça de lesão”. Complementando o sistema, o Código Penal, em seu art. 345, traz o crime de exercício arbitrário das próprias razões, cujo caput tem a seguinte redação: “fazer justiça pelas próprias mãos para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

Assim, estando uma questão submetida à apreciação do Judiciário, temos partes litigando com interesses distintos buscando efetivamente (o exercício do contraditório não pode ser mera formalidade) influir no convencimento de um terceiro imparcial. As regras que definem como essa questão vai se desenrolar são definidas pelo processo. Na seara civil, o conceito clássico de lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, considerando-se o processo de conhecimento, o qual se propõe a certificar a existência de um direito) pressupõe partes em igualdade de condições.

Na seara penal a situação é diferente, considerando a presença obrigatória do Estado num dos polos da discussão enquanto titular do *jus puniendi* (os casos em que a ação penal é privada são excepcionais e não representam uma transigência do poder público quanto a disponibilidade do direito de punir), enquanto o “bem da vida” discutido é nada menos do que a liberdade do réu – que, para algumas pessoas, é mais relevante que a própria vida, haja vista que uma vida sem liberdade não poderia ser assim chamada. Atento a esta diferença

---

<sup>32</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.333.

fundamental, o constituinte declarou a existência de uma presunção de inocência a imperar no curso do processo penal, o que altera também as regras relativas à distribuição do ônus probatório, existentes, dentre outras coisas, para mobilizar as partes no curso do processo.

Preceitua o art. 5º, inciso LIV da Constituição de 1988 que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este inciso é amplamente estudado pela doutrina e citado em decisões judiciais por consagrar uma cláusula muito cara ao Estado Democrático de Direito, cuja característica maior é a produção de meios de controle do arbítrio, de modo a possibilitar um exercício legítimo do monopólio da força. Esta regra constitucional impõe um claro limite à atuação estatal, significando que o processo é pressuposto da aplicação da pena, tornando possível um dimensionamento da sua relevância.

Desta maneira, analisando conjuntamente os dispositivos constitucionais trazidos neste tópico, podemos concluir partir o processo de uma incerteza determinada a priori. Somente quando afastada esta incerteza pode-se falar em pena num Estado Democrático de Direito, ou, conforme um dos postulados do sistema garantista ideal de Ferrajoli, *não há pena sem processo*. Isto porque enxerga o autor no processo um meio de reduzir o arbítrio no exercício do poder punitivo.

Francesco Carnelutti, citado por Didier Júnior, Braga e Oliveira<sup>33</sup>, entendia por prova, no sentido comum, a demonstração da verdade<sup>34</sup> numa proposição. Admitindo o caráter polissêmico do termo, trazem os autores três acepções nas quais o mesmo pode ser entendido: a) para designar a atividade probatória, como ato de provar, trazendo meios que demonstrem o quanto alegado; b) como meio de prova, numa designação genérica relacionada à sua origem; assim, fala-se em prova testemunhal, documental, pericial etc.; e c) como resultado dos atos ou meios usados para formar o convencimento do magistrado a quem compete julgar a causa.

A análise destas acepções nos permite falar em sentido objetivo da prova (no caso das letras “a” e “b”, referentes ao que se prova) e sentido subjetivo (letra “c”, alusiva a quem se prova). Apesar das polêmicas existentes acerca da existência de uma Teoria Geral do Processo, a lição dos autores civilistas é válida, pois aplicável também ao Processo Penal.

---

<sup>33</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p.44.

<sup>34</sup> O conceito de “verdade” é muito caro ao Direito e sobretudo à Filosofia, sendo objeto de discussões milenares. Para os fins deste trabalho, a noção adotada é aquela defendida por Luigi Ferrajoli no livro *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*, a ser desenvolvida no próximo tópico.

Cumpra, por fim, observar, recaírem as provas sobre fatos havidos no passado, estando as regras jurídicas, geralmente, apartadas do seu objeto, por força da incidência do princípio de que o juiz conhece o direito (*iura novit curia*).

### 3.2 A NECESSIDADE DE ATUALIZAR A NOÇÃO DE “VERDADE” NO PROCESSO PENAL

Questão importantíssima a ser analisada quando se trata de processo, civil ou penal, versa sobre a verdade, sempre à luz, é claro, do conceito de estado democrático de direito. Durante muito tempo entendeu-se que o processo era meio para se buscá-la, como se fosse algo passível de ser extraído por meio de um instrumento e a partir do uso de uma técnica. A busca da verdade real influenciou diretamente na questão probatória: a pretexto de encontrá-la admitia-se uma transigência com algumas garantias hoje havidas por fundamentais, fazendo do controle de admissibilidade a ser exercido pelo magistrado algo dotado de pouco critério. Muitas vezes chegava-se a admitir a inclusão nos autos de provas ilícitas.

As consequências da adoção desta premissa foram o decisionismo e o uso do aparato penal como meio de conferir legitimidade a posturas arbitrárias. Muitas vezes o processo penal foi reduzido a uma mera ritualística que antecedia uma decisão que desde o seu começo estivera perfeitamente acabada.

Neste capítulo do trabalho, essenciais são os ensinamentos de Lenio Luiz Streck e Luigi Ferrajoli. Contextualizando o problema, Lenio Streck<sup>35</sup> entende ser a modernidade “marcada por um processo que procurou justificar os atos de governo e de imposição da força física pelo poder político fora do contexto teológico que, no medievo, dava sustentabilidade à política a partir da unidade representada pelo poder da igreja católica”. Neste ponto, é possível afirmar que seu pensamento se assemelha à forma racional de legitimação do poder proposta por Max Weber, marca do Estado Moderno. Na visão do autor, estas práticas continuam a ser adotadas, embora esta ocorrência seja a perpetuação do pensamento jurídico do século XVIII, conforme o qual os princípios se prestariam apenas uma forma de

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.12.

colmatação de lacunas – partindo-se da premissa de que o ordenamento jurídico era dotado de completeza, trazendo as respostas para todas as questões<sup>36</sup>.

Com lastro nos ensinamentos de Ronald Dworkin, que de acordo com o autor encara o direito como um segmento especializado da moral, os princípios “constituem a normatividade que emerge na concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário”<sup>37</sup>. Esta assertiva denota uma visão que abandona totalmente perspectivas de uma aplicação “pura” do direito, assumindo que os valores também devem ser levados em consideração ao se interpretar e aplicar as normas jurídicas. Os princípios que passaram a encartar as constituições do pós-guerra não se confundem com os decantados princípios gerais do direito, distinguindo-se das regras na medida em que estas têm uma perspectiva universalizante, enquanto aqueles têm a densidade normativa necessária apta a constituir a melhor decisão para o caso concreto<sup>38</sup>.

Neste aspecto, o autor diferencia escolha de decisão: a decisão é direito fundamental dos que batem às portas do Judiciário como consequência do dever de fundamentação inerente ao exercício do poder de dizer o direito; a escolha tem um quê de discricionariedade, sendo cabível quando “a sua tomada não significar o comprometimento de algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância”<sup>39</sup>. A decisão seria tomada a partir da pré-compreensão do que a comunidade política entende por Direito, de modo que a melhor forma de aferir a correção de uma decisão judicial seria por meio da intersubjetividade.

---

<sup>36</sup> No primeiro capítulo da obra *O que é isto – decido conforme minha consciência?* (Livraria do Advogado, 4ª edição, Porto Alegre, 2012), autor faz um esboço histórico sobre a evolução do pensamento filosófico no intuito de “construir uma filosofia no direito”. A título meramente explicativo e em linhas muito simples, o autor entende que, num primeiro estágio do pensamento humano, ainda na Antiguidade, teve lugar a discussão sobre a essência das coisas. O que faz com que determinado objeto tenha aquele nome e não outro? Há alguma relação do nome que lhe foi atribuído com a sua essência ou tal atribuição foi meramente arbitrária? Este primeiro paradigma, objetivista, no direito repercutiu através de pensamentos de linha jusnaturalista ou positivista. A metafísica (ou ontologia) foi a primeira ciência por definir os elementos essenciais do ser, sem os quais sua essência se desnaturava, sendo assim, condição de possibilidade, para qualquer outra ciência, posto que, do seu objeto derivam os objetos de qualquer outra ciência. Há uma relação sujeito-objeto (S-O) para a construção do conhecimento.

Para Streck, a modernidade traz a superação do objetivismo com a valorização da subjetividade por meio dos ideais iluministas e o primado da razão. Com o homem no centro do mundo, o sujeito “assujeita” o objeto, não se subordinando às estruturas, num paradigma denominado *filosofia da consciência*. No direito, isso implicou em tentativas de separá-lo da moral.

A ruptura com este paradigma viria através do giro linguístico, a partir da contribuição de Heidegger e Wittgenstein, no qual retira-se o conhecimento do sujeito e o objeto, colocando-o na linguagem, onde se dá o sentido. Segundo Streck, “o sentido surge na linguagem e morre pela linguagem” (pág. 14).

<sup>37</sup> Idem, p.11.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 16.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, encarando o problema da verdade processual e o que considera modelos autoritários (inquisitivos) de direito penal, caracteriza-os por serem: a) dotados de uma concepção ontológica ou substancialista do desvio penalmente relevante<sup>40</sup>, na qual pune-se o desvio em si mesmo e não o delito formalmente previsto em lei, vulnerando o princípio da legalidade; b) marcados por um decisionismo processual, cujo traço marcante é o caráter potestativo do juízo, sendo resultado da subjetividade dos pressupostos da sanção.

Esta subjetividade levaria à análise de fatos apreciados segundo a condição pessoal do autor (assemelhando-se ao direito penal do inimigo defendido por Zaffaroni e imprimindo ao processo uma face inquisitiva) e a conclusões lastreadas não em provas, “referências fáticas determinadas com exatidão”, à imposição de penas pelo magistrado através de suas impressões e convencimentos pessoais, o que certamente produziria resultados desastrosos. Logo, entende o autor por “juris-dição” um “procedimento de comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis”, no qual prova contrapõe-se à inquisição, razão à vontade. É uma atividade que se diferencia das outras por ser motivada por afirmações supostamente verdadeiras, da qual está subtraída a discricionariedade.

Pretendendo reabilitar o conceito de verdade no processo, Ferrajoli recorre aos ensinamentos de Alfred Tarski, segundo o qual, promotor de uma redefinição parcial no conceito de verdade como correspondência da realidade, sem contudo comprometer-se com a existência de uma relação ontológica entre uma proposição e a realidade à qual se refere. Conforme Ferrajoli, basta que nos contentemos a precisar, tornar unívoco o termo “verdadeiro”, abandonando qualquer pretensão de se alcançar uma verdade “absoluta”. Assim, preocupa-se o autor com o sentido subjetivo do termo, ou seja, com o sentido que as pessoas a ele atribuem, abandonando a ideia de uma verdade objetiva, cuja perseguição somente dará azo a decisionismos e à conseqüente arbitrariedade. Resume o autor:

A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pele que sabemos* sobre elas [...].

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.45-52.

A despeito de divergências quanto às relações entre moral e direito, no tocante aos reflexos trazidos pelo pensamento iluminista ao mundo jurídico, os pensamentos de Ferrajoli e Streck voltam a se aproximar: a crença na razão humana fez com que, na seara processual, fosse substituído o sistema de avaliação das provas. Passou-se da previsão de provas legais, predeterminadas, ao sistema do livre convencimento do magistrado. O arbítrio, entretanto, persistiu em níveis elevados, levando ambos a proporem algumas das soluções trazidas de modo bastante simplificado neste trabalho.

Arrematando, vale-se Ferrajoli da noção cunhada por Karl Popper de “acercamento” da verdade objetiva, que, a rigor, serviria como a perfeição: um ideal a se buscar, mas com a consciência de que, enquanto ideal, não será alcançado. Neste ponto, seu pensamento se assemelha mais uma vez ao de Lenio Streck, no sentido que a proposição será considerada verdadeira pelo seu maior poder de explicação, submetendo-a a um controle intersubjetivo.

