

Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

LEANDRO MIRANDA ERNESTO

INFILTRAÇÃO POLICIAL:
sua institucionalidade e relação com a discricionariedade
persecutória

BRASÍLIA
2022

LEANDRO MIRANDA ERNESTO

INFILTRAÇÃO POLICIAL:
sua institucionalidade e relação com a discricionariedade
persecutória

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós-graduação stricto sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger.

BRASÍLIA
2022

LEANDRO MIRANDA ERNESTO

INFILTRAÇÃO POLICIAL:
sua institucionalidade e relação com a discricionariedade
persecutória

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós-graduação stricto sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger.

Brasília-DF, 31/08/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger (UniCEUB) – Presidente

Prof. Dr. Bruno Amaral Machado (UniCEUB)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Membro externo - FDV)

Dedico este trabalho a Deus, o meu Senhor e Salvador; eterna fonte de inspiração; razão de tudo, por nunca ter me desamparado. Quando caí, a Sua mão me ergueu. Quando sofri, o Seu amor me consolou. O Seu amor cobre todas as minhas fraquezas e a Sua fidelidade é maior do que todos os obstáculos na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Uma caminhada como esta não se faz sozinho e muitos foram aqueles que contribuíram de alguma forma.

À minha esposa Nádja, e aos meus filhos Davi e Mateus – razões da minha vida, sem os quais nada teria sentido –, pelas infindáveis horas de estudo roubadas de seus convívios e pelo amor sempre presente.

A meus pais e irmãos, pelo incessante incentivo, estímulo, carinho, compreensão e cumplicidade de todos os momentos.

Ao meu orientador, professor Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger, pelo auxílio além do exigido, pela disponibilidade, pelas valiosas lições e inestimável incentivo e pelos comentários cirurgicamente precisos e norteadores. Nenhuma de nossas reuniões foi longa, mas todas foram extremamente produtivas.

Ao professor Dr. Bruno Amaral Machado por sua capacidade de nos fazer ir além da superfície nas leituras. Tenho certeza de que todos que passaram por sua sala de aula fazem coro comigo ao dizer que foi uma experiência única.

Ao professor Dr. Marcelo Dias Varella pelos aconselhamentos providenciais e ensinamentos acadêmicos, pelo estímulo e colaboração.

Ao professor Dr. Nitish Monebhurrun por o apoio e por suas lições sobre metodologia científica, cujas aulas foram sementes plantadas na metodologia deste trabalho.

Não invejes os homens maus e não te mostres almejantes de ficar com eles. Porque seu coração está medindo a assolação e seus próprios lábios estão falando desgraça. Os da casa serão edificados pela sabedoria, e serão firmemente estabelecidos pelo discernimento. E pelo conhecimento se encherão os quartos interiores com todas as coisas preciosas e agradáveis de valor. O sábio na força é varão vigoroso e o homem de conhecimento está reforçando o poder... Para o tolo, a verdadeira sabedoria é elevada demais; no portão ele não abrirá a sua boca. Quanto àquele que maquina fazer o mal, será chamado apenas de mestre de idéias más... Quando teu inimigo cai, não te alegres; e quando se faz que tropece, não jubile teu coração... Não te acalores por causa dos malfeitores. Não invejes os iníquos. Porque se mostrará não haver futuro para quem é mau; a própria lâmpada dos iníquos será apagada... Não digas: Assim como ele me fez, assim vou fazer a ele. Pagarei de volta a cada um segundo a sua atuação.

Provérbios 24:1-5; 7-9; 17-19 e 29

RESUMO

A presente dissertação tem como **objeto** de estudo a infiltração policial, sua institucionalidade e relação com a discricionariedade persecutória. Tem por **objetivo geral** analisar como o órgão acusador operacionalizará para imputar aos membros da organização criminosa os fatos trazidos pelo agente infiltrado. Como a infiltração de agentes é institucionalizada pelo sistema de justiça no momento de traduzir os fatos revelados pela investigação em fatos imputados no processo penal em juízo. Nesse contexto, chegamos ao seguinte **problema de pesquisa**: como operacionalizar a Técnica Especial de Investigação denominada infiltração policial, prevista na Lei nº 12.850/13, em um país de reduzida discricionariedade persecutória? E como imputar os fatos criminosos trazidos pelo agente infiltrado aos membros da organização criminosa? Denunciará todos os fatos, incluindo os que o agente infiltrado concorreu ou participou? A pesquisa aborda o tema da infiltração de agentes a partir dos arranjos institucionais para apresentação do caso em juízo. Como **resposta ao problema de pesquisa**, nota-se que, na atuação do agente infiltrado, o que importa é o que ele efetivamente obteve como prova. Um dos desafios encontrados são os fatos imprestáveis na obtenção da prova, por conta da sua intervenção no curso causal, contaminando os elementos de informação produzidos. Nesse sentido, para resolver esse problema, o Ministério Público deve fazer uma clivagem (limpeza, separação, refinamento, filtragem) dos fatos em que o agente infiltrado concorreu e participou – não oferecendo a denúncia contra este, afastando o concurso de pessoas e a responsabilidade do agente infiltrado como garante. Por outro lado, deverá oferecer a denúncia dos outros fatos criminosos em que o agente infiltrado não concorreu ou participou. Isso, porquanto o que interessa não são os fatos de que ele toma parte, e sim os que ele descobriu. Não se pode introduzi-lo no curso causal, sob pena de se contaminar o fato. Logo, o agente infiltrado não será responsabilizado penalmente. Com relação à **metodologia** da pesquisa, utilizou-se método hipotético-dedutivo, a partir de uma linha crítico-metodológica centrada na vertente jurídico-dogmática. A técnica de pesquisa é do tipo jurídico-compreensivo (ou jurídico-interpretativo) e abrange a revisão da literatura e a análise documental a partir dos textos normativos e julgados especialmente selecionados como ilustrativos da problematização indicada. Como **conclusão**, chama a atenção o problema de se ficar importando tais técnicas e ter de, ao fim, fazer adaptações à nossa cultura processual e prática processual penal, não se tratando, assim, de uma crítica a adoção do necessário instituto, mas da questão dos cuidados e das guias que se precisa ter para implementar o instituto.

Palavras-chave: Organizações criminosas. Técnicas especiais de investigação. Meio de obtenção de prova. Arranjos institucionais.

ABSTRACT

The **object** of this master's thesis is the study of police infiltration, its institutionality and its relationship with prosecutorial discretion. Its **general purpose** is to analyze how the prosecuting agency will operate to impute the facts brought by the undercover agent to the members of the criminal organization. How the infiltration of agents is institutionalized by the justice system at the time of translating the facts that were revealed by the investigation into facts charged in criminal proceedings in court. In this context, we come to the following **research problem**: how to operationalize the Special Investigation Technique called police infiltration, provided by the Law No. 12.850/13, in a country with reduced prosecutorial discretion? And how to impute the criminal facts that were brought by the undercover agent to the members of the criminal organization? Will all the facts be reported, including those in which the undercover agent concurred or participated? The research addresses the issue of agent infiltration from the institutional arrangements for presenting the case in court. **As an answer to the research problem**, it is noted that, in the undercover agent's performance, what matters is what he effectively obtained as evidence. One of the faced challenges are the facts that cannot be used to obtain evidence, due to its intervention in the causal course, contaminating the information elements that were produced. In this regard, to solve this problem, the Ministério Público must filter (clean, separate, refine) the facts in which the undercover agent competed and participated - not filing a complaint against him, and removing the participation of people and the undercover agent responsibility as guarantor. On the other hand, it must file the accusation of the other criminal facts in which the undercover agent did not participate or concur. This is because what matters are not the facts in which he takes part, but the ones he discovered. He cannot be introduced into the causal course, under penalty of contaminating the fact. Therefore, the undercover agent will not be held criminally liable. As for the research **methodology**, the hypothetical-deductive method was used, based on a critical-methodological line centered on the legal-dogmatic strand. The research technique is the legal-comprehensive (or legal-interpretative) type and embraces the literature review and the document analysis based on normative texts and specially selected trials as illustrative of the indicated problematization. In **conclusion**, the problem of importing such techniques and having to adapt them to our procedural culture and criminal procedural practice is called attention, not being, therefore, a criticism of the adoption of the necessary institute, but of the matter of care and guidance that one needs to implement the institute.

Keywords: Criminal organizations. Special investigation techniques. Means of obtaining evidence. Institutional arrangements.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Agente Infiltrado
APF	Agente de Polícia Federal
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Convenção Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CV	Comando Vermelho
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DPF	Delegado de Polícia Federal
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
ETA	Pátria Basca e Liberdade ("Euskadi Ta Askatasuna")
FV	Falange Vermelha
HC	Habeas Corpus
IRA	Exército Republicano Irlandês ("Irish Republican Army")
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PCC	Primeiro Comando da Capital
PDCP	Pacto dos Direitos Civis e Políticos
PF	Polícia Federal
PSJCR	Pacto de San Jose da Costa Rica
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
RJAE	Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal (Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto) - Portugal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TC	Terceiro Comando
TEI	Técnicas Especiais de Investigação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E A NECESSIDADE DO EMPREGO DE TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO PARA SEU ENFRENTAMENTO	19
2.1 Surgimento e expansão das organizações criminosas no Brasil	22
2.2 Evolução conceitual de Organização Criminosa no Brasil e as políticas públicas para seu enfrentamento	26
2.3 Características essenciais das Organizações Criminosas	39
2.4 Técnicas Especiais de Investigação trazidas pela Lei n.º 12.850/13	43
3 INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PARA O ENFRENTAMENTO DO CRIME ORGANIZADO	45
3.1 Marco conceitual da infiltração policial	47
3.2 As principais características da infiltração policial	51
3.2.1 O caráter de meio extraordinário de investigação criminal	52
3.2.2 Investigação restrita a crimes praticados pelas organizações criminosas	53
3.2.3 Uso de identidade falsa, fictícia ou suposta e a estratégia do engano	54
3.2.4 A voluntariedade do infiltrado na operação encoberta	56
3.2.5 A necessidade de justificação para a ação infiltrada	57
3.3 A infiltração policial nos Tratados e Acordos Internacionais	57
3.4 A infiltração policial no ordenamento jurídico brasileiro	62
4 NATUREZA JURÍDICA DA INFILTRAÇÃO POLICIAL: FONTE DE PROVA, MEIO DE PROVA OU MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA?	72
4.1 Acepções acerca da prova no processo penal e a infiltração policial	72
4.2 Análise da natureza jurídica da infiltração policial	73
4.2.1 A infiltração policial é fonte de prova?	74
4.2.2 A infiltração policial é meio de prova?	74
4.2.3 A infiltração policial é meio de obtenção (investigação) da prova?	75
4.2.3.1 Meios ordinários de obtenção da prova	76

4.2.3.2 Meios extraordinários de obtenção da prova	76
4.3 A importância da distinção do agente infiltrado, do informante, do denunciante anônimo, do agente secreto, do agente de inteligência, do agente disfarçado, do undercover agent, do agente encoberto e do agente provocador (entrapment doctrine ou teoria da armadilha) para o aproveitamento das provas no processo penal	80
4.3.1 O agente infiltrado	80
4.3.2 O informante	81
4.3.3 O agente denunciante anônimo	82
4.3.4 O agente secreto	83
4.3.5 O agente de inteligência	85
4.3.6 O agente disfarçado	85
4.3.7 O undercover agent	88
4.3.8 O agente encoberto	89
4.3.9 O agente provocador (entrapment doctrine ou teoria da armadilha)	90
5 APROVEITAMENTO DAS PROVAS OBTIDAS COM A TÉCNICA ESPECIAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	93
5.1 Consequências da infiltração policial no âmbito penal	93
5.2 Consequências da infiltração policial no âmbito processual penal	94
5.3 Dilema epistemológico: interferência do agente infiltrado no curso causal do fato criminoso e o aproveitamento das provas produzidas por sua atuação no seio das organizações criminosas	97
5.3.1 Aproveitamento das declarações do agente infiltrado, na condição de testemunha, como prova em processo penal e sua validade jurídica	97
5.3.1.1 Hipótese de aproveitamento dos fatos que o agente infiltrado obteve não interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa	109
5.3.1.2 Hipótese de aproveitamento dos fatos que o agente infiltrado obteve interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa	110
5.3.2 Institucionalização da clivagem dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa, a depender da concorrência ou participação do agente infiltrado	114

5.4 Caso prático de infiltração policial no Brasil e aplicação da clivagem dos fatos criminosos praticados por a organização criminosa por parte do Ministério Público	115
6. CONCLUSÕES	120
REFERÊNCIAS	124

1 INTRODUÇÃO

O atual quadro de criminalidade organizada verificado no Brasil e no mundo levamos a pretender um novo paradigma de política criminal que, por um lado, aperfeiçoe os instrumentos jurídico-processuais relativos à prova em processo penal, e por outro, salvguarde a liberdade individual, de maneira que não sejam atropelados os interesses do cidadão. Ao contrário, que além de garanti-los, minimize os danos durante a sua intervenção.

Nas palavras de Benjamin Lessing¹, nas periferias urbanas ao redor do mundo, uma realidade surpreendente se esconde à luz do dia, bem conhecida, mas em grande parte fora do alcance do público: organizações criminosas locais governam, tanto ou mais do que o Estado. No mínimo, elas “impõem regras e restrições ao comportamento” dos civis, conforme a ampla definição de governança criminal² e, muitas vezes, fazem muito mais do que isso.

O Estado, embora frequentemente distante e negligente, nunca está totalmente ausente. Os residentes continuam votando, trabalhando em áreas formais da cidade, mandando seus filhos para a escola sempre que possível e recebendo os benefícios públicos oferecidos. Acima de tudo, a polícia geralmente pode entrar à vontade, embora nem sempre sem lutar. Contudo, raramente fica; poucos Estados contestam a governança criminal de forma sustentada, mesmo em meio a “guerras ao crime” militarizadas. Em vez disso, surge um *modus vivendi* tenso, mas estável. Tipicamente, se você perguntar às pessoas “quem é que manda aqui?”, a resposta é clara: a gangue, a mara, a milícia, a facção, o coletivo ou o cartel. Os moradores sabem disso, assim como a polícia, os políticos e, cada vez mais, os pesquisadores.³

Ainda, segundo o autor, “a governança criminal não constitui uma ameaça existencial ou mesmo uma alternativa contundente à governança estatal. Em vez disso, é, por natureza, enraizada (*embedded*) em uma esfera maior de governança do Estado. Às vezes, está fisicamente enraizada: muitas organizações criminosas governantes, incluindo as poderosas facções do Brasil, começaram como gangues penitenciárias (*prison gangs*) e continuam governando grandes massas carcerárias. Elas obtêm uma autonomia significativa dos guardas, embora permaneçam contidas, cercadas e sujeitas à força coercitiva do Estado.

¹ LESSING, Benjamin. Governança criminal na América Latina em perspectiva comparada: Apresentação à edição especial. In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 1-10.

² Segundo o pesquisador, a governança criminal ocorre quando num determinado território ou comunidade uma organização criminosa exerce poder de mando e o Estado não consegue intervir ou influir de nenhum modo nesse espaço definido por um território ou por uma comunidade. Por conseguinte, os criminosos conseguem manter um tipo de organização paralela a organização formal estatal com forte direção e controle sobre a rotina das pessoas que ali vivem. As pessoas sob a governança criminal obedecem, seja por medo ou conformismo, a uma forma esdrúxula de governança ilegal diretamente relacionada a intuitos criminosos, como exemplo, o tráfico de drogas e a manutenção de milícias. (LESSING, Benjamin. “**Conceptualizing Criminal Governance**”. *Perspectives on Politics*, vol. 19, n. 3, pp. 854-73, 2021)

³ LESSING, Benjamin. Governança criminal na América Latina em perspectiva comparada: Apresentação à edição especial. In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 1-10.

A governança criminal também pode ser enraizada em um sentido metafórico: organizações criminosas governam mercados ilícitos, como o varejo de drogas, que só existem de forma ilícita porque os Estados promulgaram e aplicaram a proibição. De fato, não pode haver nada “criminoso” sem um Estado para criminalizá-lo.”⁴

Por outro lado, “o Brasil implementa uma concepção de segurança pública dissociada dos problemas enfrentados pelo sistema de Justiça criminal. A experiência recente de posituação de alguns vetores político-criminais e de diretrizes para a segurança pública, cuja aplicação esbarra na peculiar forma federativa brasileira, tem se revelado problemática e inconclusa, na medida em que experimenta as dificuldades recentes da produção legislativa no campo penal como um todo.”⁵

Nesse contexto, em determinados tipos de ilícitos penais, especialmente aqueles cometidos por organizações criminosas, os instrumentos tradicionais de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal (ex: prova testemunhal, documental etc.) são absolutamente ineficientes e insuficientes para a persecução penal. Isso porquanto nesses grupos impera a lei do silêncio, imposta pela violência e pela cultura da supressão da prova, sem contar ainda o apoio tecnológico, estrutural e o planejamento aprimorado que estas Organizações contam na prática de delitos, fatores estes (somados à ausência de políticas públicas) que intensificam ainda mais a insuficiência do Estado na colheita da prova e no enfrentamento desses grupos criminosos estruturados.

Diante da evidente insuficiência de métodos tradicionais de obtenção de prova para a efetiva apuração e persecução de crimes envolvendo organizações criminosas, corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, algumas Convenções Internacionais passaram a adotar “Técnicas Especiais de Investigação” (também sob a sigla TEI), a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 50) e a Convenção de Palermo (art. 20), ambas ratificadas e promulgadas pelo Brasil respectivamente pelos Decretos nº 5.5687/2006 e 5.015/2004. Também, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (ratificada e promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 154/1991) adotou “Técnicas Especiais de Investigação”, embora sem fazer uso dessa expressão.⁶

Consequente, de forma a garantir maior segurança jurídica na coleta de provas – tanto para o acusado, como para o próprio Estado) foi editada a Lei nº 12.850/2013 (Nova Lei de Combate às Organizações Criminosas), que revogou a antiga Lei nº 9.034/1995, repetindo o rol (com alguns acréscimos e adaptações) das “Técnicas Especiais de Investigação” (sob a nomenclatura: “meios de obtenção de prova” – art. 3º caput da Lei nº 12.850/2013), só que agora disciplinando praticamente todos os procedimentos, tais como a ação controlada, a infiltração de agentes e a colaboração premiada. Em seguida, Em 2017, o nosso ordenamento jurídico passou a regular, a partir da Lei nº 13.441 de 08 de maio de 2017, também o instituto da “infiltração virtual” (abrange a internet e a *deep web*,

⁴ LESSING, Benjamin. Governança criminal na América Latina em perspectiva comparada: Apresentação à edição especial. In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 1-10.

⁵ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Segurança pública e os dilemas de uma democracia em crise. **Justiça Criminal e Democracia** - MACHADO, Bruno Amaral (org.). São Paulo: Marcial Pons; FESMPDFT, 2013, p. 345-366.

⁶ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 194-195.

sendo esse segundo um espaço virtual mais utilizado para a prática do ilícito), destinada à investigação dos crimes de: a) pedofilia (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA); b) crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis: estupro de vulnerável (artigo 217-A do CP), corrupção de menores (artigo 218 do CP), satisfação de lascívia (artigo 218-A do CP) e favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218-B do CP); e c) invasão de dispositivo informático (artigo 154-A do CP),

A novidade, portanto, não foi a instituição da figura do agente infiltrado (já prevista no artigo 53, I, da Lei 11.343/06, bem como no artigo 10 da Lei 12.850/13 e artigo 20 da Convenção de Palermo – Decreto 5.015/04), mas a normatização dessa técnica investigativa em meio cibernético.

Em 2019, por sua vez, foi editada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), que aperfeiçoou⁷ a legislação penal e processual penal, incluindo a Lei nº 12.850/2013, trazendo mudanças no instituto analisado.

Sobre o tema deste trabalho, há grandes debates, dentre os quais destacam-se: os limites da atuação do agente policial infiltrado, sob a luz dos valores da eficiência e do garantismo e seus reflexos para o processo penal; como o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado na aferição dos limites do agente infiltrado nas organizações criminosas; a perspectiva processual e probatória do instituto; o dilema ético inerente ao meio de investigação; a responsabilização penal do agente pelas condutas praticadas na condição de infiltrado; a atuação do agente infiltrado como agente provocador e a validade das provas colhidas por esse; a possibilidade de utilização da prova obtida pelo agente infiltrado como base para a condenação; os limites da produção probatória pelo agente infiltrado; a oitiva do infiltrado como testemunha e a compatibilização deste meio de investigação de provas com as garantias constitucionais.

Primeiramente, deve-se considerar que essa técnica extraordinária de obtenção de provas traz consigo debates éticos, consideráveis riscos à integridade física e psicológica do agente infiltrado, limitações inúmeros direitos fundamentais como a intimidade, a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações, não só do investigado, mas também de terceiros.

Daí a necessidade, segundo o Min. Rogério Schietti, “de que essas novas formas de investigação passem pelo filtro de ponderação frente aos direitos fundamentais, mesmo porque é de difícil sustentação ética o recurso estatal a meios tão invasivos”, em que, como o ora analisado, “a ação de agente público se desenvolve com o recurso ao engodo, à dissimulação e à mentira”⁸

Some-se a isso o fato de que o agente infiltrado deverá, necessariamente, prestar declarações de forma encoberta, mantendo sua identidade sob sigilo, para segurança sua e de sua família – o que certamente restringe a amplitude do direito de defesa do acusado. Por isso, esta condição, também, restringe às possibilidades de valoração dessas declarações pelo juiz.

⁷ Essa palavra é a empregada no título da Lei: “Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”; e no seu artigo 1º “Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.” BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm> Acesso em: 23 Jun 2022.

⁸ STJ - Sexta Turma - RHC 57.023/RJ - Voto Vencido Min. Rogério Schietti Cruz - j. em 08.08.2017 - DJe de 16.08.2017.

Essa dissertação, portanto, objetiva o estudo da infiltração policial e o regime jurídico aplicado. A problematização se dirige à institucionalidade do meio especial de obtenção de prova (a partir da técnica especial de investigação) quando os fatos noticiados são objeto de imputação em juízo.

A infiltração de agentes consiste em um método de investigação de prova por meio do qual um agente, mediante prévia autorização judicial⁹, infiltra-se em uma organização criminosa, simulando a condição de um integrante, com o objetivo de obter informações sobre o seu funcionamento.¹⁰

Como o tema comporta vários desdobramentos, nos ateremos ao estudo da infiltração policial e a discricionariedade persecutória do Estado com relação aos fatos praticados pelo agente infiltrado, por conta da contaminação das provas por ele produzidas, com base na Lei nº 12.850/13.

Este trabalho se justifica pela necessidade de o Estado institucionalizar a infiltração policial para opor-se a crescente evolução e desenvolvimento do crime organizado em nível internacional, que é constituído por um núcleo fechado de integrantes, o que resulta em um isolamento dos ambientes externos; considerando que os meios convencionais de investigação, como perícias, interrogatórios, vigilâncias e observações, não são suficientes para a elucidação de fatos envolvendo a criminalidade organizada, muito menos servem para a punição dos envolvidos. Portanto, em razão da constante evolução das organizações criminosas, normativamente, é preciso regular a infiltração.

Nesse cenário, o presente estudo tem por **objetivo geral** analisar como o órgão acusador operacionalizará para imputar aos membros da organização criminosa os fatos trazidos pelo agente infiltrado. Como a infiltração de agentes é institucionalizada pelo sistema de justiça no momento de traduzir os fatos revelados pela investigação em fatos imputados no processo penal em juízo.

Partindo da premissa de que a infiltração de agentes é uma obrigação mandamental instituída pela Convenção de Palermo e ratificada pelo Brasil, portando de regulação e regulamentação obrigatória; da premissa de que é um meio de obtenção de prova que usualmente se filia a uma tradição ou modelagem de ampla discricionariedade; chegamos à seguinte **problema de pesquisa**: como operacionalizar a Técnica Especial de Investigação denominada infiltração policial, prevista na Lei nº 12.850/13, em um país de reduzida discricionariedade persecutória? E como imputar os fatos criminosos trazidos pelo agente infiltrado aos membros da organização criminosa? Denunciará todos os fatos, incluindo os que o agente infiltrado concorreu ou participou?

Como **resposta ao problema de pesquisa**, nota-se que, na atuação do agente infiltrado, o que importa é o que ele efetivamente obteve como prova. Um dos desafios encontrados são os fatos imprestáveis na obtenção da prova, por conta da sua intervenção no curso causal, contaminando os elementos de informação produzidos. Nesse sentido, para resolver esse problema, o Ministério Público deve fazer uma clivagem (limpeza, separação, refinamento, filtragem) dos fatos em que o agente infiltrado concorreu e participou – não oferecendo a denúncia contra este, afastando o concurso de pessoas e a responsabilidade do agente infiltrado como garante. Por outro lado, deverá oferecer a denúncia dos outros fatos criminosos em que o agente infiltrado não concorreu ou participou. Isso, porquanto o

⁹ Para o STF, “São ilegais as provas obtidas por policial militar que, designado para coletar dados nas ruas como agente de inteligência, passa a atuar, sem autorização judicial, como agente infiltrado em grupo criminoso. (STF. 2ª Turma. HC 147837/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/2/2019 (Info 932).

¹⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86.

que interessa não são os fatos de que ele toma parte, e sim os que ele descobriu. Não se pode introduzi-lo no curso causal, sob pena de se contaminar o fato. Logo, o agente infiltrado não será responsabilizado penalmente.

Dessa forma, as ações em que o infiltrado interfere no curso causal não serão objeto de imputação pelo Ministério Público. Por outro lado, as ações em que não houver a interferência do infiltrado serão descritas e imputadas.

Na **segunda seção**, analisaremos o crime organizado no Brasil e a necessidade do emprego de técnicas especiais de investigação para o seu enfrentamento, levando em consideração as características peculiares das organizações criminosas que tornam ineficazes os métodos ordinários de investigação criminal.