A verdade no processo se decomporia em duas, nas quais incidiriam o poder de decisão do magistrado: uma fática, acessível por inferência indutiva, onde o olhar do juiz se voltaria à produção probatória; e uma jurídica, onde o poder do magistrado se concretizaria na realização de um raciocínio de subsunção, por inferência dedutiva, partindo-se do geral para o concreto, das normas para o fato posto sob sua apreciação.

Atento a este novo contexto, Aury Lopes Júnior, dentro da perspectiva de processo penal como uma reconstrução *aproximativa* de um determinado fato histórico, conceitua provas como “meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”<sup>41</sup>. Em face do caráter indutivo do raciocínio probatório, nenhuma prova implica necessariamente o delito.

Tudo o exposto neste tópico, a noção de verdade é muito importante para extremar os modelos de sistema penal acusatório e inquisitório: aquele expõe uma confiança na bondade do poder (no processo penal, o exercício deste poder ocorre através do *jus puniendi*) e na sua capacidade de se extrair a verdade dos casos sujeitos a julgamento, deixando a tutela da liberdade à mercê de virtudes presumidas do julgador; este concebe a verdade como algo surgido da controvérsia existente entre as partes<sup>42</sup>. Como tais, obviamente são parciais, defendem seus interesses. Cabe ao sistema processual proporcionar aos envolvidos nesta relação jurídica a paridade de armas.

---

<sup>41</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal*. 11.ed.. Porto Alegre: Saraiva, 2014, p.549.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 556 e 557.

Enterradas as discussões acerca da busca da “verdade real” no processo, temos a consagração, em sede constitucional, da proibição do uso de provas ilícitas.

### 3.3 PROVAS ILÍCITAS: LIMITES IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO

Dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A opção do legislador constituinte pela formação de um estado democrático de direito traz uma série de reflexos na maneira de se conduzir o processo penal. A premissa básica da formação de um estado deste jaez é o uso do ordenamento jurídico para, dentre outros objetivos, conter o poder estatal, evitando o arbítrio.

Na eterna tensão entre celeridade e segurança jurídica, marcante para todos aqueles que lidam com o direito, podemos afirmar haver uma opção, considerando o exercício institucionalizado do poder punitivo, pelo cumprimento de todas as formalidades previstas, sacrificando o primeiro integrante do binômio. Nesta perspectiva, altera-se completamente a função a ser exercida pelo processo: busca-se suprimir características inquisitórias, abandonando-se, como visto, a pretensão, fundada na crença desmedida na razão humana, de alcance de uma verdade “real”, justificadora de uma série de arbitrariedades cometidas por regimes autoritários. Passa a ser então inquisitória, valorizando sobremaneira o exercício do contraditório como forma de construção de uma verdade provável, aceita argumentativamente mediante regras previamente definidas. Firma-se a concepção do homem enquanto titular de direitos e garantias fundamentais, o que implica na existência limites à atuação estatal e, ao mesmo tempo, aponta o caminho a ser seguido pelo Estado, na medida em que deve atuar para promover a efetivação destes direitos.

Toda esta mudança de paradigma conforma a previsão constitucional da proibição das provas ilícitas no processo. Esta proibição implica num duplo juízo a ser efetuado pelo magistrado de modo sucessivo: admissibilidade e mérito. Somente são hígidas para fins de influir no convencimento do juiz aquelas provas admitidas no processo. Sobre o tema, Ada Pellegrini, Antônio Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes<sup>43</sup>, conceituam prova proibida como toda aquela obtida mediante violação a normas legais ou princípios gerais do ordenamento jurídico, sejam eles de natureza processual ou material. Para os autores, a prova

---

<sup>43</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

proibida, ilegal, seria um gênero do qual as provas ilícitas e ilegítimas seriam espécies. As primeiras seriam aquelas obtidas com o desrespeito a regras de direito material (o exemplo clássico é o da confissão obtida mediante tortura), enquanto as segundas infringiriam regras de direito processual.

Luiz Flávio Gomes<sup>44</sup> adere a este posicionamento, fazendo uma ressalva: seriam institutos jurídicos diversos, cuja distinção não se limita somente quanto à natureza da regra violada. Adota o autor o critério temporal: as provas ilegítimas surgiriam *no curso do procedimento, no momento da produção da prova* (seriam endoprocessuais, a exemplo da tomada do depoimento de alguém que não poderia servir como testemunha), devendo ter a sua nulidade declarada pelo juiz quando da prolação da sentença, ao passo que as ilícitas violariam normas de direito material, sendo produzidas *antes* da fase processual (extraprocessuais).

Como consequência lógica deste posicionamento, as provas ilícitas não devem sequer ser admitidas no processo, impedidas de serem juntadas aos autos, redundando na impossibilidade de renovação; as ilegítimas são nulas, declaradas como tais pelo magistrado, devendo ser renovadas se possível. Destarte, preceitua o caput do art. 157, do Código de Processo Penal: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Em conformidade com o pensamento de Luiz Flávio Gomes, no tocante ao aspecto temporal enquanto elemento distintivo, estão as ideias de Pacelli e Fischer<sup>45</sup>, para os quais a violação das regras de direito material geralmente acontecem na fase de obtenção ou produção. Todavia, adstritos à legalidade, ressaltam inexistir qualquer diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas.

Em sentido contrário, posicionam-se Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira<sup>46</sup>, para quem tal distinção é artificial – posto que a ilicitude é uma categoria geral do direito, sendo uma sanção imposta pelo ordenamento pelo descumprimento a algum de seus preceitos, pouco importando se de ordem material ou processual – e carece de utilidade prática, haja vista que a violação a qualquer preceito implicará na inadmissibilidade da prova no processo.

---

<sup>44</sup> Texto disponível no site: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em 06/05/17.

<sup>45</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.342 e 343.

<sup>46</sup> DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed . Salvador: Juspdivm, 2013, p.34.

Entretanto, ao fundamentar a distinção no critério temporal, Luiz Flávio Gomes trouxe repercussões práticas para o uso desta distinção.

Renato Stanzola Vieira<sup>47</sup> posiciona-se considerando que a expressão “prova ilícita” pode abranger irregularidades no tocante ao conteúdo das mesmas ou no tocante à sua forma de obtenção. Neste último caso, o vício implicaria na inadmissibilidade da prova produzida.

É importante ainda acrescentar que a única possibilidade atualmente admitida pela doutrina e pela jurisprudência do uso de provas ilícitas no processo penal é a favor do réu, como meio de demonstrar a sua inocência. Apesar de uma interpretação literal do art. 5º, LVI, CF, levar ao entendimento de que a negativa é peremptória, uma interpretação sistemática do texto fundante da ordem jurídica fundamenta adequadamente decisões deste tipo.

Partindo-se da premissa do Estado brasileiro ser um estado democrático de direito, afigura-se razoável a opção por absolver um cidadão por meio de sentença fundamentada numa prova ilícita – mas plenamente refutável, sendo respeitado o princípio do contraditório e cuja proposta de solução para o problema tenha sido submetida ao controle intersubjetivo, afigurando-se como a mais adequada ao caso concreto – em vez de condená-lo com base num acervo probatório hígido. Decidir de modo contrário se configuraria numa formalidade extremamente nociva, desvirtuando a própria razão da adoção das formas, que é proteger o ser humano do arbítrio. Seria confundir formalidade com formalismo.

Numa conhecida decisão sobre a matéria, o ministro Celso de Mello ao se posicionar no julgamento do Recurso Extraordinário nº 251.445/GO, expôs que:

EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

O voto do ministro deixa clara a limitação ao agir estatal.

---

<sup>47</sup> Texto disponível em <http://www.kehdivieira.com.br/web/files/artigos/1324487103.pdf>. Acesso em 08/05/17.

Cabe ainda lembrar que situações deste tipo provavelmente configurarão uma colisão entre direitos fundamentais, de modo que não podemos falar em direito subjetivo à produção de provas ilícitas. Afirmar, de modo *apriorístico*, que as pessoas têm este direito contraria toda a sistemática implantada pelo neoconstitucionalismo, pois *não há direitos fundamentais absolutos*. Falar em direitos fundamentais absolutos é uma contradição em termos. A situação há que ser avaliada pelo magistrado, através do postulado da proporcionalidade a fim de decidir se: a) a medida é adequada ao alcance do objetivo proposto; b) se é necessária, ou seja, se dentre aquelas igualmente adequadas, é a que se revela menos lesiva ao direito fundamental limitado; e c) qual o direito deve preponderar no caso concreto. Vencida esta etapa, podemos pensar na absolvição fundada na prova ilícita.

Por fim, analisando o âmbito da lei 12.850/2013, observamos que as informações colhidas a partir da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas só poderão vencer o juízo de admissibilidade se forem preenchidos os dois requisitos previstos no art. 10 da supracitada lei: há que se ter autorização judicial para tanto e a medida deve ser extrema, porquanto o dispositivo exige o esgotamento de todos os outros meios para a obtenção da prova.

### 3.4 OBJETO DA PROVA

Trazidas algumas noções iniciais sobre prova, é necessário delimitar o seu objeto. Este mister é importante porque, conforme o conhecido aforismo, o réu se defende dos fatos narrados na peça acusatória, não de sua capitulação legal<sup>48</sup>, permitindo a ocorrência da chamada *emendatio libelli*.

No tocante aos sistemas de valoração da prova, nosso país adota o sistema de livre convencimento motivado, conhecido também como sistema da persuasão racional, consagrado em sede constitucional no art. 93, IX, e previsto no art. 155 do Código de

---

<sup>48</sup> Sobre o tema, Pacelli e Fischer fazem um interessante paralelo com o processo civil, a partir do pedido, enquanto elemento da ação. Segundo os autores, na seara cível o juiz está adstrito ao pedido porquanto a lide versa normalmente sobre *direitos subjetivos disponíveis* dos envolvidos, de modo que cada pedido corresponde a um tipo de sentença: declaratória (visa declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica), constitutiva (visa constituir ou desconstituir uma relação jurídica) ou condenatória (visa condenar o réu a uma prestação). Entrega-se o que foi postulado àquele que convenceu o magistrado. Na seara penal, está em jogo a liberdade de uma pessoa (bem indiscutivelmente indisponível), de modo que não pode haver correlação obrigatória entre pedido e sentença, devendo o magistrado submeter-se à lei. PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.766

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.”<sup>49</sup>

Inexiste hierarquia (ou tarifação) entre as provas no ordenamento jurídico pátrio, e concluímos comporem o objeto da prova (também chamado de *thema probandum*) os fatos que devem ser de conhecimento do magistrado para fins de decisão sobre o caso submetido à sua apreciação.

Cabe observar que doutrinadores como Tourinho Filho<sup>50</sup>, Távora e Antonini<sup>51</sup> diferenciam objeto *da* prova de objeto *de* prova: o primeiro termo encerra-se uma conotação finalística, prestando-se, como dito, a convencer o magistrado para que este decida num determinado sentido; já o segundo termo exige maiores detalhamentos, pois se refere *àquilo que pode* ser provado. Dispensam prova: a) os fatos notórios (o termo contém uma carga de indeterminação, de modo a ser interpretado relativamente: o que é notório numa dada região do país pode não sê-lo noutra); b) o direito (incide a presunção de que o juiz conhece o direito. No Brasil, é desnecessário fazer prova do direito federal, conforme disposto no art. 337, do CPC); c) as presunções legais (sendo *juris tantum*, admitem prova em contrário, representando apenas uma inversão do ônus probatório feita pelo legislador; sendo *juris et de jure*, efetivamente vedam a produção de prova com vistas a refutá-la).

Os doutrinadores citados divergem no tocante aos demais fatos que não podem ser objeto de prova: para Távora e Antonini, haveria uma categoria denominada “fatos axiomáticos ou intuitivos”, portadores de força probatória própria, a exemplo do art. 162, § único/CPP, que dispensa o exame interno do cadáver quando as lesões externas permitirem precisar a *causa mortis* (a exemplo de uma pessoa que morreu decapitada); para Tourinho Filho, as máximas da experiência, entendidas como “noções e conhecimentos ministrados

---

<sup>49</sup> Sobre esta afirmação, um breve adendo é necessário: a previsão do Tribunal do Júri, também com sede constitucional (art. 5º, XXXVIII, “d”), para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, representa um exemplo de aplicação do sistema de íntima convicção, no qual aquele que exerce a função de juiz não se encontra obrigado a fundamentar as suas decisões. Assim, de todo o procedimento previsto no Código de Processo Penal para o julgamento pelo Tribunal do Júri, talvez o artigo mais emblemático para definir o sistema de valoração adotado no caso seja o art. 486, segundo o qual as cédulas com as quais serão votados pelos jurados os quesitos terão apenas as palavras “sim” e “não”.

<sup>50</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.563 e 564;

<sup>51</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. A.R.C de. *Curso de Direito Processual Penal*. 2.ed.Salvador: Juspodvim, 2009, p.299.

pela vida prática e costumes sociais”<sup>52</sup>, prescindiriam da atividade probatória. *Data maxima venia*, tais classificações parecem desnecessárias haja vista que podem ser reconduzidas à categoria das presunções. Inclusive, o conceito de “máximas da experiência” trazido por Tourinho Filho é bastante semelhante ao trazido por Távora e Antonini ao mencionar as presunções legais.

Doutrinadores como Magalhães Noronha, Nestor Távora e Rosmar Antonini fazem ainda uma distinção feita entre provas diretas e indiretas (embora estes não usem a terminologia “direta-indireta”): as provas diretas se refeririam ao fato probando sem qualquer mediação, a exemplo da prova testemunhal, da prova documental, etc; b) as indiretas chegariam ao fato probando a partir do desenvolvimento de um raciocínio cuja construção dependeria de um silogismo.

Sobre o assunto debruçou-se ainda Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por Renato Stanzola Vieira, adotando, porém, a denominação de *elementos de prova*. Para o autor, estes seriam “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”<sup>53</sup>. Percebe-se que a ideia trazida por este conceito é bastante semelhante às anteriores, entendendo-se o objeto *da prova* – se adotarmos a distinção feita por Tourinho Filho, Távora e Antonini – como aquilo sobre o que recai a cognição do juiz penal, trazendo uma natural referência a uma norma penal incriminadora, cuja transgressão pelo acusado é discutida em juízo.

Neste sentido está a legislação processual penal portuguesa, ao estabelecer, em seu art. 124, 1: “Constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.”.

### 3.5 MEIOS DE PROVA, FONTES DE PROVA E MEIOS DE PESQUISA DE PROVA

---

<sup>52</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.564

<sup>53</sup> VIEIRA, Renato Stanzola. *Agente infiltrado - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal)*. Texto disponível em: <<http://www.kehdievieira.com.br/web/files/artigos/1324487103.pdf>>. p. 5. Acesso em 16/05/2017.

Cumpra inicialmente trazer o posicionamento defendido por Ferrajoli<sup>54</sup>, e já positivado pelo legislador pátrio, para quem a verificação fática feita através do processo penal é também uma verificação histórica - este pressuposto ajuda a compreender, por exemplo, o conceito de Aury Lopes Júnior sobre prova, trazido algumas linhas acima – resultante de uma ilação entre os fatos provados, ocorridos no passado, e os fatos probatórios, produzidos e postos à disposição do magistrado encarregado do julgamento da causa, a se realizar no presente.

Esta ilação ocorre por inferência indutiva, aceitando-se a conclusão posto que a mesma serve de hipótese explicativa de natureza provável quanto a ocorrência do fato que compõe a premissa menor do silogismo. Entretanto, a conclusão extraída a partir deste silogismo jamais poderá ser considerada isenta de questionamentos. Sempre haverá a possibilidade de que os fatos tenham acontecido de modo diverso do imaginado, de modo que será mais ou menos aceita conforme o seu poder de explicação.

Em conformidade com as assertivas acima, Ferrajoli adota a seguinte distinção entre prova e indício: prova seria o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato, ao passo que indício seria o fato provado do passado. Nesta mesma linha de pensamento está redigido o art. 239, CPP, segundo o qual “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Estes comporiam a premissa menor do silogismo, o qual seria completado pela premissa maior, representada pelas “máximas da experiência” ou “presunções”, a noção do que ordinariamente acontece em dadas circunstâncias, enfim, que autorizariam a conclusão em dado sentido.

Feitas essas breves considerações, é necessário tocar num tema que encontra explicações diversas entre os doutrinadores: a distinção entre meios de prova e fontes de prova.

Segundo Tourinho Filho, fonte de prova é “tudo quanto possa ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias”, enquanto meio de prova é “tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia [...]”<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014, p. 124 e 125

<sup>55</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.565

Ensinam Didier Júnior, Braga e Oliveira, que os meios “são técnicas desenvolvidas para extrair a prova de onde ela jorra (ou seja, a fonte)”<sup>56</sup>. Com apoio na doutrina de Barbosa Moreira, citam como fontes de prova as coisas, pessoas e fenômenos. Estes autores trazem a lição de Carnelutti sobre o tema, cuja reprodução se revela válida: de acordo com os eles, o mestre italiano só via distinção entre meios e fontes de prova ao cuidar das provas indiretas (que seriam aquelas que permitem ao juiz toma conhecimento do fato objeto de prova através de um outro fato): meio de prova seria “a atividade do juiz mediante a qual busca verdade do fato a provar”; fonte seria o “fato do qual se serve para deduzir a própria verdade”. No exemplo trazido pelos autores, quando o juiz toma o depoimento de uma testemunha, o foco de sua percepção está no depoimento (meio de prova), enquanto o objeto de prova é o fato sobre o qual se refere o depoimento.

Prosseguindo com a explanação, revelam os autores a divisão das fontes de prova em: a) fontes de prova em sentido estrito, entendidas como os “fatos que servem para a dedução do fato a provar [...]”; e b) fontes de presunção, entendidas como fatos circunstanciais que apenas reflexamente apontam a ocorrência do fato que se pretende provar. Como se percebe, a noção, trazida por Carnelutti, sobre fontes de prova nos remete uma vez mais às discussões entre provas diretas e indiretas, presunções e indícios.

De acordo com Renato Stanzola Vieira, mais uma vez apoiado nas lições de Antonio Magalhães Gomes Filho, o meio de prova seria o canal comunicativo pelo qual o elemento a ser valorado pelo magistrado (elemento de prova, conforme terminologia adotada pelo autor), uma vez admitido, obviamente, entra no processo<sup>57</sup>. Desta maneira, o meio de prova seria um “instrumento processual” para se chegar ao objeto da prova: “o elemento de prova, se do conhecimento de uma testemunha, só pode ser admitido no processo se o meio de prova for testemunhal”<sup>58</sup>. Outros exemplos de meio de prova seriam os documentos. Ressalta o autor a necessidade de seguir um padrão que possibilite o exercício do contraditório entre as partes envolvidas no processo, vedando a ocorrência de fatos surpreendentes para qualquer uma delas.

---

<sup>56</sup> DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspdvim, 2013, p.49-50.

<sup>57</sup> VIEIRA, Renato Stanzola. *Agente infiltrado - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal)*. Texto disponível em: <http://www.kehdievieira.com.br/web/files/artigos/1324487103.pdf>. Acesso em 18/05/2017.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p.6.

No entanto, a distinção mais relevante nesta etapa do trabalho recai sobre os meios de prova e meios de pesquisa de prova. Estes últimos, também chamados de meios de obtenção de prova, representam justamente a que esta última denominação encerra: são meios desprovidos, por si mesmos, de carga probatória, no sentido de influir no convencimento do magistrado. Têm caráter acessório, instrumental, podendo levar eventualmente à descoberta de meios de prova (estes ignorados num primeiro momento pelo juízo).

Aponta Renato Stanziola Vieira três elementos distintivos entre ambos: a) o uso de meios de pesquisa de prova pressupõe a surpresa de um dos envolvidos; b) o uso dos meios de pesquisa de prova ocorre na fase pré-processual, antes da estabilização objetiva da demanda; e c) a necessidade de buscar, identificar alguma fonte de prova. Sobre as fontes de prova, é necessário frisar valer-se o autor da classificação de Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem a “prova” (chamados elementos de prova, na terminologia de Stanziola), adviria das coisas ou das pessoas. Assim, seriam as fontes reais ou pessoais, conforme o caso<sup>59</sup>.

Com Germano Marques da Silva, porém, temos a mais lapidar distinção, que merece ser transcrita:

os meios de obtenção da prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos. Os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa. Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito.<sup>60</sup>

A distinção entre meios de prova e meios de pesquisa de prova ainda seria útil ara estipular a sanção devida conforme os vícios na produção de um ou de outro. No caso dos meios de prova, a sanção prevista pelo ordenamento seria a nulidade. No caso dos meios de obtenção de prova, o elemento que seria avaliado pelo magistrado será inadmitido no processo, não sendo objeto de sua cognição, pois.

---

<sup>59</sup> Ibidem, p.7.

<sup>60</sup> SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. II. 2. Ed. Lisboa: Verbo, 1999, pp. 189/90 *apud* VIEIRA, Renato Stanziola. *Agente infiltrado - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal)*. Texto disponível em: <http://www.kehdievieira.com.br/web/files/artigos/1324487103.pdf>. p.9. Acesso em 21/05/2017.

### 3.6 A INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS COMO MEIO DE PESQUISA DE PROVA

Para analisar este tópico, é preciso, num primeiro momento, mencionar brevemente as controvérsias havidas em torno da sua admissibilidade.

O uso da infiltração policial como meio de pesquisa de prova sempre gerou questionamentos em virtude do seu caráter altamente invasivo, afrontando direitos fundamentais como a intimidade e a privacidade dos cidadãos. Num momento anterior à edição da lei 12.850/2013, a discussão centrava-se na questão dos meios de prova típicos ou atípicos, guardando relação direta com a liberdade probatória. Esta, uma vez consagrada, tinha seus limites delineados, por analogia, pelo art. 369 do Novo Código de Processo Civil: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Ainda sobre o tema, cabe mencionar o art. 295 do Código de Processo Penal Militar.

A fim de esclarecer estas alegações, consideremos a noção indiscutivelmente aceita sobre esta classificação, segundo a qual a distinção entre ambos está na previsão ou não em lei: os típicos estariam previstos, a exemplo da prova testemunhal, prevista no capítulo VI, título VII, do Código de Processo Penal; logicamente, os atípicos não.

Porém, questionamentos surgiam quanto às possíveis nuances da noção de atipicidade. Segundo Guilherme Madeira Dezem, citado por Renato Stanzola Vieira, havia duas correntes de pensamento sobre o assunto: seriam os meios de prova atípicos somente quando efetivamente inexistisse previsão legal (concepção restritiva de atipicidade) ou também seriam havidos por atípicos quando, a despeito da previsão legal, inexistisse uma regulamentação dos procedimentos probatórios (a chamada concepção ampliativa de atipicidade)?<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Dezem, Guilherme Madeira. Da Prova Penal. Tipo Processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium Editora, 2008. *apud* VIEIRA, Renato Stanzola. *Agente infiltrado - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal)*. Texto disponível em: <http://www.kehdivieira.com.br/web/files/artigos/1324487103.pdf>. p.12. Acesso em 21/05/2017.

A discussão poderia trazer claras repercussões práticas, sobretudo se considerarmos o período de vigência da lei 9.034/95 – especificamente durante as citadas tentativas de suprir a lacuna no conceito de organização criminosa, vistas em capítulo próprio - que trazia a previsão da infiltração de agentes, mas não regulamentava o seu procedimento.