Na **terceira seção**, estudaremos a infiltração policial como instrumento de produção de prova para o enfrentamento do crime organizado, trazendo seu conceito, características, sua abordagem pelos Tratados e Acordos Internacionais, especialmente pela Convenção de Palermo, e no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com a edição da Lei nº 12.850/2013, que trouxe mais segurança jurídica a esse instrumento de investigação.

Já na **quarta seção**, abordaremos a natureza jurídica da infiltração policial e seu enquadramento legal como meio de obtenção de prova e não como meio de prova (essa distinção é fundamental, porquanto se a comprovação dos fatos descobertos pelo agente infiltrado depender da indicação dos fatos de que o agente infiltrado tomou parte, é porque essa infiltração não foi bem executada, não foi bem sucedida, não foi bem aproveitada; essa é a preocupação), ou seja, como um instrumento regulado por lei e por tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, com o objetivo de conseguir as provas materiais. Logo, é um instrumento extraprocessual. Existe um problema aqui: técnica especial de investigação pressupõe liberdade, maior espaço decisório na escolha do fato que vai ser objeto da persecução penal.

Em seguida, na **quinta seção**, trouxemos à baila um dilema epistemológico: a interferência do agente infiltrado no curso causal do fato criminoso e o aproveitamento das provas produzidas por sua atuação no seio das organizações criminosas. Para tanto, apresentamos três hipóteses cabíveis: 1) aproveitamento das declarações do agente infiltrado, na condição de testemunha, como prova em processo penal e sua validade jurídica; 2) aproveitamento das provas que o agente infiltrado obteve interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa; e 3) aproveitamento das provas que o agente infiltrado obteve não interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa.

Dáí propomos a resposta ao problema de pesquisa, oferecendo como solução a realização da clivagem (limpeza, separação, refinamento, filtragem) dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa, a depender da concorrência ou participação do agente infiltrado.

Por fim, trazemos quatro casos concretos de infiltração policial no Brasil, em que se pode perceber as dificuldades operacionais e probatórias.

O trabalho não é uma compilação de informações, por trazer à baila análise de um problema de pesquisa pouco enfrentado nesse ponto, que é o aproveitamento das provas produzidas pelo agente infiltrado, considerando a sua intervenção no curso causal dos crimes que ele, porventura, venha a praticar, e a reduzida discricionariedade persecutória do Estado. Ressalte-se, ademais, que a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) trouxe mudanças importantes para o tema, que serão analisadas no presente trabalho, destacando-se o que já foi escrito e o tornando atual, merecendo sua leitura acurada.

Por outro lado, este trabalho pretende trazer soluções e balizas jurídicas para a atuação dos órgãos persecutórios estatais na sua forma de atuação, de modo a evitar a contaminação das provas e, conseqüentemente, a anulação dos processos penais e a impunidade dos membros das organizações criminosas. Interessa, não só aos que operacionalizam a técnica especial de investigação, mas igualmente aos que lidam com os fatos noticiados a partir dessa técnica em juízo e seu regime probatório

Será utilizado o método hipotético-dedutivo, a partir de uma linha crítico-metodológica centrada na vertente jurídico-dogmática. Sua técnica de pesquisa é do tipo jurídico-compreensivo (ou jurídico-interpretativo) e abrange a revisão da literatura e a análise documental a partir dos textos normativos e julgados especialmente selecionados como ilustrativos da problematização indicada.¹¹

Utilizaremos também o método argumentativo, baseado no rigor intelectual para demonstrar o raciocínio, com o objetivo de conhecer o objeto de estudo e de convencer. O objetivo é permitir que a argumentação jurídica a ser desenvolvida seja trazida da primeira parte do trabalho até a última, sendo essa argumentação costurada por um fio condutor nítido, que conduzirá o leitor ao desencadeamento lógico da argumentação e, portanto, à lógica da construção do texto.¹² O método utilizado abrangerá técnicas organizacionais para construir o roteiro do raciocínio jurídico, com o escopo de convencer.¹³

Segundo o método, a construção da argumentação jurídica começa com um processo de problematização e será completada por uma técnica de sintetização de argumentos, e será refletida na construção do sumário, que transparecerá o pensamento do autor e a sua demonstração, ou seja, constituirá as vértebras do raciocínio”.¹⁴

O trabalho operacionalizou com quatro **hipóteses**: a) a infiltração de agentes policiais, prevista na Lei nº 12.850/13, é um meio (técnica) especial de obtenção de prova; b) a infiltração policial conduz a uma clivagem (limpeza, separação, refinamento, filtragem) dos fatos noticiados; c) as ações em que o infiltrado interfere no curso causal não serão objeto de imputação; d) as ações em que o infiltrado não interfere são descritas e imputadas.

Espera-se, assim, provocar o debate e a atenção de todos sobre o universo da validade das provas, especialmente da infiltração de agentes policiais, tão em voga nos dias atuais, um mundo à parte do procedimento ou processo penal, analisado da forma mais consistente possível para que nenhum ponto relevante ficasse esquecido e não fosse objeto de apreciação, não sendo pretensão, porém, esgotar todo o tema.

Para tanto, o trabalho principia com o estudo do crime organizado, que tem exigido uma forte intervenção do Estado, com a adoção de técnicas especiais de investigação, de modo a exprimir a incapacidade dos países de enfrentarem graves crimes.

¹¹ GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 21 a 29.

¹² MONEBHURRUN, Nitishi. **Manual de Metodologia Jurídica: técnica para argumentar em textos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

¹³ MONEBHURRUN, Nitishi. **Manual de Metodologia Jurídica: técnica para argumentar em textos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

¹⁴ MONEBHURRUN, Nitishi. **Manual de Metodologia Jurídica: técnica para argumentar em textos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

2 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E A NECESSIDADE DO EMPREGO DE TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO PARA SEU ENFRENTAMENTO

A maioria das cidades da região da América Latina tem altas taxas de violência e em grande parte delas existem organizações criminais variadas, com diferentes características, tamanhos e formas de controle territorial e populacional. Muitos estudos recentes propõem que as organizações criminosas adquiriram poder suficiente para enfrentar o governo e disputar com ele o controle de territórios e populações.¹⁵

Mas a tendência não é unívoca nem temporal nem territorialmente. Embora os governos urbanos tenham dificuldades crescentes diante das organizações criminais que supostamente competem com o Estado pelo “monopólio da coerção”, os desafios para governar as metrópoles são mais amplos e não se reduzem ao controle territorial, social ou coercitivo.¹⁶

A macrocriminalidade tem evoluído de forma constante e vertiginosa, em especial quando a gravidade une os componentes de organização e transnacionalidade. Nesse contexto, tem-se desenvolvido, como peça chave, um novo cenário dentro da “sociedade de risco” marcada por uma crise de Administração da Justiça, mais pressionada no campo penal, sendo um dos fatores dessa situação a ineficiência dos meios ou técnicas tradicionais de investigação criminal. Com efeito, até hoje a fórmula ideal ainda não foi alcançada, respeitadora de direitos e garantias processuais constitucionalizadas, que consegue limitar os avanços da criminalidade pós-moderna sem ter que usar métodos de busca de provas e informações que ferem os direitos fundamentais da pessoa do investigado.¹⁷

Diante desse panorama apresentado, surge o nosso interesse em estudar o tema da atuação da figura denominada “agente infiltrado”. Partindo da premissa de que o crime organizado atingiu níveis de sofisticação e estruturação logística semelhante às grandes empresas, chegando a causar sérios problemas ao nível da segurança internacional, torna-se imperioso que as agências de persecução penal utilizem o trabalho de agentes infiltrados como forma de penetração no ambiente fechado e demarcado por uma lei implacável do silêncio, de grupos criminosos.

Para aprofundarmos no estudo da infiltração policial, torna-se imprescindível entendermos o contexto do crime organizado com que convivemos, para que possamos compreender o porquê da necessidade da utilização de Técnicas Especiais de Obtenção de Provas, como a infiltração policial.

O crime organizado tem suas origens remontadas a meados do século XVI ou início do século XVII. As organizações criminosas mais antigas são as Máfias Italianas, a Yakuza Japonesa e as Triads (Tríades) chinesas.¹⁸

¹⁵ LESSING, Benjamin. Governança criminal na América Latina em perspectiva comparada: Apresentação à edição especial. In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 1-10.

¹⁶ LESSING, Benjamin. Governança criminal na América Latina em perspectiva comparada: Apresentação à edição especial. In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 1-10.

¹⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p, p. 15.

¹⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado** – procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19-24.

Em sentido contrário, Zaffaroni afirma que o crime organizado, assim como entendemos hoje, é fruto do século XX, não existindo fenômeno com o qual seja possível compará-lo nos tempos passados. Isso pois a criminalidade organizada, de acordo com o autor, seria concebível apenas em um mundo capitalista – sendo impossível, sua existência, portanto, em um ambiente pré-capitalista.¹⁹

Assim, para ele

[...] o “organized crime” como tentativa de categorização é um fenômeno do nosso século, e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo que remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria, etc.²⁰

Até meados de 2012, a grande dificuldade no estudo da criminalidade organizada estava centrada na controvérsia doutrinária a respeito da existência ou inexistência (jurídica) das organizações criminosas, que ficou bem delineada no Brasil por dois discursos encampados em duas teorias: Teoria do Mito e Teoria da Conspiração.²¹

Segundo a Teoria do Mito, a terminologia “organizações criminosas” encontra-se umbilicalmente associada a um modo de vida, a uma forma de proceder em sociedade, de resistência a um poder central. Em um primeiro momento histórico, na Itália, as máfias estavam associadas a quem oferecia proteção aos cidadãos contra assaltantes externos. Com o tempo, se transmuda e passa a atuar em atividades ilegais.²²

Para os autores que defendem este discurso do mito (Eugênio Raúl Zaffaroni, Juarez Cirino dos Santos, Faria Costa e Ada Pellegrini Grinover), o que se tem é uma imposição imperialista aos países periféricos de um modelo de criminalidade existente nos Estados Unidos da América e na Itália, em que se arquiteta uma legislação mitigadora dos direitos e garantias do indivíduo, em evidente descompasso com a nossa tradição jurídica. Dessa forma, a tradição jurídica brasileira, para o discurso do mito, não comportaria colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes e entrega vigiada, pois violariam as garantias constitucionais. Para essa teoria, dever-se-ia utilizar somente do sistema comum de provas traçado no Código de Processo Penal, por ser menos invasivo aos direitos fundamentais.²³

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: **Discursos Sediosos**, a1, v. 1. Rio de Janeiro: Relume/Dumará, 1996, p. 46.

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: **Discursos Sediosos**, a1, v. 1. Rio de Janeiro: Relume/Dumará, 1996, p. 46.

²¹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 13.

²² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 13.

²³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 13.

Segundo Zaffaroni, para o discurso do mito não existem organizações criminosas, sendo o conceito uma criação ou categoria forjada a partir da história.^{24 25}

Esse discurso do mito, normalmente constitui a espinha dorsal de uma linha argumentativa daqueles que advogam para as organizações criminosas, como uma estratégia de defesa. Veja-se que alguns chegam a negar a necessidade de se conceituar o crime organizado e outros se preocupam muito com a questão das garantias processuais.²⁶

Segundo a Teoria da Conspiração, as organizações criminosas acumulam enormes ganhos financeiros, bem como operam na cooptação de agentes públicos por meio da corrupção e da intimidação, alcançando, com sua estrutura hierarquicamente organizada, órgãos ligados à persecução penal (Ministério Público, Polícia e Poder Judiciário).²⁷

Segundo Baltazar, o discurso da teoria da conspiração acredita que as organizações vão suplantar o Estado de Direito e transformá-lo em Estado Criminoso. Luiz Flávio Gomes refuta ambos os discursos, pois, segundo ele, estão eivados de equívocos, haja vista que toda e qualquer resposta penal às organizações criminosas calha por uma opção político-criminal, vale dizer, deve concretizar-se por meio de uma “sistematização das estratégias, táticas e meios de controle social da criminalidade.”²⁸

Para ele, do ponto de vista instrumental, devemos seguir as racionalidades do poder punitivo clássico, idealizado pelo iluminismo (no século XVIII) e fundado na tutela subsidiária de bens jurídicos individuais (vida, patrimônio etc.).²⁹

O enfrentamento ao crime organizado continua sendo prioridade em quase todo o mundo, pois se está diante de redes de criminalidade preparadas para infiltrar agentes na estrutura do Estado, corrompendo funcionários e estabelecendo vantagens indevidas de toda a ordem.³⁰

Não obstante, ante a incapacidade de refrear a criminalidade, o Estado vê-se na contingência de fazer minimizar os efeitos da criminalidade sobre a sociedade e a necessidade de preservação do sistema de direitos fundamentais que, para além de conquista da sociedade democrática ocidental é a própria justificativa do Estado que surge, primeiro, nos Estados Unidos da América, depois na França da Revolução de 1789, quando se depõe o Ancien Régime.³¹

²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: **Discursos Sediosos**, a1, v. 1. Rio de Janeiro: Relume/Dumará, 1996, p. 46.

²⁵ Ressalte-se que Zaffaroni mudou seu entendimento, passando a reconhecer o crime organizado como categoria.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 15.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 15.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 16.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 20.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 5.