Tudo o quanto dito sobre a lei 9.034/95 aplica-se às leis 10.409/02 e 11.343/06 (popularmente conhecida como a Lei de Drogas). A lei 10.409/02, no seu art. 33 previa um procedimento especial para a apuração dos crimes envolvendo substâncias causadoras de dependência física ou psíquica, efetuado mediante a infiltração de policiais em grupos criminosos. Todavia, falhava ao negligenciar a discriminação do procedimento probatório.

A seu turno, a lei 11.343/06 revoga a anterior, e o seu art.53, I, faz expressa referência à infiltração de agentes policiais a fim de levar a cabo a persecução aos crimes nela previstos. Mas as referências ao meio de pesquisa de prova ora analisado param por aí. Perdeu o legislador uma ótima oportunidade de operacionalizar a infiltração de agentes, conclusão que se reforça pela manutenção do meio de pesquisa em ambos os diplomas.

A edição da lei 12.850/2013 suplantou todas estas discussões, fazendo da infiltração de agentes um meio de pesquisa de prova típico. Necessário elogiar o apuro técnico do legislador ao intitular o capítulo II do diploma, acabando com dúvidas sobre a natureza jurídica desta técnica de investigação. Foi adotado o mesmo posicionamento que os portugueses, cujo título III da sua legislação processual penal, faz expressa referência aos meios de obtenção de prova.

### 3.7 ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS SOB O VIÉS LEGAL

Esgotadas as dúvidas acerca da sua admissibilidade no ordenamento pátrio, é válido lembrar a definição trazida pelo legislador sobre organização criminosa, porquanto o uso deste meio de pesquisa de prova presta-se ao combate desta específica modalidade.

A partir da edição da lei 12.850/2013 foi adotada a seguinte definição:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) 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 infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Neste aspecto, convém destacar o detalhamento trazido pelo conceito legal. Este detalhamento é essencial para que se respeite efetivamente o princípio da legalidade estrita<sup>62</sup>, o qual se propõe a definir abstratamente o que será pressuposto da aplicação de sanções penais de modo claro. Este princípio, complementado pelo princípio da taxatividade, presta-se ao objetivo de que a lei tenha por hipótese de incidência a ocorrência de fatos cometidos por quem quer que seja: “a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados [...]”<sup>63</sup>. Há que atender a uma rígida formulação semântica na formação dos tipos penais.

A fim de explicitar o sentido de algumas expressões aqui utilizadas, com base na doutrina garantista de Luigi Ferrajoli, convém uma digressão sobre a sua obra. Para o italiano, não basta este limite imposto pela lei, explicitado acima, para que o processo seja um instrumento de redução do arbítrio. É necessário, a fim de que não se esvazie a legalidade, um controle da atividade estatal exercida pelo magistrado: complementa o controle o princípio da estrita jurisdicionariedade. Este princípio exige que o fato descrito univocamente em lei seja passível de verificação e refutação, sendo aceito somente se lastreado em provas e contraprovas.

Ambos – os fatos descritos em lei e as afirmações feitas em juízo a partir das provas coletadas – devem ser passíveis de verificação e, eventualmente, refutação<sup>64</sup>. A ambos devem ser predicáveis afirmações sobre a sua verdade ou falsidade para que a decisão não seja fruto

<sup>62</sup> Ferrajoli usa esta expressão para contrapor ao princípio da mera legalidade, que se consubstancia num comando de submissão à lei dirigido aos juízes. Este comando prescreve a aplicação da lei tal como formulada. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.39

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.39.

<sup>64</sup> Para tanto, lembremos da noção de verdade adotada neste trabalho, descrita, algumas linhas acima.

de mera valoração do juízo. Assim, “as sentenças penais são os únicos atos jurídicos cuja validade depende da verdade”<sup>65</sup>.

Só neste sentido podemos falar em processo de conhecimento – ou processo cognitivo, como visto na *Teoria do Garantismo Penal*, cuja terminologia é mais indicada para evitar confusões com a categoria usada pelo processo civil.

O processo garantista pressupõe um estado democrático de direito para se concretizar. Há garantias primárias (e epistemológicas): a contestação da acusação, assegurada, por óbvio, ao réu, e que possibilita a instauração do contraditório; o ônus da prova, a cargo da acusação; e o direito de defesa.

As três garantias primárias encontram respaldo no ordenamento nacional. A regra de distribuição do ônus da prova no processo penal está prevista no art. 156, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)  
I (...);  
II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A infiltração policial está prevista no art. 10 da citada lei 12.850/2013, cujo caput está assim redigido:

A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Percebe-se um detalhamento inédito do procedimento no ordenamento, discriminado a seguir por uma série de parágrafos, que disciplinam, entre outras coisas, o tempo de duração de medida, além de mecanismos de controle judicial, permitindo, finalmente, a operacionalização desta técnica especial de investigação.

---

<sup>65</sup>Ibidem, p. 558

Sobre este aspecto, ensina Manuel Lezertua, citado por Geraldo Prado<sup>66</sup>, em consonância com as lições de Ferrajoli, que a exigência decorrente do princípio da legalidade implicaria na necessidade de um marco jurídico sempre que o Estado se valer destes meios para aplicação do seu *jus puniendi*. Assim, o Conselho da Europa criou critérios para balizar a atuação dos seus integrantes: a) a necessidade de uma legislação clara para o emprego de meios investigativos de caráter secreto ou invasivo; b) o respeito ao princípio da proporcionalidade; e c) a existência de controles.

A respeito da primeira exigência, falou-se detidamente neste capítulo. As demais serão objeto de exame quando nos detivermos na análise do agente infiltrado.

---

<sup>66</sup> LEZERTUA, Manuel. *Terrorismo y medios jurídico-tecnológicos de investigación penal*. Granada: Comares, 2010, apud PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos cultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.62

## 4. O AGENTE INFILTRADO

A figura de agentes dissimulados está presente no imaginário popular, despertando frequentemente admiração e fascínio nas pessoas. Franquias cinematográficas que exploram o tema, como, por exemplo, 007 e Missão: Impossível, sempre foram sinônimo de muito lucro para os produtores, ainda que nos dias de hoje não haja tão grande interesse como quando o mundo experimentava o auge da Guerra Fria.

A mesma figura que desperta fascínio também pode ser motivo de terror e repressão para os cidadãos. Para tanto, basta lembrarmos a história recente do nosso país, às voltas com um governo antidemocrático há aproximadamente meio século. Durante os chamados “anos de chumbo” o enorme aparato à disposição dos militares contava com incontáveis agentes espalhados pelos mais diversos setores da sociedade, monitorando aqueles dispostos a declarar sua oposição – em verdade, eram agentes de inteligência.

Entretanto, o presente atual não mostra inimigos guindados a esta condição somente por terem uma determinada nacionalidade, sinônimo da adoção de um sistema econômico diverso. O medo sentido pelas pessoas é muito mais difuso e temos que lidar com organizações capazes de alterar o contexto político global sem necessidade de vinculação a qualquer estado regularmente constituído.

Pois neste capítulo trataremos precisamente do agente infiltrado, procurando estabelecer como os doutrinadores o definem, a fim de conferir maior apuro técnico ao trabalho, buscando afastá-lo de ideias puramente empíricas, tendentes a confundi-los com figuras fins. Buscaremos fazer uma análise do direito comparado, para descobrir como outros ordenamentos lidam com a matéria e, por fim, analisar aspectos controvertidos do uso deste meio de pesquisa de prova dentro do contexto brasileiro.

### 4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E DIREITO COMPARADO

Ensina Eduardo Araújo da Silva remontar a origem do instituto do agente infiltrado à França governada pelo rei absolutista Luis XIV, no intuito de fortalecer o regime monárquico pela concentração de poderes. Teria este rei criado a figura do “delator”, a ser exercida por

peçoas comuns dispostas a denunciar inimigos políticos em troca de benesses<sup>67</sup>. Num primeiro momento, a atividade dos mesmos, de cunho estritamente político, se limitava ao repasse de informações. Em seguida, ensina o autor, estas medidas revelaram-se insuficientes ao desiderato de centralização do poder nas mãos do monarca, levando os delatores a estimular a prática de condutas ilícitas.

Em outros países, este meio de pesquisa de prova vem sendo usado há algum tempo, em face da crescente preocupação com a criminalidade organizada. Porém, como se verá, o recurso a ele implicará na necessidade de realizarmos uma distinção entre o agente infiltrado e outras afins, como o agente provocador.

Na Espanha, o diploma que trata da matéria é o art. 282 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, o qual, a exemplo da atual legislação brasileira, restringe o uso do agente infiltrado nos casos de “atividades próprias de delinquência organizada”<sup>68</sup>. Entretanto, o legislador é claro ao especificar os crimes denotados pela expressão supracitada, num rol de onze delitos, dentre os quais citamos, a título meramente exemplificativo: sequestro, prostituição, tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos e o terrorismo. O procedimento, a seu turno, é bastante detalhado, dispondo sobre quem está ato a autorizar a medida e em que caráter a mesma deve ser deferida (sigiloso), quem está apto a executá-la (somente integrantes da polícia judiciária), qual o seu prazo de duração, qual a forma de controle, através da prestação de contas com o envio de relatórios da atividade, etc. Existe ainda a possibilidade de criação de uma identidade falsa, a qual pode ser sustentada em juízo, após o início da fase processual, se houver motivada autorização judicial.

Na França, a infiltração de agentes foi resultado da pressão de membros de uma categoria profissional. Os funcionários da alfândega deflagraram uma greve após a prisão de colegas de profissão que atuaram como agentes infiltrados em 1991. Na ocasião, os funcionários, conforme versão apresentada em juízo, se infiltraram numa rede de tráfico de

---

<sup>67</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p.92 e 93.

<sup>68</sup> Eis a redação completa do dispositivo: “*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.* ESPANHA, Ley orgánica 5/1999, de 13 de janeiro de 1999.

drogas, entregando aos traficantes sessenta e cinco quilos de haxixe a fim de angariarem sua confiança. A operação resultou na prisão dos traficantes, na apreensão de mais de meia tonelada da droga e na prisão dos funcionários. Após este caso, a pressão popular forçou a inserção da infiltração de agentes no ordenamento francês<sup>69</sup>.

André Carlos e Reis Friede<sup>70</sup> ensinam que a previsão está contida nos arts. 706-81 a 706-87 do Código Processual Penal. Assim como na Espanha, a autorização para a adoção do meio de pesquisa deve ser concedida para investigação de crimes específicos. Tal autorização deve ser emitida por escrito, havendo a cominação de nulidade caso não seja atendida esta formalidade, além de ser especialmente motivada. A legislação processual gaulesa prevê um prazo menor para a duração da medida - quatro meses -, mas da mesma forma há a possibilidade de prorrogação, além da previsão de mecanismos de controle do agente. Igualmente há a possibilidade de aproveitamento do testemunho do agente infiltrado durante a instrução processual, todavia, por si só, este não pode servir como fundamento do convencimento do magistrado quando da prolação de uma sentença penal condenatória, a menos que o agente o faça sob sua identidade verdadeira.

Em Portugal existe a Lei nº 101/2001, a qual regula o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Assim como os códigos processuais citados, há um número determinado de crimes ensejadores do uso da infiltração de agentes, a estipulação de quem é habilitado a concedê-la – o que varia de acordo com o estágio da persecução criminal, ou seja, se a fase é pré-processual ou não. O prazo de duração é de seis meses.

Chama a atenção na legislação portuguesa o ônus argumentativo conferido ao magistrado através do item 1 do art. 3º do diploma em questão. De acordo com ele, há um juízo de adequação da medida às finalidades de prevenção e repressão criminais, identificadas no caso concreto, a ser desenvolvido pelo magistrado - com ênfase na descoberta de material probatório – devendo as ações encobertas guardar proporcionalidade com o crime

---

<sup>69</sup> O escorço histórico é feito por Carolina Guimarães Pecegueiro Pereira. Disponível em [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012\\_11\\_6913\\_6966.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6913_6966.pdf). Acesso em 28/05/2017.

<sup>70</sup> CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 93-99.

investigado. Assim, além das considerações jurídicas, há outras, de política criminal, impostas ao magistrado quando da avaliação sobre o deferimento da medida<sup>71</sup>.

A Alemanha é mais um dos países a admitir o uso da infiltração de agentes policiais, prevista nos parágrafos 110<sup>a</sup> e 110b do Código de Processo Penal<sup>72</sup>, com vistas ao combate ao narcotráfico e outras formas de criminalidade organizada. Assim como em outros ordenamentos, há a vinculação da autorização com vistas a investigar crimes específicos (tráfico ilícito de drogas e armas, falsificação de moeda, etc.), além da exigência de que esta técnica seja a exerça o papel de *ultima ratio* na investigação criminal.

Da mesma forma que na França, também é necessária a concessão da autorização por escrito a ser concedida pelo Ministério Público, podendo o infiltrado valer-se de documentos que ocultem a sua verdadeira identidade. Como peculiaridade, a legislação alemã traz um mecanismo de controle adicional, quando comparada às demais analisadas neste tópico: o agente infiltrado, em regra, só pode transitar em locais de domínio público. Para estender os limites de sua atuação é preciso de autorização judicial.

Conforme pudemos perceber, a regulamentação deste meio de pesquisa de prova no ordenamento pátrio seguiu uma tendência verificada em diversas nações. Embora fuja ao objetivo deste trabalho perscrutar o porquê da convergência em matéria de política criminal (especialmente no continente europeu), com base nas informações prestadas podemos elencar as similitudes presentes em todos eles: a) há a exigência de imprescindibilidade da medida para fins investigatórios; b) a mesma carece de autorização judicial ou do Ministério Público para ser deflagrada; c) o seu uso vincula-se a crimes reputados especialmente nocivos às sociedades que o permitiram, os quais são frequentemente listados; e d) a medida é sempre temporária, embora, em razão da sua natureza jurídica (acessória, não servindo por si mesma à formação do convencimento judicial), haja naturais previsões para prorrogação.

A análise do direito comparado expande nossos horizontes, tornando os juízos feitos sobre a lei 12.850/2013 mais ponderados. Desta maneira, podemos elogiar o esforço do legislador para delimitar o sentido e o alcance da expressão “organização criminosa”. Se antes eram cabíveis reprimendas em função da regra de extensão contida no parágrafo 2º, inciso

---

<sup>71</sup> PORTUGAL, Lei nº 101/2001, de 25 de agosto, atualizada pela Lei nº 61/2015. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em 25/06/2017.

<sup>72</sup> CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado*. Freitas Bastos Editora: Rio de Janeiro, 2014, p. 86-88.

II<sup>73</sup>, a edição da lei nº 13260/2016 sepultou a antiga controvérsia doutrinária acerca da tipificação do crime de terrorismo no Brasil<sup>74 e 75</sup>. Assim, a nova redação do inciso em questão é:

§2º Esta lei se aplica também:

I (...);

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016).

## 4.2 AGENTE INFILTRADO E FIGURAS AFINS

O agente infiltrado, cada vez mais presente nos ordenamentos jurídicos, como visto, é definido das formas mais diversas pela doutrina, conforme será demonstrado a seguir. Importa sublinhar uma definição que sirva ao propósito de extremá-lo de outras tantas, similares por também lançarem mão da dissimulação, presentes seja na realidade fática ou com igual previsão legal.

Tal desiderato não é fruto de mero academicismo, encontrando razão de ser nas consequências atinentes à possibilidade, ou não, de ingresso da prova no processo penal.

Guilherme Nucci traz um conceito finalístico sobre o instituto, o qual se destinaria a permitir o ingresso legal de agentes de polícia, mediante identidades falsas e em tarefas de

---

<sup>73</sup> Eis a redação anterior do dispositivo: II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

<sup>74</sup> A título de exemplo, lembremos que Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista clamavam pelo fim da discussão, julgando insuficiente a resposta dada por alguns doutrinadores, para os quais a tipificação estava no art. 20 da lei nº 7.170/83. Entendiam os autores ser insatisfatória tal solução porque o dispositivo em questão não teria sido recepcionado pela Constituição Federal por lesão ao princípio da taxatividade. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado. Comentários à nova lei sobre o crime organizado*. 2. ed, Salvador: Juspodvim, 2014, p. 16.

<sup>75</sup> Por sua vez, Antonio Scarance Fernandes distinguia organização criminosa de organização terrorista com base em elementos finalísticos. Para o autor, o fim da organização criminosa seria obter lucro, enquanto os organismos terroristas agiam para incutir medo nas populações por razões de ordem política, ideológica ou religiosa. FERNANDES, Antonio Scarance. *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 13 .

investigação, no âmbito de organizações criminosas, com o fito de conhecer a sua hierarquia interna, sua estrutura, acompanhar as suas atividades e saber como dividem as suas tarefas<sup>76</sup>.

Denílson Feitoza, citado por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, defende que:

infiltração é a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional ('dado negado' ou de difícil acesso) em quadrilha, bando organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles<sup>77</sup>

Na mesma linha de raciocínio, embora menos abrangente, Vicente Greco Filho, ao comentar a lei 12.850/2013, aduz que “o agente infiltrado (*underground agent*), é um membro do corpo policial que, para desbaratar a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa das suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal”<sup>78</sup>.

Nota-se que estes dois autores não tiveram a preocupação de restringir o instituto ao âmbito da lei que o regulamenta. *Data máxima vênia*, defende-se, com amparo no art.1º do referido diploma, haver um equívoco da parte dos mesmos, porquanto o texto legal, inserido no capítulo relativo a “organização criminosa”, leva à conclusão de que a aplicabilidade do instituto está adstrita às ditas organizações. Incabível a sua extensão fora dos limites traçados pela lei responsável pela sua regulamentação posto que se trata de uma significativa restrição de direitos fundamentais imposta pelo Estado. Como tal, defendemos o respeito à reserva legal para que possa ser realizada.

Ainda que se argumente a previsão de uso do agente infiltrado contida no art. 53, I, da Lei 11.343/2006 ou em qualquer outro diploma legislativo contido no ordenamento pátrio, o fato é que o detalhamento do procedimento a ser seguido para o uso desta técnica especial de investigação só foi apresentado na lei 12.850/2013. E nela, há o objetivo declarado de enfrentamento das organizações criminosas. Neste sentido, podemos dizer que, antes da

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa. Comentários à lei 12.850/13*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.75.

<sup>77</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado. Comentários à nova lei sobre o crime organizado*. 2. ed, Salvador: Juspodivm, 2014, p. 96.

<sup>78</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.58.

edição da lei 12.850/2013, havia apenas leis formais (a saber, cujo ingresso no ordenamento se deu em conformidade com os ditames previstos) tratando do tema, o que se revela insuficiente, inclusive sob o aspecto prático.

Assim sendo, o parâmetro para uma definição deve ser exclusivamente a lei de organizações criminosas. Esta baliza nos leva a excluir, quando quisermos, no Brasil, nos aludir ao agente infiltrado, referências a quaisquer agentes fora das polícias com funções investigativas, conforme previsão do art. 144 da Constituição Federal. Para deixar claro: a legislação portuguesa (lei nº 101/2001) permite o emprego de “terceiros sob o controle da polícia judiciária”<sup>79</sup> neste tipo de operação. No Brasil, isto é vedado. Logo, qualquer conceito que se pretenda elaborar sobre o instituo deve levar isto em consideração<sup>80</sup>.

Eduardo Araújo da Silva traz um conceito bastante lúcido, apesar de sintético. Segundo ele, a infiltração consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção de provas, através da qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, se infiltra numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, objetivando obter informações acerca do seu funcionamento<sup>81</sup>. Citando Juan José López Ortega, três seriam as suas características básicas: a dissimulação, consistente na ocultação da real condição e propósitos do infiltrado; o engano, pois a operação funda-se numa farsa que oportuniza o ganho da confiança dos integrantes da organização; e a interação entre o agente e aqueles cujas atividades são investigadas.

<sup>79</sup> Conforme disposição do art. 1º, item 2, da lei nº 101/2001. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_busca\\_assunto\\_diploma.php?buscajur=controlo&artigo\\_id=&pagina=1&ficha=1&nid=89&tabela=leis&diplomas=&artigos=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=controlo&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=89&tabela=leis&diplomas=&artigos=)>. Acesso em 03/07/2015.

<sup>80</sup> Sobre o tema, alerta Geraldo Prado que a exigência de uma lei proporcional a tratar das técnicas especiais de investigação é apenas o primeiro passo para que delas possamos nos valer preservando o respeito ao devido processo legal. Tratando paradigmaticamente do art. 5º, XII, da Constituição Federal (cujo teor versa sobre o sigilo das comunicações telefônicas e outros meios de proteção da intimidade), o autor defende, no contexto das alterações promovidas em 2008 no Código de Processo Penal, o papel a ser exercido pelo juiz para uma efetiva implantação do sistema acusatório, com a adoção de uma estrutura trifásica no processo penal: investigação criminal, admissibilidade da denúncia e instrução probatória. Caberia ao magistrado um papel fundamental neste cenário, pois tolheria os excessos cometidos da fase de inquérito, caracterizada pelas amplas possibilidades de investigação e restrição do contraditório. Este controle, como se percebe, seria feito na segunda fase, ao avaliar a denúncia oferecida pelo Ministério Público, atribuindo à primeira fase um caráter parcial. Não bastaria, pois, a mera previsão legal para que fosse levada a cabo a defesa das garantias constitucionais do acusado, exigindo do juiz este papel de filtro das irregularidades cometidas, papel a ser executado, controlando a legalidade das medidas deferidas e não só a decisão final.

Num contexto de ampliação dos recursos tecnológicos aptos a devassar a vida de qualquer pessoa, a preservação das fontes de prova ajudaria a corrigir desequilíbrios causados por um sistema penal de herança inquisitória. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos cultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>81</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p.92.

Definida uma ideia inicial sobre o instituto, é forçoso referenciar as figuras semelhantes.

O agente infiltrado não se confunde com o agente de inteligência. De acordo com a posição defendida neste trabalho, isto resta claro, com a expressa referência da lei 12.850/2013 a “agentes de polícia”, constante no art. 10. A referência tem nítido desiderato de evitar confusões, haja vista a previsão contida no art. 2º, inciso V, da lei 9.034/95, autorizando a sua realização por agentes de inteligência.

Ensinam Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, amparados na doutrina de Flavio Cardoso Pereira, que o agente de inteligência possui tarefas desvinculadas de uma investigação criminal precisamente determinada, voltando-se à defesa do Estado, enquanto o agente infiltrado lida *necessariamente* com uma organização criminosa<sup>82</sup>. Os interesses do agente de inteligência são interesses de Estado, declarados no art. 1º, parágrafo 1º da lei 9.883/1999, responsável pela instituição do Sistema Brasileiro de Inteligência. São eles: a preservação da soberania nacional, a defesa do estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana.

Marcelo Batlouni Mendroni, reproduzindo o pensamento do espanhol Joaquin Delgado, aponta quatro modos de atuação do agente infiltrado: 1) agente meramente encoberto, com vistas à investigação de delitos isolados, escapando-lhe o aspecto global da organização; 2) agente encoberto infiltrado, efetivamente integrado à estrutura da organização; 3) agente encoberto infiltrado com identidade suposta; e 4) o agente provocador, cuja atuação se reduziria à incitação ao cometimento de crimes por terceiros<sup>83</sup>.

É necessário um adendo: todo raciocínio desenvolvido neste tópico pressupõe a infiltração física do agente. O adjetivo usado tornou-se necessário a partir da edição da lei nº 13.441/17, que alterou a lei 8.069/90 (conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) e o próprio Código Penal, nos artigos que preveem tipos penais voltados à proteção da dignidade sexual de vulneráveis<sup>84</sup>, instituindo a figura do agente infiltrado na sua modalidade

---

<sup>82</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.151-152. Para os autores, haveria ainda as figuras do delator – que forneceria informações úteis à polícia em troca de benesses pessoais – e do agente encoberto (*undercover agent*), cuja atuação não se vincularia à investigação de uma única organização.