³¹ GUIMARÃES, Isaac Newton Belota Sabbá. **Agente provocador, agente infiltrado e o novo paradigma de processo penal**. Revista Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-66/agente-provocador-agente-infiltrado-e-o-novo-paradigma-de-processo-penal/>> Acesso em 26jan21.

2.1 Surgimento e expansão das organizações criminosas no Brasil

No Brasil, a origem da criminalidade organizada está ligada ao movimento chamado Cangaço, atuante entre o sertão nordestino entre o final do século XIX e o início do século XX. Esse movimento remonta à atuação dos jagunços e capangas e o próprio coronelismo nessa região, resultantes da história e da colonização do nordeste brasileiro. Os cangaceiros se organizavam de maneira hierárquica e atuavam em diversas frentes ao mesmo tempo, realizando saques, extorquindo dinheiro e até mesmo praticando sequestros. Para tanto, se aproveitavam de seu relacionamento com grandes fazendeiros e lideranças políticas e na colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.³²

Consequente, no início do século XX, surgiu, no Rio de Janeiro-RJ, a prática da contravenção penal do “jogo do bicho”, que envolve o sorteio de prêmios a apostadores, mediante o recolhimento de apostas.³³

Segundo Eduardo Araújo da Silva, é o “jogo do bicho” que é reconhecido como a primeira manifestação da criminalidade organizada no Brasil. Essa infração penal surgiu, despretensiosamente, como um jogo de azar, com a finalidade de arrecadar dinheiro para salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Todavia, esse jogo foi posteriormente popularizado e patrocinado por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante a corrupção de agentes públicos, como policiais e políticos.³⁴

Hodiernamente, o crime organizado engloba um rol muito maior de infrações penais, que vão desde tráfico de animais silvestres até o desvio de dinheiro público do erário público para contas particulares abertas em paraísos fiscais localizados no exterior, ou seja, a lavagem de capitais. Nesses crimes, engendra-se intrigada estrutura organizacional, envolvendo, não raramente, servidores públicos e membros dos três poderes do Estado.

Por outro lado, nas décadas de 70 e 80 surgiram outras organizações criminosas mais novas e violentas nas penitenciárias fluminenses, como a “Falange Vermelha”, o “Comando Vermelho – CV” e o “Terceiro Comando”. Mais recentemente, em meados da

³² SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado** – procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

³³ Em 1892, João Batista Vianna de Drummond, ou simplesmente Barão Drummond, criou o jogo do bicho. Depois de ser nomeado barão pelo imperador D. Pedro II, o nobre abriu um zoológico no então distante bairro de Vila Isabel, na cidade do Rio de Janeiro. Com a Proclamação da República em 1889, o barão deixou de receber ajuda financeira do governo e seu estabelecimento ficou comprometido. Para remediar a situação, Drummond criou uma espécie de jogo para estimular as visitas ao zoológico: todos os dias um pequeno papel com a anotação e o desenho de algum dos 25 animais do zoológico era colocado num quadro e içado ao alto de um poste. Cada visitante ao entrar no parque recebia um bilhete com um dos bichos e no fim do dia, aqueles que tivessem o bilhete com o mesmo animal que estava no quadro, recebia um prêmio de 20 vezes o valor do ingresso. Em pouco tempo o jogo ficou popular, e a ideia do barão começou a ser utilizada fora do zoológico somente para apostas. Montaram-se então bancas em bares e padarias por toda a cidade sob o controle de um grupo que assegurava o pagamento dos prêmios e a idoneidade dos resultados. (LACERDA, Martins. Bicharada: como e quando surgiu o jogo do bicho? **Revista Galileu**. Ed. 187, fev/07. São Paulo, disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT954023-1716,00.html>> acessado em: 10 Jan 21).

³⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado** – procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

década de 90, surge nas penitenciárias paulistanas o mesmo tipo de organização criminosa, com a criação do “Primeiro Comando da Capital – PCC”.³⁵

Segundo Fernando Salla³⁶, até o surgimento desses grupos organizados, existiam nos presídios líderes individuais, ou mesmo quadrilhas, que faziam valer suas determinações à massa carcerária, mas que não possuíam uma identidade que o mantivesse unido e coeso por muito tempo.

A origem do crime organizado de natureza popular dentro dos presídios brasileiros é, de fato, uma das características marcantes do fenômeno da criminalidade brasileira, sendo o que a distingue das formas mais comuns de emergência desses grupos no resto do mundo.

Enquanto na maioria dos países as organizações criminosas surgem baseadas em identidades étnicas ou raciais, ou mesmo em afinidades criadas a partir do grupo social ao qual pertencem seus membros, no Brasil o crime organizado popular tem por elemento agregador a prática anterior de delitos – considerando que seus membros se conhecem nos estabelecimentos prisionais –, a própria condição de encarcerados, e, ainda, certa identificação de nível social, haja visto o fato de a maior parte dos presos serem oriundos da camada mais pobre da população brasileira.³⁷

Nesse contexto, a criminalidade organizada no Brasil principiou sua organização dentro dos presídios brasileiros na década de 1970, no Estado do Rio de Janeiro, com o surgimento do “Comando Vermelho-CV”, grupo que até hoje é um dos expoentes na criminalidade organizada do Brasil. A teoria mais difundida para o seu surgimento é a que afirma ser ele o resultado da mistura de presos comuns com presos políticos dentro do mesmo estabelecimento criminal, muito embora existam outras.³⁸

Nos anos 1990, a criminalidade passou a se organizar também nos presídios de São Paulo, onde o destaque é, sem dúvidas, o “Primeiro Comando da Capital – PCC”, surgido em agosto de 1993 na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira, em Taubaté. O grupo teve seu início de atuação como forma de reivindicação contra as precárias condições do sistema prisional.³⁹ Nas palavras de Sérgio Adorno⁴⁰

A história da criação do PCC é bastante conhecida, assim como as três etapas de sua expansão (DIAS, 2013; FELTRAN, 2011), que reconfiguraram a governança do crime na cidade de São Paulo. O encarceramento maciço, formulado e implementado pelo governo estadual, rapidamente promoveu a superpopulação carcerária com todas as consequências esperadas, sobretudo os conflitos mortais entre facções pelo controle dos pontos de venda das drogas, monopólio da coerção física e centralização das

³⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado** – procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

³⁶ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 374-375.

³⁷ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 374.

³⁸ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 366.

³⁹ PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Cortez, 1987, p. 77.

⁴⁰ ADORNO, Sérgio; ALVARADO, Arturo. Criminalidade e a governança de grandes metrópoles na América Latina: Cidade do México (México) e São Paulo (Brasil). In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 79-115, p. 101.

oportunidades de poder (DIAS, 2013). Das prisões, o PCC transitou e se fortaleceu nos bairros, criando intenso intercâmbio prisão-cidade-prisão (GODOI, 2015). Passados os anos de sua consolidação, há evidências de que o PCC esteja adentrando uma quarta fase com a reorientação de suas atividades ilegais para a internacionalização do mercado de drogas com a consequente transferência do poder decisório da capital do estado para a zona portuária.

Por outro lado, a sua existência como organização criminosa apenas foi reconhecida pelas autoridades quase uma década após sua criação, em 2001 – com o evento conhecido como “Megarrebelião”, durante o qual, sob o comando dos membros do “PCC”, cerca de trinta estabelecimentos prisionais do estado de São Paulo, onde havia 29 mil presos, entraram simultaneamente em rebelião, de forma orquestrada.⁴¹

Cabe ressaltar que o próprio ambiente prisional favoreceu de todas as formas o fortalecimento e a manutenção de grupos organizados no interior das prisões brasileiras. As deficiências de autoridade para manutenção da ordem interna possibilitaram que as lideranças das organizações aproveitassem de toda e qualquer possibilidade o lucro no interior do sistema penitenciário – tráfico de drogas, extorsão de outros presos e de seus familiares, controle de locais e atividades, entre outras – para consolidar seu poder sobre os outros presos. Some-se a isso, o fato de essas mesmas lideranças se aproveitarem da precariedade do sistema penitenciário para oferecer assistência material a outros presos dentro e fora das prisões, resultando numa relação de dependência do preso para com o grupo criminoso.⁴²

Além disso, atuando de maneira similar, esses grupos organizados foram, também, estendendo seu campo de atuação para fora dos presídios, passando a ter participação importante em atividades criminosas lucrativas – especialmente o tráfico de drogas – nos bairros pobres do Rio de Janeiro e São Paulo.⁴³

O principal negócio do PCC permanece sendo o mercado ilegal de drogas, sobretudo cocaína. Conforme dados oficiais, cresceram substantivamente as taxas de ocorrências de consumo ou tráfico ilegal de drogas entre 1996 e 2019.⁴⁴

A própria política criminal desenvolvida no Brasil no final do século XX, em conjunto com as medidas administrativas tomadas no âmbito penitenciário do mesmo período, mostraram-se decisivas para o surgimento e o recrudescimento da criminalidade organizada nas prisões.

Desde os anos 1950, a política penitenciária brasileira vem sendo concebida unicamente como resposta a problemas pontuais e emergenciais – rebeliões, fugas,

⁴¹ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 366.

⁴² SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 375.

⁴³ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 376.

⁴⁴ ADORNO, Sérgio; ALVARADO, Arturo. Criminalidade e a governança de grandes metrópoles na América Latina: Cidade do México (México) e São Paulo (Brasil). In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 79-115, p. 101.

instabilidades do sistema em geral –, não se preocupando com a manutenção do sistema a longo prazo. Não se busca uma solução para as causas que levaram às respectivas crises.⁴⁵

As medidas administrativas disciplinares tomadas no âmbito interno dos presídios a partir da década de 1980 também podem ser consideradas responsáveis pela evolução da criminalidade organizada no país. Os grupos “Falange Vermelha” e “Primeiro Comando da Capital – PCC”, por exemplo, são resultado direto das medidas de isolamento de presos na Ilha Grande⁴⁶, o Rio de Janeiro, e no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté⁴⁷, em São Paulo, respectivamente.⁴⁸

Não há evidências de que o PCC tenha substituído o governo municipal e estadual na gestão das cidades, muito menos de São Paulo. Não obstante, sua presença é irrefutável e seu domínio sobre parcelas substantivas do território urbano é realidade que não pode ser negada.⁴⁹

Nesse contexto, percebe-se que as organizações criminosas no Brasil se constroem e se apresentam com feições de facções criminosas. Ademais, possuem uma parcela importante presente nos factionamentos do sistema prisional, causados pela má estrutura prisional.⁵⁰ Com efeito, somente é possível desvendar a estrutura de uma facção criminosa por meio da técnica da infiltração.

⁴⁵ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 379.

⁴⁶ A Ilha Grande foi utilizada com sede de unidades especiais de isolamento de presos desde o final do século XIX. Nos anos 1930, foi transformada em presídio político, onde os presos eram isolados e torturados (SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 377).

⁴⁷ O Anexo da Casa de Taubaté foi inaugurado em 1985. Pouco depois da sua inauguração, foi transformado no Centro de Readaptação Penitenciária (Dec. Estadual 23.571, de 17/06/1985), destinado a presos violentos – em geral, líderes de rebeliões –, os quais eram mantidos ali sob duras condições de encarceramento e isolamento. Posteriormente, uma Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, que deveria ser ali implantado. Na prática, a Resolução SAP apenas formalizava o regime disciplinar que há tempos já vinha sendo aplicado na Casa de Custódia. A Lei nº 10.792, DE 10/12/2003, editada posteriormente, veio conferir legalidade ao RDD (SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 377)

⁴⁸ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 376.

⁴⁹ LESSING, Benjamin. Governança criminal na América Latina em perspectiva comparada: Apresentação à edição especial. In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 1-10.

⁵⁰ É o “estado de coisas inconstitucional”, já reconhecido pelo Judiciário na ADPF 347/DF. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Daniel Sarmento igualmente lembra que um exemplo riquíssimo de diálogo institucional na proteção de direitos ligados ao mínimo existencial vem da jurisdição constitucional colombiana e se liga ao reconhecimento

2.2 Evolução conceitual de Organização Criminosa no Brasil e as políticas públicas para seu enfrentamento

A criminologia norte americana concebeu a expressão *Organized crime* em 1919, que tem por significado literal Crime Organizado (no Brasil).⁵¹

Para Juarez Cirino dos Santos apud Luiz Flávio gomes, a expressão *Organized crime* surgiu para designar:

[...] um feixe de fenômenos delituosos mais ou menos indefinidos, atribuídos a empresas do mercado ilícito da economia capitalista criado pela “lei seca” do Volstead act, de 1919 – portanto, uma categoria ligada ao aparecimento de crimes definidos como mala quia prohibita, por oposição aos crimes definidos como mala in se.⁵²

Sempre existiu grande dificuldade para conceituação do crime organizado ou organização criminosa. Esse termo causou grandes discussões por conta da falta de previsão legal e dos escassos estudos sobre o tema. Dessa forma, o conceito de crime organizado ou organização criminosa, é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Nas palavras de Yacobucci, essa espécie de associação criminosa

[..] deve representar um maior grau de agressão ou perigo que a simples somatória de pessoas. Por isso se fala de organização ou criminalidade organizada. A estruturação dos participantes é um ponto relevante na questão vez que supõem meios e pessoas orientadas a delinquir em âmbitos sensíveis da convivência. Desde esse ponto de vista, importa o nível de ameaça que representa para a ordem pública em geral, para as instituições políticas do Estado, mas também, e em especial, para o sistema socioeconômico e o respeito pelas regras do jogo que regulam os intercâmbios sociais.⁵³

A conceituação de crime organizado é relevante, não somente para fins acadêmicos, mas pelo fato de se ter criado um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação.

do chamado estado de coisas inconstitucional. Para o autor, “essa técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo permite à Corte Constitucional atuar visando à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais (SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016).

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 33.

⁵² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 33.

⁵³ YACOBUCCI, Guillermo J. Política criminal y delincuencia organizada, in **El crimen organizado**. p. 55-56, tradução livre.

Para Andrea Castaldo, “a criminalidade organizada pode ser vista como uma organização de pessoas com a finalidade de cometer delitos de elevada desvalorização social e claro conteúdo econômico”.⁵⁴

Segundo Nucci, a organização criminosa “é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes”.⁵⁵

Consoante explica Oliveira,

[...] o Federal Bureau of Investigations (FBI) define crime organizado como qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada cujo objetivo seja a busca de lucros através de atividades ilegais. Esses grupos usam da violência e da corrupção de agentes públicos. Já a Academia Nacional de Polícia Federal do Brasil enumera 10 características do crime organizado: 1) planejamento empresarial; 2) antijuridicidade; 3) diversificação de área de atuação; 4) estabilidade dos seus integrantes; 5) cadeia de comando; 6) pluralidade de agentes; 7) compartimentação; 8) códigos de honra; 9) controle territorial; 10) fins lucrativos.⁵⁶

Ocorre que o conceito de “crime organizado” é intrinsecamente fluido, mutável, variando de acordo com as diversas culturas e meios sociais. Gabriele Fornasari, docente da Universidade de Trento, explica que na Itália há tradicionalmente uma identificação entre a criminalidade organizada e a máfia ou outras estruturas que não apenas são protagonistas de atividades delituosas de vários tipos, como também incidem fortemente com a sua presença sobre o tecido social, político e institucional; por outro lado, em outros países o problema da criminalidade organizada se compõe, na realidade, dos problemas setoriais que o fenômeno cria, envolvendo sobretudo um inquinamento da economia legal, mas também graves violações de direitos humanos, como a exploração sexual de mulheres e menores de idade.⁵⁷

Na Espanha, à guisa de exemplo, o art. 282 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Código de Processo Penal) traz em seu item 4 a seguinte definição:

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- c. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

⁵⁴ CASTALDO, A. **La naturaleza económica de la criminalidad organizada**. Disponível em: <<http://www.eldial.com/home/prudentia/pru57/01.asp>>. Acesso em: 09 Jun. 2022.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 12.

⁵⁶ OLIVEIRA, Adriano. Crime organizado: é possível definir? **Revista Espaço Acadêmico**, n. 34, mar. 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm>>. Acesso em: 26 Jun 2022.

⁵⁷ FORNASARI, Gabriele. Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale. In: **Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia**, v. 12, n. 4, p. 897-918, ott./dic. 1999.

- d. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- e. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- f. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- g. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- h. Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.
- i. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- j. Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- k. Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.⁵⁸

No Brasil, o embrião do sistema repressivo contra as organizações criminosas encontrava-se na ementa e no art. 1º da Lei nº 9.034/95, que em sua redação original rezava:

Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.
CAPÍTULO I - Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova
Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

Como se pode notar, a lei 9.034/95, apesar de ser o primeiro diploma normativo que tratou do tema da Organizações Criminosas no Brasil, ao fazê-lo, fez referência ao crime do art. 288 do Código Penal (à época ainda denominado de “quadrilha ou bando”). Dessa forma, Organização Criminosa resumia-se impropriamente ao crime de quadrilha ou bando.

⁵⁸ Tradução do autor:

4. Para os efeitos indicados no n.º 1 deste artigo, considera-se crime organizado a associação de três ou mais pessoas para praticar, de forma permanente ou reiterada, comportamentos que tenham por objeto a prática de um ou mais dos seguintes crimes:
- a. Crime de sequestro de pessoas previsto nos artigos 164 a 166 do Código Penal.
 - b. Crimes relacionados com a prostituição previstos nos artigos 187.º a 189.º do Código Penal.
 - c. Crimes contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica previstos nos artigos 237, 243, 244, 248 e 301 do Código Penal.
 - d. Crimes contra os direitos dos trabalhadores previstos nos artigos 312 e 313 do Código Penal.
 - e. Crimes de tráfico de espécies da flora ou fauna ameaçadas previstas nos artigos 332 e 334 do Código Penal.
 - f. Crime de tráfico de material nuclear e radioativo previsto no artigo 345 do Código Penal.
 - g. Crimes contra a saúde pública previstos nos artigos 368 a 373 do Código Penal.
 - h. Crime de falsificação de moeda previsto no artigo 386 do Código Penal.
 - Ei. Crime de tráfico e armazenamento de armas, munições ou explosivos previstos nos artigos 566 a 568 do Código Penal.
 - J. Crimes terroristas previstos nos artigos 571 a 578 do Código Penal.
 - k. Crimes contra o Patrimônio Histórico previstos no artigo 2.1.e) da Lei Orgânica 12/1995, de 12 de Dezembro, de repressão ao contrabando.

Em seguida, a Lei nº10.217/2001 alterou a redação do art. 1º da Lei nº 9.034/95, para então desvincular a expressão de quadrilha ou bando da expressão organização criminosa, nos seguintes termos: “Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, perturbando ainda mais o significado de “crime organizado”.⁵⁹

Diante dessa bipartição (quadrilha ou bando de um lado e organização criminosa de outro), a expressão “organização criminosa” ficou sem uma definição legal, gerando uma crise de eficácia com relação aos artigos da Lei nº 9.034/95, bem como com relação ao art. 1º, inc. VII da Lei nº 9.613/98 (Lei de lavagem e capitais em sua redação originária).⁶⁰

Apesar de passar a ter previsão legal, a ferramenta investigativa em questão foi apenas autorizada, sem nenhuma regulamentação, deixando algumas lacunas como, por exemplo, o prazo de duração da medida e seus requisitos. Mas o principal problema foi exatamente a falta de definição do que seria uma organização criminosa. Estas e outras questões permearam os debates relativos ao tema até recentemente.

No âmbito da Lei nº 10.792/2003 que modificou o art. 52 da Lei nº 7.210/84, e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, possibilitando incluir preso provisório ou condenado no referido regime, caso recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, a referida lei também não instituiu seu conceito.

Diante desse panorama, verificava-se grande dificuldade ou comodismo do legislativo em estabelecer um conceito legal de organização criminosa.

No dia 12 de março de 2004, foi promulgada no Brasil, por meio do Decreto-Lei nº 5.015/2004, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cognominada “Convenção de Palermo”⁶¹, com status de lei ordinária, ocasião em que o artigo 2, a definiu o que vinha ser “Grupo Criminoso Organizado”, muito embora adotou um conceito vago e impreciso de crime organizado, como se afere da leitura do artigo 2 do diploma em comento, e não tenha tipificado essa conduta associativa.⁶²

Artigo 2

Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

⁵⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Crime organizado. In: **Obra em processo penal**. Organização e notas: GIL, Maria Eugênia. São Paulo: Singular, 2018, p. 699.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 34.

⁶¹ Também conhecida por UNTOC (United Nations Convention on Transnational Organized Crime).

⁶² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 35.

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;

A Convenção inovou ao disciplinar o número de três pessoas para a configuração do grupo. Optou por um número intermediário em relação aos crimes de Associação para o tráfico da atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)⁶³, em que bastam apenas dois agentes para sua configuração⁶⁴; em relação ao crime de Associação Criminosa (Código Penal, art. 288), em que se exige um mínimo de três pessoas para sua configuração⁶⁵ (ressalte-se que a redação anterior, o crime tinha o nomen iuris de quadrilha ou bando, em que se exigia um mínimo de quatro agentes); em relação ao crime de Organização criminosa (Lei nº 12.850/13, art. 1º, §1º), em que se exige o mínimo de quatro pessoas para sua configuração⁶⁶; e em relação à contravenção de Associação secreta (art. 39 da Lei de Contravenções Penais, recentemente revogado pela Lei 14.197/2021)⁶⁷, em que exigia um

⁶³ A Lei de Drogas anterior, Lei nº 6.368/76, também previa a associação de 2 ou mais pessoas para a configuração do crime.

⁶⁴ Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

(BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 23 Jun 2022.)

⁶⁵ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

(BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2006]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 25 Jun 2022.)

⁶⁶ 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.

(BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 25 Jun 2022.)

⁶⁷ Art. 39. Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação: (Revogado pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

mínimo de cinco pessoas para sua configuração. Dessa forma, o artigo 2 da Convenção utilizou o mesmo critério do crime de Associação para o Genocídio, previsto na Lei do Genocídio (Lei nº 2.889/1956, art. 2º), em que exige um número mínimo de três pessoas para sua configuração.⁶⁸

Diante desse conceito de Organização Criminosa estabelecido na Convenção de Palermo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ⁶⁹, inclusive a Recomendação nº 3/2006 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, passou a aceitar o uso desta definição para o direito penal e processual penal interno. Seja para o emprego de meios especiais de obtenção de provas previstos na Lei nº 9.034/95; seja para fins de reconhecimento do crime antecedente do já revogado inc. VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, pois enxergavam o Decreto nº 5.015/2004 como incorporação de uma Convenção Internacional ao ordenamento jurídico, internalizada conforme as regras consuetudinárias do direito internacional.⁷⁰

Por oportuno transcrevermos a Recomendação nº 03, do Conselho Nacional de Justiça, que se manifesta sobre a adoção do conceito de crime organizado transnacional, disciplinado pela Convenção de Palermo, para o julgamento das ações praticadas por organizações criminosas, in verbis:

RECOMENDAÇÃO Nº 3, DE 30 DE MAIO DE 2006

Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências
RECOMENDAR

1. Ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, a especialização de varas criminais, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

2. Para os fins desta recomendação, sugere-se:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto

(BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em 25 Jun 2022)

⁶⁸ Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior: (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.

(BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956**. Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1956]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/12889.htm> Acesso em 25 Jun 2022)

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 77771 / SP**. Brasília, DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz., Dje. 22 de setembro de 2008. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2777771%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2777771%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2777771%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2777771%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 25 Jun 2022.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 35-36.

Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o “grupo criminoso organizado” aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.⁷¹

Posto isso, o mesmo caso concreto ora julgado pelo STJ supra citado, fora reapreciado pelo Supremo Tribunal Federal – STF em 31 de maio de 2012, pela 1ª Turma, na ADI 4414, oportunidade em que o STF decidiu que a conduta praticada era atípica, haja vista a inexistência de conceito legal de organizações criminosas à época. Ultimou ainda que o conceito não poderia ser extraído da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/2004), sob pena de violação à premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX).

A ADI 4414-AL, conforme veremos, teve grande importância por orientar em grande medida o debate sobre a elaboração da Lei nº 12.850/13.

A Lei Estadual nº 6.806, de 22 de março de 2007 do Estado de Alagoas havia criado a 17ª Vara Criminal da Capital, atribuindo-lhe competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados por “organizações criminosas” dentro do território alagoano, determinando, para tanto, a adoção de providências correlatas. A referida lei conceituou, também, “crime organizado” (art. 9º) e “organização criminosa” (art. 10), in fine:

Art. 9º Para os efeitos da competência estabelecida no artigo 1º desta Lei, considera-se crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significativo impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional:

I – os crimes de especial gravidade, ou seja, todos aqueles cominados com pena mínima em abstrato igual ou superior a quatro anos de reclusão;

II - o constrangimento ilegal (art. 146, parágrafos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.848, de 31 de dezembro de 1940 – Código Penal);

III - a ameaça (art. 147 e o seqüestro do art. 148, § 1º, itens I, II, III e IV, todos do Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal – e alterações posteriores);

IV - o tráfico de pessoas (artigos 231 e 231-A do Decreto Lei nº 2.848/40 – Código Penal – e alterações posteriores);

V - os crimes contra a administração pública previstos no Título XI, Capítulos, I, II, III e IV do Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal, e alterações posteriores, independente de pena mínima;

VI - os delitos tipificados nos artigos 237, 238, 239 e/ou parágrafo único, 241, 242, 243 e 244-A, § 1º, da Lei nº 8.069, de 16 de julho de 1990, e

⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [CNJ]. **Recomendação nº 3**. Brasília, DF. Presidente: Ministra Ellen Gracie Northfleet, Dje. 30 de maio de 2006. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/recomendacao/recomendacao_3_30052006_23042019140017.pdf> Acesso em: 25 Jun 2022.

alterações posteriores, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, independente de pena mínima;

VII - os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei nº 8.137, de 28 de dezembro de 1990, independente de pena mínima;

VIII - os delitos definidos pela Lei nº 8.666, de 22 de junho de 1993, e alterações posteriores, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, independente de pena mínima;

IX - os crimes definidos na Lei nº 9.434, de 05 de fevereiro de 1997, e alterações posteriores, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, independente de pena mínima; e

X - os crimes contra a fauna definidos nos artigos 33 e 35, os crimes contra a flora definidos nos artigos 38, 39, 40 e 41, caput, o crime de poluição definido no art. 54 e sua combinação com o parágrafo 2º, incisos I, II, III, IV e V, e o parágrafo terceiro, todos da Lei nº 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, e alterações posteriores, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Parágrafo único. Consideram-se ainda como crime organizado aqueles atos praticados por organizações criminosas, não se observando as características trazidas no caput deste artigo:

I - referidos na Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), conforme o item 2, a, da Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006, do Conselho Nacional de Justiça; e

II - conexos por relação teleológica ou consequencial aos previstos nos incisos do caput deste artigo, consideradas as condições estabelecidas nele e no inciso anterior.