<sup>83</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74-75.

<sup>84</sup> Eis a nova redação do caput do art. 190-A: “A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras: (...)”.

virtual. Desta maneira pode-se afirmar, no ordenamento pátrio, ser a infiltração de agentes um gênero do qual a infiltração física e a virtual são espécies: a primeira, de aplicação mais abrangente no tocante aos crimes investigados, seguindo o conceito de organização criminosa trazido pela lei 12.850/13; a segunda, de escopo específico, facilmente identificado com a inclusão, pela lei 13.441/17, da seção V-A no ECA, voltada à investigação dos crimes contra a “dignidade sexual de crianças e adolescentes”.

Dentre todas as figuras mencionadas, o agente provocador é inegavelmente a quem são dirigidas as maiores reprimendas, o que ensejará estudo em tópico próprio – sempre ressaltando que o cotejo, logicamente, é feito pressupondo a infiltração física do agente.

#### 4.3 AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR

Teoricamente, há uma diferença marcante entre o agente infiltrado e o agente provocador: aquele, como visto, ocultaria a sua identidade a fim de se imiscuir na estrutura da organização para cessar suas atividades delitivas; este, a seu turno, teria a sua atividade reduzida ao induzimento ou a instigação de terceiros às práticas delitivas, com a finalidade de prendê-los.

O agente provocador, conforme orientação doutrinária e jurisprudencial, é figura a ser condenada em muitos ordenamentos em razão do repúdio causado pelas situações decorrentes da sua atuação. Carece de qualquer lógica imaginar que, num primeiro momento, um representante do Estado *faça surgir ou reforce* em outrem o ânimo delitivo para que este, posteriormente, sofra com o *jus puniendi* deste.

A análise do direito comparado lança ainda mais luzes sobre o assunto. Nos Estados Unidos é emblemático o caso *Sorrells vs. United States* (1932), o qual ajudou a na consolidação da doutrina do *entrapment defense*. O quadro fático revela um agente policial que visitou um conhecido com o qual combatera numa guerra quando este estava na presença de mais três amigos. Em face da confiança que inspirava no ex-combatente, o policial solicitou-lhe bebida alcoólica (à época, tinha vigência o *National Prohibition Act*, popularmente conhecida como lei seca). Após alguma insistência, o policial obteve uma garrafa de uísque.

Condenado nas instâncias inferiores, a Suprema Corte consagrou o entendimento de que a conduta do agente estatal foi *determinante* para a realização da conduta típica. Noutras palavras, não fosse pela insistência do agente, valendo-se do vínculo existente entre ambos, o regular desenvolvimento das atividades do réu não desaguaria na prática de um crime<sup>85</sup>.

Com isso, o posicionamento estadunidense sobre a matéria ganhou nítidos contornos subjetivos, pois há níveis de interferência na esfera subjetiva do suspeito tolerados pela Suprema Corte. A *entrapment defense* (defesa da armadilha), marca o que é válido e o que não é em termos de provocação perpetrada por agentes estatais. O caso representa um precedente no qual se permite a instigação do sujeito, mas é vedada a sua indução ao cometimento do crime.

Entre nós, o caso descrito é enquadrado como uma espécie de flagrante provocado, considerado ilegal. Aury Lopes Júnior o rotula como “uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém uma intenção, *viciada*, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo.”<sup>86</sup>.

Para o autor, a ilegalidade desta espécie de flagrante funda-se na ofensa ao art. 17 do Código Penal, assim redigido: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” Destarte, seria impossível, desde o princípio, a consumação de um delito provocado por agente porquanto este tomaria todas as providências para evitá-lo.

Ainda com os olhos no direito comparado, o destaque à palavra “viciada” no conceito trazido acima, qualificadora do ânimo do sujeito ativo, foi dado pois, no direito alemão, esta é razão para a ilegalidade da prisão efetuada pelo agente provocador. Dispõe o art. 136, alínea “a”, do Código de Processo Penal germânico que a colheita da prova não pode se dar menosprezando-se a liberdade de decisão voluntária, tampouco a atuação da vontade do inculpaado<sup>87</sup>.

Na Europa, sobre o tema é bastante conhecido o caso Teixeira de Castro vs. Portugal, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos na década de 90 do século passado. Nele, Francisco Teixeira de Castro foi preso por dois policiais à paisana, que chegaram a ele através

---

<sup>85</sup> A história é contada por Carolina Pecegueiro Pereira. Disponível em: < [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012\\_11\\_6913\\_6966.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6913_6966.pdf)>. Acesso em 03/07/2017.

<sup>86</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal*. 11.ed. Porto Alegre: Saraiva, 2014, p. 834

<sup>87</sup>SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

de dois indivíduos: um conhecido como “V.S”, suspeito de ser um traficante de drogas, foi procurado pelos agentes num primeiro momento, os quais supostamente buscavam haxixe (a real intenção dos mesmos era prender quem lhe fornecia drogas); e outro, chamado “F.O”, indicado por V.S ao ser procurado noutra oportunidade pelos agentes, desta feita à procura de heroína. Os quatro foram até Teixeira de Castro, que aceitou acompanhá-los ao local onde a droga seria obtida, na residência de outra pessoa, identificada como “J.P.O”.

Os três envolvidos foram presos pelos agentes após a aquisição da droga solicitada e, ao recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos, Teixeira de Castro argumentou ter sido preso em razão da conduta imoral e ilegal dos policiais. A decisão da Corte Europeia trouxe importantes considerações nesta linha tênue entre o que é lícito (o flagrante esperado, no qual o agente tem elementos de convicção sobre a realização iminente de um crime e adota as providências para deter o sujeito ativo) e o que não é admitido num estado democrático de direito (o flagrante provocado).

O pleito do acusado foi atendido pela Corte, sob a justificativa de que a prisão não foi realizada no contexto de uma investigação criminal supervisionada por um juiz. Para o tribunal, inexistiam razões para que se suspeitasse do réu, de modo que os policiais foram além da conduta de um agente encoberto (*undercover agent*) ao instigarem o acusado, nada havendo nos autos que indicasse uma predisposição deste ao cometimento do crime, sendo determinante a intervenção dos policiais para o resultado final <sup>88</sup>. Assim, diferentemente do exemplo vindo dos Estados Unidos, ficou patente uma intransigência no tocante à possibilidade de interferência no livre desenvolvimento da personalidade humana, seja ela para fazer nascer uma ideia nova ou reforçar alguma pré-existente.

Transpondo para a realidade brasileira, condutas deste matiz por agentes estatais representariam uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, reputada pela Constituição como um dos fundamentos da nação (art. 1º, inciso III, CF), na medida em que obstariam o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. O desenvolvimento do raciocínio a partir deste dispositivo constitucional poderia, nos casos mais extremos, implicar na ausência de crime pelo viés da tipicidade, em face da interferência na autodeterminação do sujeito – considerando-se a conduta como a vontade humana dirigida a um fim.

---

<sup>88</sup> O caso pode ser acompanhado em seus pormenores em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58193#{"itemid":\["001-58193"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58193#{)>. Acesso em 06/03/2017.

Qualquer que seja o fundamento teórico apto a tachar a prisão realizada nestas condições, o efeito prático é o mesmo: a prisão realizada pelo agente provocador é ilegal. Em consonância com tudo o que foi dito, a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que editou o enunciado nº 145 da súmula da sua jurisprudência: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

#### 4.4 REQUISITOS PARA A ADOÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS

O uso, no decurso de uma investigação criminal, de um agente infiltrado é medida extrema, conforme a previsão legal, e traz naturalmente uma série de dificuldades de ordem prática, como por exemplo, encontrar um policial capaz de desempenhar bem a sua função, de modo a não levantar suspeitas na organização criminosa investigada.

Inicialmente, é imperativo fazer duas observações. A primeira, referida logo acima, diz respeito à excepcionalidade do meio usado para a obtenção de provas. O art. 10, §2º, deixa claro o caráter de *ultima ratio* da medida: “Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.” Destarte, há primeiramente um ônus argumentativo do qual devem se desincumbir Ministério Público e delegado: o de comprovar a existência de indícios da prática dos crimes tipificados no art. 1º da lei 12.850/2013 - o juiz, como se vê, não pode determinar de ofício a medida, numa opção legislativa digna de elogios, graças à imparcialidade que deve orientar os atos dos magistrados. É muito mais prudente encarregar os órgãos responsáveis pela persecução criminal (na fase investigatória, a polícia judiciária, e na fase processual, o MP) deste mister.

Num segundo momento, o ônus consiste na demonstração da imprescindibilidade da produção da prova por outros meios. Este segundo ônus se justifica, como dito alhures, em razão das restrições na esfera de direitos fundamentais dos investigados. Desta maneira, o uso da infiltração de agentes passa por um juízo de proporcionalidade a ser realizado pelo magistrado ao qual compete o seu deferimento. Defendemos, pois, uma solução tópica, a levar em consideração a atividade desenvolvida pela organização criminosa, além de outras circunstâncias presentes no caso concreto capazes de justificar a prevalência do direito à

prova, de corrente do devido processo legal, em face da restrição na intimidade<sup>89</sup> dos investigados.

Apesar do texto constitucional mencionar, em seu art. 5º, inciso X, “a inviolabilidade da intimidade”, reiteramos a inexistência de direitos fundamentais absolutos, conforme assentado na jurisprudência:

APELAÇÃO - PRETENSÃO FUNDADA EM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO NO CASO VERTENTE - LIMITAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - INIDONEIDADE PARA CARACTERIZAR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO - SENTENÇA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE DE PERDA DE OBJETO DA AÇÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PELO TRIBUNAL - POSSIBILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO - INEXISTÊNCIA - CONFLITO - MÉTODO DE SOLUÇÃO - FETO - INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA - DIGNIDADE DA GESTANTE E SUA AUTONOMIA - PREPONDERÂNCIA - AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ.

1- (...);

2- (...);

3 - Nenhum direito fundamental é absoluto, devendo o conflito de princípios constitucionais ser resolvido mediante juízo de ponderação no qual se avalia, no caso concreto, a preponderância de uma norma sobre a outra, segundo os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>90</sup>

O exemplo acima é emblemático por versar sobre aquele direito havido por muitos como o maior de todos: a vida.

Caberá ao magistrado valer-se do postulado da proporcionalidade, avaliando se o direito à prova, decorrente do devido processo legal, é capaz de justificar a limitação após passar pelas três fases da sua aplicação, descritas de modo bastante sucinto no tópico dedicado à análise das provas ilícitas.

---

<sup>89</sup> Intimidade, neste caso, é um termo usado no sentido definido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem é “[...] um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessam [...]”. Segundo o autor, o direito à intimidade estaria fundamentado no princípio da exclusividade, comportando três exigências: a solidão (justificadora do desejo de estar só); o segredo (ensejadora da exigência de sigilo); e a autonomia (fonte da liberdade de decidir sobre si mesmo, ter a si próprio como centro emanador das decisões). FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio *apud* FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 113.

<sup>90</sup> Acórdão extraído do processo nº 106860923552430011, julgado em 09/06/2009 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatado pelo desembargador Pedro Bernardes.

## 4.5 REFLEXOS PENAIS DAS CONDUTAS PRATICADAS PELO AGENTE POLICIAL INFILTRADO

Além das dificuldades inerentes ao expediente, há a possibilidade evidente de que o agente infiltrado tenha de cometer crimes a fim de manter o seu disfarce. Em face disto, é imperativo que uma lei que se proponha a regulamentar a matéria preveja esta hipótese, bem como a forma de responsabilização do agente. Embora esta não seja a impressão inicial, a verdade é que os mecanismos de responsabilização representam uma tentativa de conferir maiores garantias para o agente, pois delineiam de modo mais claro os limites da sua atuação.

Neste momento, cabe ressaltar quais as consequências da sua conduta e qual a possível forma de exclusão da responsabilidade do agente infiltrado no caso de cometimento de infrações penais.

### 4.5.1 O ingresso do infiltrado na organização criminosa. Crime?

Dentro do conceito analítico de crime, enquanto fato típico, antijurídico e culpável, é necessário analisar de forma sucessiva cada elemento constitutivo a fim de chegar a uma proposta de resposta.

Lembremos que a conduta inicial do agente, ao ingressar na organização constitui um fato típico. Se esta preencher os requisitos presentes no art. 1º, §1º da lei 12.850/2013 (mínimo de quatro integrantes, ordenada estruturalmente para obter vantagens através da prática de infrações penais cuja pena cominada ultrapasse os quatro anos ou que sejam de caráter transnacional), teremos a configuração da conduta típica do crime de organização criminosa. Caso o grupo criminoso não tenha estas características, estaremos diante de uma associação criminosa ou eventualmente restará preenchido o requisito para configuração da tipicidade formal de algum outro delito de concurso necessário. Todavia, esta hipótese não será analisada em razão dos limites deste trabalho.

Assim, limitando a análise à eventual conduta delitiva cometida pelo agente do estado, concluímos facilmente que o mesmo, com o mero ingresso na organização objeto de suas atenções, não comete crime algum. E há mais de uma justificativa teórica para tanto.

Ensina Cezar Roberto Bitencourt que a adoção da teoria finalista da ação implicou no deslocamento do dolo da culpabilidade, que passou estritamente normativa, para o tipo penal, entendido agora como uma “realidade complexa”, composto por elementos objetivos e subjetivos. Assim, a ação ou omissão típica são compreendidas como processos causais dirigidos pela vontade humana ao alcance de uma finalidade.<sup>91</sup> Logo, é fácil concluir que o desiderato do agente não é a prática do crime de organização criminosa, mas cumprir a missão à qual se propôs. Excluído o dolo, exclui-se a tipicidade, inexistindo crime.

E mesmo que fosse vencido o estágio da tipicidade, não haveria crime, pois a conduta não é antijurídica. Não há contrariedade ao ordenamento em face da previsão legal da prática, citada acima. Noutras palavras, agiu o agente no estrito cumprimento do dever legal, previsto no art. 23, III, do CP.

Voltando nossos olhos ao passado, mais precisamente ao art. 2º, inciso I, do Projeto de Lei nº 3516/89, embrião da lei nº 9.034/95, vemos que esta solução foi aventada pelo legislador. A redação do artigo ora se transcreve:

Art. 2º (...):

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

Claro está que a exclusão de antijuridicidade prevista no projeto era uma forma de evitar antinomias no ordenamento: cumprir o mandamento de uma norma excluiria completamente a aplicação de outra. A exclusão de antijuridicidade dizia respeito somente ao crime previsto no art. 288 do Código Penal. Não seria dado ao agente infiltrado o cometimento de crimes.

O dispositivo em questão foi vetado pelo Presidente da República pelo permissivo referente à autorização de cometer o delito – a rigor, o crime não se consumaria caso o dispositivo não tivesse sido vetado, pois o fato seria típico, mas não antijurídico – contido

---

<sup>91</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.350

num diploma que não previa a autorização judicial para a medida, contrariando a sistemática do Código Penal.

Justificativa semelhante não foi levantada quando da edição da lei 13.441/17 a qual, ao acrescentar o art.190-C ao ECA, isentou o agente de responsabilidade penal e, no parágrafo único do artigo, evidenciou tratar-se de uma excludente de antijuridicidade, pois previu a responsabilização do agente pelos excessos praticados – estes entendidos como atos que não guardassem pertinência com a “estrita” finalidade da investigação.

#### **4.5.2 Crimes cometidos em função do ingresso na organização criminosa. Balizas e tratamento jurídico**

Praticamente duas décadas depois, o tratamento dispensado à matéria mudou, admitindo o legislador a possibilidade de cometimento de fatos típicos pelo agente infiltrado *no curso* da infiltração, fazendo surgir questões muito mais complexas.

Por óbvio, é devida a sua responsabilização porque é inconcebível, num estado democrático de direito, que certos representantes do poder público gozem de carta branca para o cometimento de delitos. Cabe então, perquirir qual o fundamento teórico de uma eventual isenção de responsabilidade, partindo dos elementos constitutivos do crime, ampliando as possibilidades a partir da opção legislativa feita.

A legislação trata do tema no parágrafo único do seu art. 13:

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Frise-se, de antemão, que os crimes passíveis de cometimento pelo infiltrado devem, em regra, guardar um nexos com a atividade desenvolvida pela organização. Com isso, a sua atividade sofre uma limitação dúplice: a) o dever de proporcionalidade trazido pela lei; e b) não pode desbordar os limites constantes na autorização judicial, pois esta foi concedida para a obtenção de provas contra uma organização especializada no cometimento de determinado

tipo de delito, sendo inconcebível o cometimento, pelo agente, de um crime totalmente estranho à atividade do grupo.

Ao partirmos da premissa de ser a natureza jurídica da infiltração de agentes um meio de obtenção de provas, a sua finalidade seria justamente essa. Porém, entendemos que a referência à proporcionalidade faz com que caput do art. 13 deva ser interpretado teleologicamente. Destarte, revela-se incabível o sacrifício, pelo agente, de um bem jurídico reputado mais relevante pelo ordenamento do que aquele(s) lesado(s) imediatamente pela organização no desenvolvimento habitual de suas atividades.

A adoção da premissa constante na letra “b” supra é justificada pela exigência de indícios da prática dos crimes previstos no art. 1º da lei nº 12.850/2013, de sorte a não ser concedida a autorização para a infiltração levemente. Isto significa que o magistrado vislumbra os fatos típicos passíveis de comissão pelo agente ao conceder a autorização, os quais não implicariam em contrariedade ao ordenamento. Não haveria crime, respeitada a proporcionalidade, pois não seriam antijurídicos, porquanto o desvalor das condutas praticadas pelo grupo criminoso não seria substancialmente diferente com a introdução do agente<sup>92</sup>.

Não é esta, porém, a postura defendida neste trabalho. É bastante lúcida a observação feita por Bitencourt e Busato, segundo a qual a fórmula escolhida pelo legislador pode se mostrar acertada em algumas ocasiões, embora esteja longe de abarcar a multiplicidade de situações limítrofes nas quais o infiltrado pode se envolver.<sup>93</sup> Como se vê, estaríamos novamente diante do conhecido problema hermenêutico da limitada previsibilidade dos fatos pelo legislador em relação ao que pode ocorrer no mundo fático.

Para fundamentar as razões do dissenso, analisemos então, brevemente, a estrutura tripartite do crime.

---

<sup>92</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.162.

<sup>93</sup> Tal crítica foi apontada com muita perspicácia por Cezar Bitencourt e Paulo Busato, os quais trouxeram um exemplo lapidar acerca das repercussões práticas da previsão de uma causa de exculpação sem considerar as nuances do caso concreto: suponhamos que o agente realize a tarefa de investigação de uma organização ao guardar drogas comercializadas por esta. A rigor, uma vez que respeitados os limites da autorização judicial, esta hipótese poderia ser de estrito cumprimento do dever legal, fulminando a antijuridicidade, evitando o juízo sobre a culpabilidade do agente. Porém, se a droga for armazenada num dado local por orientação de um delegado, a responsabilidade penal deste estaria configurada, por força do art. 22, do Código Penal. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161

No tocante à feição objetiva da tipicidade, analisando a relação entre a conduta típica e o resultado, não há maiores questionamentos, pois pode-se vincular sem dificuldades a conduta do agente a um determinado resultado indesejado pelo Direito. Na feição subjetiva, porém, ao analisar o dolo da conduta, poder-se-ia objetar que o crime fora cometido não com vistas à sua realização, mas a uma eventual necessidade de manter o disfarce.

Porém, esta alegação não prospera, remanescendo o fato típico porque o dolo consagrado no Código Penal (art. 18, I) é natural, despido de elementos normativos, abarcando um elemento cognitivo (a consciência) e outro volitivo (a vontade). A consciência, entendida como previsão ou representação, abarcando:

a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexos causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos e das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (*tipo qualificado ou privilegiado*) e dos elementos acidentais do tipo objetivo.<sup>94</sup>

A vontade, entendida como o motor da ação humana, pressupõe a capacidade de influir no curso dos acontecimentos. Assim, percebemos que os limites do dolo estão na conduta praticada pelo agente dirigida a um fim. Segundo Welzel, citado por Bitencourt<sup>95</sup>, a finalidade, entendida como vontade de realização, compreende o fim, as consequências resultantes da realização deste fim, além daquelas previstas e com cuja produção se contava. Tendo o finalismo sido capaz de superar a teoria causal da ação, no sentido de determinar como as condutas humanas efetivamente contribuiriam para atrair a incidência de um tipo penal, resta claro que a conduta humana, animicamente, orienta-se à persecução de um fim ilícito imediato. Desta forma, não servem alegações de que, mediatamente, a conduta do agente visava preservar a sua identidade. O fato é típico.

No tocante à antijuridicidade, entendida como contrariedade ao ordenamento, defendo que a mesma não pode ser extirpada das condutas praticadas pelo infiltrado. Isto porque o cometimento de crimes pelo infiltrado é uma contingência, não uma necessidade. Esta não é uma consequência *desejada* pelo ordenamento de um estado democrático de direito. A própria previsão de uma modalidade exculpante de isenção de responsabilidade reforça este argumento. Do contrário, a antijuridicidade das condutas típicas praticadas seria previamente excluída. Como dito, num estado de submissão do poder às leis, é impensável a carta branca

---

<sup>94</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.359

<sup>95</sup> Ibidem, p. 290

ao cometimento de ilícitos. Igualmente é vedada a sua atuação como agente provocador, instigando ou o induzindo qualquer membro da organização ao cometimento de delitos.

Neste sentido, é digna de elogios a opção legislativa. Defere-se a medida, e são definidos os seus limites, mas esperado pelo ordenamento é o alcance da sua finalidade (produção probatória) sem que se precise chegar ao extremo de um agente do estado cometer crimes para combater crimes. A cláusula de isenção da responsabilidade pelo injusto refere-se a situações extremas, periclitantes para a identidade e conseqüente segurança do infiltrado, deixando o juízo de reprovação pelo injusto a critério do magistrado.

Esta escolha revela-se a mais acertada, tendo o mérito de reconhecer os limites do Estado na persecução criminal e reconhecer as funções da culpabilidade: como fundamento da pena, a partir do juízo de reprovação do ato praticado, e ao mesmo tempo limite da mesma.

#### 4.6 REFLEXOS PROCESSUAIS DA ATUAÇÃO DO AGENTE POLICIAL INFILTRADO

O procedimento para a infiltração encontra-se detalhado na legislação. Trata-se de um manual a ser seguido para que a prova produzida não seja reputada ilícita, inadmitida no processo.

Desta forma, cabe lembrar o regramento trazido pela lei: a medida não pode ser adotada de ofício pelo magistrado - tal papel cabe ao *Parquet* ou ao delegado de polícia. Partindo do primeiro, cabe a manifestação técnica do segundo sobre a viabilidade da medida. Partindo do delegado, cabe ao juiz instar o Ministério Público a se manifestar. A medida presta-se à investigação dos crimes descritos no art. 1º da lei 12.850/2013 (crimes de organização criminosa), devendo durar seis meses. Findado este prazo, é preciso remeter ao juiz que a deferiu um relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas pelo agente.

Isto posto, cumpre indagar: qual o tratamento a ser dispensado à prova produzida pelo agente infiltrado à luz das previsões, em sede constitucional, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório?<sup>96</sup>

Conforme conhecida lição doutrinária, não há exercício de contraditório e ampla defesa no inquérito policial<sup>97</sup>. A justificativa é a de que trata-se de um procedimento de feição pré-processual, meramente investigativa, com vistas a formar o convencimento do titular da ação penal acerca do cometimento de algum crime por pessoa determinada, viabilizando o oferecimento da denúncia. O pronunciamento do magistrado acerca da denúncia constitui decisão interlocutória, a qual, sendo desfavorável ao indiciado, tem o condão de instaurar uma relação jurídica processual plenamente orientada por estes princípios.