Art. 10. Também para os efeitos da competência estabelecida no artigo 1º, considera-se organização criminosa:

I - o grupo de mais de duas pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possua uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território; e

II - aquela estruturada de três ou mais pessoas, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, existente há certo tempo e agindo concertadamente com a finalidade de cometer os crimes referidos nos incisos do caput do art. 9º desta Lei, ou crimes enunciados na Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional (v.g. Corrupção, Lavagem de Dinheiro, Obstrução à Justiça), com intenção de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico, material ou político.

Ocorre que a referida Lei estadual foi declarada parcialmente inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4414, em 31 de maio de 2012. Segundo o Plenário do STF, “o conceito de ‘crime organizado’ é matéria reservada à competência legislativa da União, tema interdito à lei estadual, à luz da repartição constitucional (art. 22, I, CRFB)”⁷²

Por outro lado, a jurisprudência dos Tribunais Superiores ao enfrentar o conceito de crime organizado nos termos da Convenção de Palermo⁷³, chega a recepcioná-la ao reconhecer determinado grupo criminoso voltado a atividade de lavagem de bens, direitos e valores, em crimes praticados por organizações criminosas, nos moldes delineados pelo artigo 2 da Convenção, disciplinado pela Lei nº 9034/1995 e sustentado pela redação da Lei nº 10.217/2001, conforme transcrição, *in verbis*, do r. acórdão, proferido pela Ministra Laurita Vaz:

1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes - mormente estelionatos -, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de “testas-de-ferro”, desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.
2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 4414-AI**. Organização criminosa e vara especializada. Inconstitucionalidade parcial. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Luiz Fux, 31 de maio de 2012. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_4414_AL_1387979555766.pdf?AWSAccessKeyId=AKIA_RMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1656042124&Signature=1RbcE8u57o67d0lhbhBxCpQT4I8%3D Acesso em 24 Jun 2022.

⁷³ De acordo com a decisão unânime da Quinta Turma do STJ, sob a relatoria da Ministra Jane Silva, ao julgar o Habeas Corpus impetrado em benefício de integrantes de organização criminosa investigada pela Polícia Federal (Operação Anaconda), ficou decidido que: “[...] E, contrariamente ao que defende a Impetrante, penso que a discussão acerca da existência ou não de definição do que seja organização criminosa já foi inteiramente superada com a adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Nova York, 15 de novembro de 2000), por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, o qual, considerando que o Congresso Nacional havia aprovado, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto da mencionada convenção, estabeleceu, em seu artigo 1, que esta “será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Dentre outros objetivos, a convenção pretende a criminalização, nos Estados signatários, da participação em um grupo criminoso organizado, da lavagem do produto do crime, da corrupção e da obstrução à justiça, e, de sorte a uniformizar a terminologia, definiu, em seu artigo 2º, que grupo criminoso organizado é: Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material[...].” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 63716 / SP**. Brasília, DF. Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 17 de dezembro de 2007, p. 237. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2763716%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2763716%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2763716%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2763716%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 25 Jun 2022.)

9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.

3. O recebimento da denúncia, que se traduz em mera admissibilidade da acusação diante da existência de sérios indícios de autoria e materialidade, mostra-se adequado, inexistindo a alegada inépcia, porquanto preenchidos todos seus pressupostos legais.

4. Nesta fase inaugural da persecução criminal, não é exigível, tampouco viável dentro do nosso sistema processual penal, a demonstração cabal de provas contundentes pela acusação. Esse grau de certeza é reservado para a prolação do juízo de mérito. Este sim deve estar calcado em bases sólidas, para eventual condenação.

5. Mostra-se, portanto, prematuro e temerário o acolhimento do pedido da defesa de trancamento da ação penal, de maneira sumária, retirando do Estado, de antemão, o direito e, sobretudo, o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal.

6. Ordem denegada.⁷⁴

Uma das coisas mais importantes extraídas da ADI 4414 citada, foi que o STF colheu o caso para dizer, de uma vez por todas, sobre a dimensão normativa ocupada no ordenamento interno pelo Decreto Presidencial (que é o instrumento por meio do qual se faz a incorporação legislativa dos Tratados Internacionais no direito interno).

A decisão do STJ acima, também menciona como precedente o Inquérito Policial nº 2245-4/MG, cuja investigação destina-se à apuração de desvio de recursos públicos para o pagamento de dívidas de campanhas de partidos políticos, entre outros crimes. Destaca-se, entretanto, a exposição da decisão do então Ministro do STF Joaquim Barbosa, quando do recebimento da denúncia oferecida pelo Procurador Geral da República:

CAPÍTULO II. Da denúncia. Imputação do crime de formação de quadrilha ou bando (artigo 288 do CP). Circunstâncias de tempo, modo e lugar do crime adequadamente descritas. Elemento subjetivo especial do crime devidamente indicado. Estabilidade da suposta organização criminosa constatada. Comunhão de desígnios demonstrada na inicial. Tipicidade, em tese, das condutas narradas. Individualização das condutas. Existentes suficientes indícios de autoria e materialidade. Denúncia recebida.⁷⁵

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 77771 / SP**. Brasília, DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz., Dje. 22 de setembro de 2008. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2777771%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2777771%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2777771%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2777771%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 25 Jun 2022.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Inq. 2245/MG**. Brasília, DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Dje. 09 de novembro de 2007, p. 0038. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727518/inquerito-inq-2245-mg>> Acesso em: 25 Jun 2022.

Frente a este panorama, o legislador resolveu abandonar a inércia, e fazer frente ao compromisso internacional assumido na Convenção de Palermo, qual seja: prevenir e enfrentar mais eficazmente a criminalidade organizada.⁷⁶

Para tanto, no dia 24 de julho de 2012 promulgou-se a Lei nº 12.694, que passou a dispor sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, e o seu art. 2º passou a conceituar “organização criminosa” para os “fins desta lei”. Veja-se o conceito:

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.

Assim, a Lei nº 12.694/12 ao invés de prever que o aludido conceito serviria para todos os fins legais, colocando fim ao vácuo conceitual, fez o contrário, ou seja, previu que o conceito de organizações criminosas por ela trazido serviria unicamente para fins de formação de juízo colegiado de 1º grau de jurisdição, reforçando ainda mais a inexistência de um conceito para outros fins legais.⁷⁷

Então, em 12 de agosto de 2013, foi finalmente aprovada e sancionada a Lei nº 12.850 (nova lei de organizações criminosas), revogando, assim, expressamente a Lei nº 9.034/95 (antiga lei de combate ao crime organizado) e trazendo um novo conceito de organização criminosa (agora para todos os fins), com tênues variações quando comparadas com os conceitos da Lei nº 12.694/12 e da Convenção de Palermo.⁷⁸

Ressalte-se que a ADI 4414-AL, já citada, orientou em grande medida o debate sobre a elaboração da Lei nº 12.850/13. Veja-se o novo conceito de organização criminosa delineado pela lei 12.850/2013:

Art. 1º, §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 o 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.

Na visão de Winfried Hassemer, a criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no enfrentamento à criminalidade. “Nós conseguimos vencer a

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 38.

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39.

máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada, pela corrupção.”⁷⁹

Nesse momento, é salutar entendermos como o Brasil operacionalizou as políticas públicas para o enfrentamento ao crime organizado. Não obstante, antes de adentrarmos na análise operacional dessas políticas públicas, faz-se necessário defini-las conceitualmente.

Políticas Públicas substanciam a convergência entre o funcionamento do governo e a formação dos arranjos institucionais. A essa preocupação se refere a chamada política jurídica”, ocupada da compreensão do fenômeno governamental dentro ou a partir do direito. O estudo das políticas públicas, nessa toada, nada mais é que uma aproximação da tecnologia jurídica incidente na realização do Estado.⁸⁰

O conceito jurídico do termo políticas públicas não encontra consenso na doutrina especializada. Dallari Bucci vê as políticas públicas como “metas coletivas conscientes”, como programas de ações governamentais resultantes de um processo ou como conjunto de processos juridicamente regulados, por exemplo, processo administrativo, processo eleitoral, processo judicial, processo de planejamento. Para essa perspectiva, as políticas públicas propõem-se a articular os recursos disponíveis do Estado e das atividades privadas, para a promoção de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.⁸¹ Em contrapartida, Comparato⁸² define as políticas públicas como um conjunto de normas e atos oriundos de um sistema legislativo, direcionados a uma finalidade pública determinada e unificada.

Malgrado haver diversas definições e abordagens de política pública, para o presente trabalho, não é de grande utilidade destacá-las e diferenciá-las individualmente. Para os objetivos do presente estudo, basta a compreensão de que as políticas públicas são diretrizes elaboradas para enfrentar um problema público – “diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública”.⁸³ Secchi destaca dois elementos como fundamentais para a política pública: “intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante”⁸⁴

O processo de elaboração de políticas públicas recebe o nome de ciclo de políticas públicas e compreende sete fases principais: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção.⁸⁵ Essas fases não se apresentam sempre na mesma sequência, mas sim de forma heterogênea, a fim de se adequar a cada caso concreto, demonstrando que o processo de

⁷⁹ HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 85.

⁸⁰ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 185.

⁸¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 737.

⁸³ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 157.

⁸⁴ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 2.

⁸⁵ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 2.

políticas públicas é incerto e os limites entre as fases não são claros. Entretanto, o ciclo de políticas públicas se destaca devido à sua funcionalidade para organizar as ideias e diminuir a complexidade da sua implementação.⁸⁶

Nesse sentido, para que os agentes públicos possam elaborar e executar as políticas públicas, torna-se imperioso um certo grau de discricionariedade, de uma margem de liberdade e de adaptação que vai além da dicotomia de atos vinculados ou atos discricionários. A questão não deve ser “pode ou não pode”, mas sim “como se pode” e “quais as estratégias necessárias”.⁸⁷ Vale ressaltar que raramente o legislador minudencia os objetivos da política pública, o que dá lugar a caminhos alternativos para alcançá-los, uma vez que as políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptação, de ajustes e de avaliações.⁸⁸ Isso demonstra a necessidade de flexibilizar o arcabouço jurídico para a melhor atuação dos administradores e gestores públicos.

Nesse sentido, o estudo das políticas públicas – de viés instrumental analítico, por isso afirmado como “tecnologia jurídica” – resolve-se no debate sobre os arranjos institucionais necessários à implementação das garantias jurídicas positivadas. Trata-se, assim, de identificar, sistematizar as condições, as regras e as instituições jurídicas necessárias a um Estado em desenvolvimento para formular e executar políticas públicas, criando canais e processos de organização das forças da sociedade.⁸⁹

Indubitavelmente, diante da premissa de que a violência e a criminalidade praticadas pelas organizações criminosas vêm recrudescendo, os governos têm experimentado inúmeros programas, planos e operações repressivas com a finalidade de enfrentá-las. De forma autoritária e ferindo seus próprios princípios democráticos constitucionais, o Estado brasileiro tem, vez por outra, se utilizado até das forças armadas visando enfrentar a violência e a criminalidade organizada. Como observa Gomes e Cervini⁹⁰, esse tipo de ação, além de ferir o Estado Constitucional, transforma-o em Estado policial e de terror. O que é mais grave é que essas operações aplicadas na área da segurança pública não controlam o aumento da violência e da criminalidade organizada. Ao contrário, por não haver uma coordenação do Ministério Público e uma fiscalização por um conselho da sociedade civil, essas ações têm contribuído para o aumento da violência institucionalizada por parte do poder público.

Com efeito, a política pública de segurança tem demonstrado que é ineficiente pelos inúmeros fatores acima elencados, deixando clara a necessidade de serem reformuladas e, concomitantemente em outras áreas de garantias sociais aos quais estão vinculadas à segurança pública. Contudo, não se coaduna com a política de segurança pública repressiva de enfrentamento a todo custo que, muitas vezes, é aplicada por ocasião de ocorrência do aumento da violência e da criminalidade organizada que abalam a

⁸⁶ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Políticas pública de proteção à vítima: um a proposta de arranjo institucional de segurança pública. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 15, nº 20, p. 32-58, jan./jun., 2017.

⁸⁷ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Políticas pública de proteção à vítima: um a proposta de arranjo institucional de segurança pública. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 15, nº 20, p. 32-58, jan./jun., 2017.

⁸⁸ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.p. 187.