Entretanto, Aury Lopes Júnior<sup>98</sup> traz argumentos valiosos, aos quais aderimos, para refutar esta máxima. Segundo ele, o art. 5º, LV, da Constituição Federal, faz expressa referência aos processos de natureza administrativa, cometendo uma atecnia. Seria mais acertado dizer “procedimento administrativo” – percebe-se que o autor se vale da conhecida distinção entre procedimento, entendido como a sucessão de atos processuais praticados rumo à decisão final prolatada pelo magistrado, como a forma externa do processo, que seria o instrumento de exercício da jurisdição, feita por Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra<sup>99</sup>.

Esta atecnia foi reproduzida pelo legislador ordinário no Código de Processo Penal, por exemplo, ao intitular o capítulo V com a epígrafe “Do Processo Sumário”, quando, em verdade, o legislador faz clara referência ao procedimento. Sua intenção é clara: afastar uma interpretação literal do dispositivo constitucional, abrindo caminho para o uso da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial, o qual, como cediço, é um procedimento administrativo.

---

<sup>96</sup> O contraditório será entendido, com amparo na doutrina de Aury Lopes Júnior, “como método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas...”. É o direito de ser informado e de participar do processo, podendo efetivamente influir no convencimento do magistrado. Já a ampla defesa, segundo Ada Pelegrini Grinover, citada pelo mesmo doutrinador, estaria “indissolúvelmente ligada” ao contraditório, do qual brotaria o direito de defesa. PELEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.63, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal*. 11.ed. Saraiva: Porto Alegre, 2014, p.220-222.

<sup>97</sup> Fernando Capez (*Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.79) e Júlio Fabbrini Mirabete (*Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 82), são exemplos de doutrinadores que repetem esta máxima.

<sup>98</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal*. 11.ed. Saraiva: Porto Alegre, 2014, p.337-338.

<sup>99</sup> PELEGRINI GRINOVER, Ada; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.309.

No mesmo sentido posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº 14, cuja redação enuncia o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Porém, em face da natureza especial da infiltração policial, é facilmente perceptível que a medida não se compatibiliza com o exercício irrestrito da ampla defesa e do contraditório em sede de inquérito. Entretanto, sobre o tema, é lapidar a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho, trazida por Camilla Brentel<sup>100</sup>, sobre os momentos de efetivação do contraditório: preventivamente, para debater a oportunidade de realizar dado ato; concomitantemente, atuando na prática do ato; e posteriormente, quando, por exemplo, as partes se manifestam sobre uma prova já produzida.

Aduz ainda o autor haver situações nas quais a presença do defensor é inviável, situações estas ensejadoras do contraditório diferido. De acordo com ele, há medidas que tornam a participação do investigado inviável, de sorte que “a observância do contraditório é feita depois, dando-se ao acusado a oportunidade de, *no processo*, contestar a providência restritiva ou de combater a prova pericial realizada no inquérito” (grifo nosso).<sup>101</sup>.

Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Goeckner<sup>102</sup>, analisando a tensão entre a publicidade plena dos atos processuais (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) e o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos investigados (art. 5º, X, da CF), lembram da relação íntima entre os princípios da ampla defesa e do contraditório e a publicidade a reger o processo penal. Esta, conforme os autores, pode ser parcial, quando a acessibilidade é concedida somente às partes, ou plena, quando os atos processuais ou de investigação preliminar são acessíveis àqueles que não figuram como partes ou sujeitos processuais.

---

<sup>100</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.138-139, *apud* BRENTEL, Camilla. As provas não repetíveis no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.27.

<sup>101</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.138-139, *apud* BRENTEL, Camilla. As provas não repetíveis no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.27-28.

<sup>102</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.ed. ver, atual. e ampl. - Saraiva: São Paulo, 2014, p.192-193.

Lopes Júnior e Gloeckner, referindo-se aos atos de investigação preliminar, lecionam ainda que a regra é a publicidade, sendo os atos de investigação acessíveis a qualquer quando a lei não dispuser em sentido contrário.

Os ensinamentos acima colacionados servem para compatibilizar o uso da infiltração de agentes com o mandamento constitucional que assegura a ampla defesa e o contraditório, encontrando o equilíbrio com a necessidade de investigação dos órgãos encarregados do exercício do *jus puniendi*. Eis o cerne da questão, afinal, o adjetivo a qualificar a defesa é “ampla” e não “irrestrita”.

Diante destas colocações, voltemos à letra da lei. Feito o pedido de infiltração, o qual deve ter distribuição sigilosa, a deliberação do magistrado e a sua realização, o art. 12, §2º, prevê que os autos contendo as informações da operação deverão acompanhar a denúncia do Ministério Público. Este é o momento em que se possibilita o contraditório, sendo resguardada a identidade do agente.

Não poderia ser diferente. Entendemos que está justificado o uso deste meio de obtenção de prova em face do organismo investigado. O meio não é apto a ser usado contra pessoas atuando isoladamente, mas foi pensado com vistas ao combate de grupos criminosos que atuam de modo profissional e organizado.

Porém, a regra contida no caput do art. 3º, ao prever o uso da infiltração em qualquer fase da persecução penal comete um claro excesso ao permitir o seu uso após iniciado o processo por vulnerar o contraditório. A interpretação literal do dispositivo leva a uma quebra da tensão dialética que deve existir no processo ao permitir a introdução de elementos de prova desconhecidos da parte contrária<sup>103</sup>. Por isso, as provas produzidas com o auxílio do agente infiltrado *necessariamente* devem acompanhar o oferecimento da denúncia.

Quanto ao depoimento do próprio infiltrado, o mesmo só pode ser aceito se a identidade do agente for revelada em juízo, a fim de que a testemunha possa ser contradita pela defesa. Embora a medida traga sérios riscos à segurança do agente, é a única forma de compatibilização com um processo penal constitucional, cabendo ao Estado assegurar a

---

<sup>103</sup> Sobre o tema, Geraldo Prado usa a expressão “carried in the dark”, comum no direito estadunidense, para referir-se às manobras feitas por uma parte com o intuito de surpreender a outra, valendo-se de provas cuja forma de aquisição era desconhecida de um dos lados. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos cultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 53.

integridade física e psíquica de seu agente. A proteção ao mesmo já está prevista no art. 14 da lei 12.850/2013, podendo o mesmo ter a sua identidade alterada. Resta ao poder público, pois, prover os meios necessários a efetivar a medida.

Em consonância com esta argumentação, temos que o depoimento de agente não pode, por si só, fundar o convencimento do magistrado que decida pela condenação dos réus. Assim, lembremos da natureza jurídica da medida: é uma forma de obtenção de provas e, como tal, não é fonte de convencimento em si. Implica admitir que uma eventual condenação deva se fundar nas provas colhidas com o seu auxílio.

## 5. CONCLUSÕES

O uso do agente infiltrado, enquanto meio de pesquisa de prova, no Brasil, presta-se exclusivamente à obtenção de provas contra organizações criminosas. Por ser uma técnica especial de investigação, implicando em relevante restrição a direitos fundamentais dos investigados, exige reserva de lei para a sua aplicação.

No Brasil, havia previsão do uso da infiltração em leis extravagantes, embora todos os diplomas que a ele fizessem menção tenham falhado na tarefa de estabelecer procedimentos que permitissem uma efetiva utilização do referido meio de pesquisa. A edição da lei nº 12.850/2013 (conhecida como Lei de Organizações Criminosas), supriu duas lacunas: trouxe um conceito para “organização criminosa” e regulamentou este meio de obtenção, deixando-o a cargo de agentes policiais.

Em consonância com as orientações do Conselho da Europa, defendemos que o uso de medidas deste jaez somente poderia se dar com o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a necessidade de uma legislação clara para o emprego de meios investigativos de caráter secreto ou invasivo; b) o respeito ao princípio da proporcionalidade; e c) a existência de controles. Como tais requisitos só são previstos na lei em comento, e esta limita os crimes a serem investigados com o auxílio das técnicas especiais às condutas por ela tipificadas, temos um espectro limitado de crimes ensejadores do uso do agente infiltrado. Fora deste contexto, a prova produzida por intermédio do agente é ilícita, sendo vedado o seu aproveitamento por expresso mandamento constitucional.

De acordo com o posicionamento abraçado, revela-se inconstitucional a regra de extensão contida no art. 1º, §2º, inciso II, da Lei de Organizações Criminosas, posto que refere-se a organizações terroristas, sem, contudo, conotar as características típicas deste tipo de organização. Assim, nos moldes garantistas, ofende o princípio da legalidade em face da imprecisão da expressão.

É imprescindível a autorização judicial para a medida. Uma vez deferida, não são permitidos excessos na conduta do agente infiltrado, no sentido de instigar ou induzir os membros da organização ao cometimento de crimes, o que o converteria em agente provocador.

A deflagração desta medida é polêmica, trazendo importantes reflexos no campo do Direito Penal e do Direito Processual Penal. O cometimento de crimes pelo agente é medida extrema, indesejada pelo legislador, mas de ocorrência provável, de modo a ser reputada acertada a opção do legislador de excluir a culpabilidade, posto que não se compatibiliza com o estado democrático de direito uma exclusão prévia de antijuridicidade das condutas típicas, pois isto se converteria numa autorização irrestrita para o cometimento de delitos.

Por fim, uma vez mais ressaltando a natureza jurídica da infiltração de agentes policiais – meio de pesquisa de prova – não podemos admitir o uso do depoimento do policial infiltrado como fundamento único de uma sentença condenatória proferida pelo magistrado. O uso do seu depoimento, para ser aceito como elemento de prova no processo, deve implicar na revelação da identidade do infiltrado, a fim de possibilitar a efetivação do contraditório. Este, por sinal, pelas características essenciais do instituto, não pode ser exercido na fase do inquérito policial.

Somente nos termos acima pode-se falar num uso conforme a Constituição de excepcional meio de obtenção de prova.

## 6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. *Comando Vermelho – A história do crime organizado*. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRENTEL, Camilla. [on line] *As provas não repetíveis no processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. URT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva 2008.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10-11.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. [on line] Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em 04/04/2015.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado. Comentários à nova lei sobre o crime organizado*. 2. ed, Salvador: Juspodvim, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. [on line] Artigo publicado em 14/05/09 e disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print)>. Acesso em 21/04/17.

GRECO, Rogério. [on line] Disponível em: < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2179>>. Acesso em 25/04/2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal*. 11.ed.. Porto Alegre: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.ed. ver, atual. e ampl. - Saraiva: São Paulo, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Romulo de Andrade. *A nova lei do crime organizado*. 1. ed. Porto Alegre: Editora Magister, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa. Comentários à lei 12.850/13*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PELEGRINI GRINOVER, Ada; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Criminalidade organizada*. Editora Jurídica Brasileira, 1ª edição, 1999.

PEREIRA, Carolina Guimarães Pecegueiro. *O entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) acerca da atuação do agente infiltrado*. [on line] Disponível em: < [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012\\_11\\_6913\\_6966.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6913_6966.pdf)>. Acesso em 28/05/2017.

PORTUGAL, Lei nº 101/2001, de 25 de agosto, atualizada pela Lei nº 61/2015. Disponível em:<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=)>. Acesso em 25/06/2017.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Projeto de lei nº 3.516, de 1989. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9034-3-maio-1995-348988-veto-21377-pl.html>>. Acesso em: 02/02/2017.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. A.R.C de. *Curso de Direito Processual Penal*. 2.ed.Salvador: Juspodvim, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Renato Stanziola. [on line]. Artigo disponível em: <<http://www.kehdievieira.com.br/web/files/artigos/1324487103.pdf>>. Acesso em 08/05/17.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.