⁸⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Políticas pública de proteção à vítima: um a proposta de arranjo institucional de segurança pública. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 15, nº 20, p. 32-58, jan./jun., 2017.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

estrutura das elites brasileiras. Faz-se necessário uma reforma não só nos organismos policiais, mas no judiciário e, urgentemente, no sistema penitenciário brasileiro que é degradante, desumano e não cumpre a Lei de Execução Penal – LEP (Lei Nº. 7.210, de 11/7/1984).

Após termos tratado do surgimento e da evolução das organizações criminosas no Brasil, da sua evolução conceitual, e das políticas públicas de enfrentamento a essas organizações, passaremos a identificar as características dessas organizações criminosas.

2.3 Características essenciais das Organizações Criminosas

A expressão “criminalidade organizada” foi empregada, primeiramente, nos Estados Unidos da América, na década de 1920. Seus interlocutores eram policiais, referindo-se às atividades ilegais relacionadas à proibição estatal do consumo do álcool. Dessa forma, o conceito era utilizado, principalmente, para identificar a máfia de origem siciliana que atuava na América, naquele ramo de atividades ilícitas.⁹¹

Atualmente, a expressão é empregada de forma mais abrangente. Em verdade, o uso das expressões “crime organizado” e “organizações criminosas”, hoje em dia, de tão abrangente, tornou-se até mesmo inadequado. Dado que ambas as expressões são empregadas indiscriminadamente, resultado de um esvaziamento do seu significado, enfraquecendo suas essências e esvaziando seus contextos.⁹²

Contribui para a incerteza na determinação da real acepção da locução, a pluralidade de formatos assumidos pelas organizações.⁹³ Por outro lado, algumas características apresentadas pelas organizações criminosas, embora fluidas e bastante variáveis, conforme o tempo e o local de observação, permitem, de maneira geral, distingui-las com um bom grau de segurança dos demais fenômenos criminológicos.⁹⁴

Vimos, quando do estudo da evolução conceitual de Organizações Criminosas, que tivemos duas tentativas falhas de se estabelecer o que seriam as Organizações Criminosas: a primeira com relação a internalização do conceito estabelecido na Convenção de Palermo; a segunda adveio com a Lei nº12.694/12. Somente depois é que tivemos realmente um conceito para todos os fins de Organização Criminosa, com o advento da Lei nº 12.850/13. Verificamos, também, que os conceitos tiveram algumas variações. E são estas variações que abordaremos nesse momento, para posteriormente traçarmos as considerações.⁹⁵

Analisando o conceito trazido pela Convenção de Palermo, e registrando a falta de consenso sobre o conceito de crime organizado, José Paulo Baltazar Junior enumera as características reconhecidas na doutrina e na jurisprudência: a) pluralidade de agentes; b) estabilidade ou permanência; c) finalidade de lucro; d) divisão de trabalho; e) estrutura

⁹¹ SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 368.

⁹² SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008, p. 368.

⁹³ PACHECO, Rafael. **Crime organizado** – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2008, p. 36.

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 73.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 47.

empresarial; f) hierarquia; g) disciplina; h) conexão com o Estado; (h.1) corrupção; (h.2) clientelismo; i) violência; j) entrelaçamento ou relações de rede com outras organizações; k) flexibilidade e mobilidade dos agentes; l) mercado ilícito ou exploração ilícita de mercados lícitos; m) monopólio ou cartel; n) controle territorial; o) uso de meios tecnológicos sofisticados; p) transnacionalidade ou internacionalidade; q) embaraço do curso processual; r) compartimentalização.⁹⁶

Para melhor visualizar as distinções entre os conceitos, trouxemos abaixo uma tabela, indicando as semelhanças e diferenças conceituais quanto aos requisitos cumulativos para a caracterização de uma organização criminosa, quais sejam: a) quórum necessário de associados; b) suas características essenciais; c) finalidade; e d) os tipos de delitos que devem ser por ela praticados.

Tabela 1 – Comparativo das características da Organização Criminosa nas Convenções de Palermo Lei n 12.694/12 e Lei nº 12.850/13

	Convenção de Palermo	Lei nº 12.694/12	Lei nº 12.850/13
Quórum	Associação de 3 (três) ou mais pessoas	Associação de 3 (três) ou mais pessoas	Associação de 4 (quatro) ou mais pessoas
Características essenciais	Grupo estruturado, existente há algum tempo e atuando concertadamente	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.
Finalidade	Com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material	Obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza	Obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza
Delitos que essencialmente devem ser praticados (ou infrações penais instrumentalizadas)	Com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves enunciadas na presente Convenção (Observação: “Infração grave” de acordo com o art. 2, b da Convenção de Palermo é: ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja	Mediante a prática de crimes cujas penas máximas sejam iguais ou superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.	Mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

⁹⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 505-512) apud ADI 4414/AL-STF.

	inferior a quatro anos ou com pena superior).		
--	---	--	--

Fonte: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 47..

O primeiro aspecto que abordaremos será a finalidade das Organizações Criminosas: obtenção de vantagem de qualquer natureza, ao contrário da Convenção de Palermo, que prevê como finalidade a obtenção de “benefício econômico ou outro benefício material”.

A característica essencial das Organizações Criminosas sempre foi o intuito lucrativo ou de obtenção de vantagens de cunho material. Ficou nítida que a intenção do legislador ao se utilizar da locução “qualquer vantagem” (elementar do crime de participação em Organização Criminosa) foi afastar a natureza exclusivamente econômica dessa vantagem. A crítica é que essa expressão é extremamente vaga.⁹⁷

A segunda característica essencial das Organizações Criminosas é a pluralidade de agentes. Logo, é inconcebível falar em Organização Criminosa unipessoal, haja vista que a própria expressão “Organização Criminosa” traz implícita a ideia de associação, de pluralidade de integrantes. A Lei nº 12.850/2013 exigiu pelo menos 4 (quatro) pessoas como um dos requisitos cumulativos a serem considerados para a caracterização de uma Organização Criminosa.

Questiona-se se no número de quatro integrantes exigido para fins de enquadramento no conceito de Organização Criminosa computa-se o agente infiltrado.

Temos dois posicionamentos a esse respeito. O primeiro, capitaneado por Nucci, defende que sim, que inclui-se para fins de enquadramento no conceito de Organização Criminosa o agente infiltrado. Para o autor,

[...] da mesma forma que admitimos a formação de quadrilha ou bando com a inserção de menor de 18 anos, embora não seja culpável, é de se considerar válida, para a concretização do tipo penal do art. 288, a presença do agente policial infiltrado, embora não seja punido, por estar no estrito cumprimento do dever legal. No entanto, o tipo penal tem condições de se materializar, pois há quatro pessoas associadas, com o fim de praticar crimes, ainda que o objetivo de um deles (policial infiltrado) esteja abrigado em lei.⁹⁸

O segundo posicionamento a esse respeito, é pleiteado por Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto (posicionamento no qual nos filiamos pelos mesmos fundamentos trazidos), onde defendem que o agente infiltrado não pode ser computado “pois não age com o necessário “animus” associativo. A sua finalidade, aliás, é diametralmente oposta, qual seja, dismantelar a sociedade criminosa.⁹⁹

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 50.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, v. 2, 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 96.

⁹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado** – comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 17-18.

Também defende essa última posição Renato Brasileiro de Lima. Isso “porque a própria infiltração está condicionada à prévia existência da organização criminosa (Lei n. 12.850/2013, art. 10, §2º). A duas uma vez que o agente infiltrado não age com o necessário animus associativo. Visa, na verdade, a identificação de fontes de prova e à colheita de elementos de informação capazes de contribuir para o desmantelamento da sociedade criminosa.”¹⁰⁰

Por fim, Luiz Flávio Gomes também coaduna com a segunda posição. Para ele, o agente infiltrado “não é ‘sujeito ativo’ desse delito. Ele apenas está infiltrado para descobrir o funcionamento e a dinâmica do grupo. Uma coisa é quem pertence ao grupo, outra distinta é quem está fiscalizando o grupo. Andar juntos não significa estar juntos. Não há ‘animus’ associativo do agente infiltrado, mas sim ‘animus’ investigativo.”¹⁰¹

A terceira característica essencial das Organizações Criminosas é a associação estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. A locução “associação estruturalmente ordenada” revela um conceito normativo, que depende de interpretação compreensiva do juiz. Significa, não uma mera reunião de pessoas para o cometimento de ilícitos (isso não passa de um concurso de pessoas), sim, uma conspiração organizada, planejada, coordenada.¹⁰²

Não se pode banalizar o conceito de crime organizado que, com frequência, conta com planejamento “empresarial”, embora isso não seja rigorosamente necessário. Não há como confundir esse planejamento como o mero programa delinquencial (que está presente praticamente em quase todos os crimes dolosos). A presença de itens do planejamento empresarial (controle do custo das atividades necessárias, recrutamento controlado de pessoal, modalidade de pagamento, controle do fluxo de caixa, de pessoal e de “mercadorias” ou “serviços), planejamento de itinerários, divisão de tarefas, divisão de territórios, contatos com autoridades etc.) constitui forte indício do crime organizado.¹⁰³

Os elementos estabilidade e permanência integram implicitamente a expressão “estruturalmente ordenada”, pois inexistente estrutura se não houver um tempo considerável de existência e continuidade.¹⁰⁴

A quarta característica essencial das Organizações Criminosas é a prática de infrações penais graves ou transnacionais. Para se configurar uma organização criminosa devem os seus integrantes alcançar seus objetivos por meio da prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

¹⁰⁰ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 484.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 59.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 60.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 60.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 60.

A presença da conjunção alternativa “ou” nos demonstra que há alternatividade dos requisitos. Ademais, a Lei nº 12.850/2013 empregou a expressão infrações penais, em contraposição a expressão crimes, data pela Lei nº 12.694/2012, ampliando sua abrangência, já que infração penal é gênero que engloba as espécies crime e contravenção penal. Ressalte-se, por outro lado, que existe no ordenamento jurídico brasileiro contravenções penais com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos, no Decreto nº 6.259/44 (que dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências) em seus art. 53 e 54, em que as penas são as mesmas dos arts. 171 e 298 do Código Penal, respectivamente.¹⁰⁵

É possível também que se afigure Organização Criminosa em razão da prática de infrações penais de caráter transnacional, independentemente da pena prevista. Vale dizer, mesmo que não sejam infrações penais com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos, mas que tenham caráter transnacional será possível, caso completados os demais requisitos já estudados, a incidência do conceito de organização criminosa.

A transnacionalidade das infrações corresponde àquelas que atravessam fronteira (delitos à distância), “embora não sejam reconhecidas como infrações penais no âmbito internacional, sem embargo de utilização das normas de direito internacional para definição de competência ou cooperação internacional.”¹⁰⁶

A organização criminosa que comete infrações penais de caráter transnacional arrasta suas ramificações ou suas redes de atuação em vários países. Podem ser citados exemplos de infrações penais de caráter transnacional: o tráfico internacional de pessoas para o fim de exploração sexual; transferência ilegal de criança ou adolescente para o exterior etc. Ressalte-se, também, que se houver contravenção penal transnacional, independente da pena, será possível o enquadramento no conceito de Organização Criminosa e a incidência da lei 12.850/2013.¹⁰⁷

2.4 Técnicas Especiais de Investigação trazidas pela Lei n.º 12.850/13

Com base no grau de restrição aos direitos e garantias do investigado, a doutrina classifica os meios de obtenção de prova em ordinários e extraordinários.¹⁰⁸

Os meios ordinários são aqueles previstos não só na investigação de delitos graves, como também para infrações de menor gravidade, cuja forma de execução é diferenciada, por ser escondida sob o manto protetor da inviolabilidade de bens jurídicos individuais. Já os meios extraordinários de obtenção de prova (ou técnicas especiais de investigação) são ferramentas sigilosas postas à disposição da polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exigem o emprego

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 63.

¹⁰⁶ PAUST, Jordan J. et ali. *International Criminal Law. Cases and materials*. Durham: Carolina Academic Press. 1996, p. 18 apud in BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1270.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69.

¹⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 613.

de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal.¹⁰⁹

Nesse grupo de técnicas sigilosas estão incluídas a interceptação das comunicações telefônicas, a ação controlada etc. Dentre as técnicas de dissimulação, a infiltração policial costuma ser utilizada como objetivo de induzir a erro o investigado, a fim de que seja levado a acreditar que não se relaciona com um policial (Lei nº 11.343/06, art. 2º, V; Lei nº 12.850/13, art. 14 a 14; Lei nº 8.069/90, art. 190-A, incluído pela Lei nº 13.441/17).¹¹⁰

Evidentemente, como algumas técnicas especiais de investigação são intrusivas, no sentido de que exploram as esferas da intimidade e da vida privada, sua utilização somente pode ocorrer se a medida investigativa for legal – algumas dependem, inclusive, de prévia autorização judicial –, se o seu emprego prestar-se a um fim legítimo e se a técnica for necessária para a alcançar a prova a que se destina.¹¹¹

Neste trabalho, portanto, iremos nos ater ao estudo da “Técnica Especial de Investigação” (ou “Meios de Obtenção de Prova”, como descrito na Lei 12.850/2013), denominada Infiltração de agentes policiais, o que passaremos a estudar a seguir.

¹⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 613.

¹¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 613.

¹¹¹ ARAS, Vladimir. **Técnicas especiais de investigação**. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 411.

3 INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PARA O ENFRENTAMENTO DO CRIME ORGANIZADO

Partindo do pressuposto que o nosso objeto principal de estudo – o agente infiltrado – consiste em um meio extraordinário de investigação utilizado no enfrentamento da criminalidade organizada, não podemos deixar de ressaltar que a investigação criminal é uma peça chave na persecução penal. Por isso, devemos realizar algumas considerações a respeito do tema.

Em uma primeira observação, devemos salientar que no processo penal quem na verdade carrega o peso da investigação é a polícia. Ela é a verdadeira especialista nesse aspecto, dotada de uma estrutura preparada, especialização, etc. Daí a relevância que as equipes de investigação têm na prática.

Por se tratar de órgão com atribuição para descobrir a verdade dos fatos, a responsabilidade de uma investigação criminal para apurar a autoria e materialidade é da polícia judiciária federal ou civil. Essa é a previsão legal insculpida pelo Código de Processo Penal – CPP:

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

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Por outro lado, a prática de qualquer crime de ação penal pública impõe como regra ao Estado, de forma necessária, obrigatória e indispensável, a promoção e o desenvolvimento de um processo, que como instrumento de Administração da Justiça, tenha por objetivo aplicar a lei penal material ao caso concreto e impor uma sanção necessária, a ser executada pelo próprio Estado. Logicamente, respeitando os direitos e garantias do acusado ou investigado.¹¹²

Mas, antes do exercício da ação penal, terá o órgão oficial do Estado, a responsabilidade pela investigação e descoberta do crime, e sua respectiva autoria e materialidade, por meio de busca de evidências e de outros dados de interesse ao esclarecimento do fato.

De acordo com Ibáñez, uma abordagem intelectualmente honesta da realidade da investigação criminal, e do processo penal em geral, não pode deixar de lado uma observação clássica de Carnelutti:¹¹³ “[...] en ellos no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes”.¹¹⁴

¹¹² CPP, Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

¹¹³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Prueba y convicción judicial em el proceso penal. Buenos Aires, 2009. Sobre los derechos fundamentales de imputado em la investigación criminal, **Revista de Derecho Penal**, núm. 14, Montevideo, 2004, p. 115.

¹¹⁴ Tradução do autor: neles não só fazem sofrer os homens porque são culpados, mas também para saber se são culpados ou inocentes.

Nesse sentido, o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível, segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista.¹¹⁵

Pois é preciso preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo. É um grave erro que as acusações sejam feitas primeiro para investigar depois e finalmente julgar¹¹⁶. Assim sendo, verifica-se que os elementos obtidos por meio da investigação criminal, sujeitos a processos intelectuais de análise, correlação e síntese, resulta em uma conclusão, tendencialmente correspondente à realidade objetiva que, qualificada penalmente, é submetido à apreciação do julgador.¹¹⁷

Todavia, diante dessa constatação, o ponto de partida para a compreensão da magnitude e importância da investigação no processo penal moderno, deve originar-se da constatação inicial de que o crime contemporâneo se caracteriza como uma criminalidade não convencional, cujo perfil assume inúmeras formas de manifestação, exigindo do aplicador do Direito, a árdua e desafiadora missão de rever conceitos tradicionais, adaptando-os ao tempo e ao espaço, através do filtro da eficiência penal.¹¹⁸

Esta reflexão, em princípio, refere-se a uma análise mais detalhada sobre questões como a proteção da defesa social no processo penal, as limitações aos direitos fundamentais, as finalidades do Direito Penal e Direito Processual Penal e, por fim, a necessidade de desenvolver um procedimento de investigação específico e adequado para enfrentar as novas formas de crime, especialmente o crime organizado.¹¹⁹

E nessa tarefa, a investigação cumprirá um papel decisivo, posto que por meio dela, se deverá procurar a obtenção de provas indispensáveis para lograr a condenação de uma pessoa pela prática de um delito e impor a sanção correspondente.

Por isso, afirma-se na doutrina que os atos de investigação são aqueles que são realizados na fase preparatória ou preliminar do processo penal para apurar os fatos criminais que são produzidos e suas circunstâncias; e a pessoa ou pessoas que possam tê-lo(s) cometido(s), para que, uma vez que tudo isso tenha sido investigado, se possa proceder à denúncia ou, pelo contrário, encerrar o processo criminal por meio do arquivamento.¹²⁰

Uma última observação geral sobre o tema da investigação refere-se à opinião de Cafferata Nores, ao afirmar que a verdade que buscará a investigação penal é a “verdade sobre a culpa”, a verdade sobre o contrário do que é presumido pela ordem constitucional. Se o acusado é inocente até que se prove o contrário, o que o Estado deve provar é “o contrário”: a verdade que se busca é a verdade sobre a culpabilidade do acusado do crime que lhe é atribuído. Talvez se possa dizer, para uma maior compreensão, que a investigação

¹¹⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 186.

¹¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigações preliminares no Processo Penal**. 4ª ed., Rio de Janeiro: 2006, p. 1.

¹¹⁷ MARQUES, Júnior. Métodos de investigação da criminalidade económico-financeira, **Revista do Ministério Público**, núm. 110, ano 28, Lisboa: 2007, p. 92-93.

¹¹⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. Criminalidade organizada e procedimento diferenciado: entre eficiência e garantismo. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coords). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**, Visão Luso-Brasileira, São Paulo: 2006, p. 911.

¹¹⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 187.

¹²⁰ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 187.

buscará, ao invés de provar uma verdade (a culpabilidade do acusado), provar uma falsidade: a da presunção de inocência¹²¹. Desta forma, faz-se uma ponte entre a investigação e o princípio da presunção de inocência.

Feitas as devidas ressalvas quanto à importância da investigação criminal para o processo penal, passaremos agora a estudar, de forma sucinta, a origem histórica e o marco conceitual da infiltração policial, tendo como premissa que os atuais meios de investigação criminais são insuficientes para enfrentar o crime organizado. Dessa forma, há uma inquestionável necessidade de implantação de novas técnicas de investigação policial, onde, destaca-se a infiltração policial como meio de investigação necessário para enfrentar o crime organizado.

3.1 Marco conceitual da infiltração policial

Preliminarmente, incumbe destacar a diferença entre infiltração policial e agente infiltrado. A primeira é a técnica de investigação que faz uso dos agentes infiltrados, ou seja, a infiltração é a técnica e o agente infiltrado, o instrumento.

Estes penetrarão nas organizações criminosas, fazendo-se passar por um de seus membros para descobrir provas de crimes eventualmente cometidos. Pode-se dizer que a infiltração é uma técnica de investigação e o agente infiltrado é o meio empregado por essa técnica.

A infiltração de agentes consiste em um método de investigação de prova por meio do qual um agente, mediante prévia autorização judicial, infiltra-se em uma organização criminosa, simulando a condição de um integrante, com o objetivo de obter informações sobre o seu funcionamento.¹²²

Ainda segundo Silva, essa técnica de investigação contém três características fundamentais: a dissimulação, que seria a ocultação por parte do agente de sua condição oficial de agente do Estado e a sua real intenção; o engano, com o qual o agente infiltrado obterá a confiança dos reais agentes criminosos da organização; e a interação, na qual o agente policial infiltrado necessitará ter uma relação direta com os integrantes-autores em potencial.¹²³

Para Mendroni, a infiltração policial consiste, basicamente, na integração de um agente policial ou de serviço de inteligência, com prévia autorização judicial, a uma organização criminosa, o qual passará a agir como se fosse um de seus integrantes, participando das suas atividades diárias, das conversas, das tomadas de decisões e também da execução de ações criminosas, por meio das quais terá melhores condições de compreendê-la e, conseqüentemente, combatê-la mediante o repasse de informação às autoridades.¹²⁴

¹²¹ CAFFERATA NORES, José I. La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 35, ano 9, julho/setembro. São Paulo: 2001, p. 30.

¹²² SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86.

¹²³ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 92.

¹²⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 184.

Nesse sentido, nas palavras de Cláudia B. Moscato de Santamaría, o agente infiltrado é um agente que “hace una investigación dentro de una organización criminal, muchas veces, bajo una identidad modificada, a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos, su preparación e informar sobre dichas circunstancias para así proceder a su Descubrimiento, em algunos casos se encuentra autorizado también a participar de la actividad ilícita.”^{125 126}

Para Antônio Scarance Fernandes, a infiltração de agentes consiste, em suma, no “ingresso de alguém em uma organização criminosa, com ocultação de sua identidade, objetivando descobrir os seus membros, principalmente os de atuação mais relevante na estrutura daquela organização, e colher elementos para a prova de suas infrações. O fato de alguém penetrar na organização, agindo como se a ela pertencesse, permite-lhe conhecer o seu funcionamento e possibilita o acesso a informações e dados relevantes.”¹²⁷

Já Fernando Gascón Inchausti¹²⁸ conceitua a infiltração policial como “una diligencia de investigación admisible em el marco del proceso penal de um Estado de Derecho como el nuestro, siempre que esté legalmente prevista y la adopte de forma motivada um Juez em presencia de indícios suficientes de criminalidad, considerándola como adecuada, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias del caso concreto”.¹²⁹

Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves, por sua vez, definem o agente infiltrado como aquele que

[...] actue sob o controlo da Polícia Judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo o(s) determinar à prática de novos crimes.¹³⁰

A Lei n 27.319 de 22 de novembro de 2016, da Argentina – que trata de Investigação, Prevenção e Combate a crimes complexos. Ferramentas. Faculdades – conceitua agente infiltrado conforme se verifica abaixo:

Agente encubierto

¹²⁵ SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato de. **El agente encubierto em el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 01.

¹²⁶ Tradução do autor: “faz uma investigação dentro de uma organização criminosa, muitas vezes, sob uma identidade modificada, a fim de tomar conhecimento da prática de crimes, sua preparação e relatório sobre tais circunstâncias para prosseguir com sua descoberta, em alguns casos também está autorizado a praticar atividade ilícita”.

¹²⁷ SCARANACE FERNANDES, Antônio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: **crime organizado - aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

¹²⁸ INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración policial y agente encubierto**. Granada: Comares, 2001, p. 143.

¹²⁹ Tradução do autor: “Uma diligência investigativa admissível no âmbito do processo penal de um Estado de Direito como o nosso, desde que legalmente prevista e adotada de forma motivada por um Juiz na presença de provas suficientes da criminalidade, considerando-a adequada, necessária e proporcional à luz das circunstâncias do caso concreto”.

¹³⁰ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **O novo regime jurídico do agente infiltrado**: comentado e anotado - Legislação complementar. Coimbra: Almedina, 2001, p. 37.

ARTÍCULO 3º — Será considerado agente encubierto todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial.¹³¹

Ressalte-se que, no Brasil, esse agente infiltrado é sempre um policial (federal ou civil), enquanto que em outros países, como se verá, pode ser também um funcionário público com atribuições administrativas, ou até mesmo um particular.

Então, o agente infiltrado se introduz em uma organização criminosa, penetrando nas suas estruturas organizacionais, assumindo a qualidade de seu “integrante”. A sua interação à organização pode ser dar em qualquer de seus níveis, sendo certo que quanto mais alto o nível que o agente alcançar, mais significativa serão as informações que pode obter.¹³²

No que tange as atividades do agente infiltrado, Mario Daniel Montoya¹³³ as descreve da seguinte maneira:

Las operaciones encubiertas incluyen desde una simple compra de narcóticos hasta la más sofisticada creación tendiente a enfrentar a una compleja organización que se mueve a nivel mundial. Donde el hombre que trabaja no solamente debe asemejarse al hombre común, al drogadicto típico sino también a un financiero, a un banquero, con una cobertura que abarca, desde la forma de vida que debe llevar en lo que hace a sus propiedades, vehículos, residencias, veraniegas, cuentas bancarias, etc., para acercarse a lo más alto de las organizaciones con las cuales tiene que luchar, a fin de no desentonar en el medio en el que se manejará, por cuanto ello le puede costar la vida. Se debe tener en cuenta que el hombre que actúa en forma encubierta ha sido debidamente entrenado, que es un experto no solamente como investigador, sino que también debe moverse con una identidad distinta, que abarca los diversos aspectos de su vida de relación, que tiene datos personales ficticios que comprenden distintos hechos que se extienden desde su nacimiento al día en que entre en una operación, en la cual todos los detalles tienen que ser observados cuidadosamente. Sin olvidar que debe vivir lejos de su familia, de sus conocidos y de todo aquello que lo ligue a su vida de todos los días, a fin de que la cobertura no sea descubierta. Documentación,

¹³¹ Tradução do autor: Agente infiltrado

ARTIGO 3º - Será considerado agente infiltrado qualquer agente autorizado das forças de segurança altamente qualificado que dê o seu consentimento e oculte a sua identidade, se infiltre ou entre em organizações ou associações criminosas, para identificar ou prender criminosos, impedir a consumação de um crime, ou recolher informações e provas necessárias à investigação, com autorização judicial.

¹³² EDWARDS, Carlos Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Modificación a la ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 78.

¹³³ MONTOYA, Mário Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal**, 2ª edición, Buenos Aires, 2001, p. 30.

propriedades, forma de vida, vecindario, etc., todo ello adquire una significación especial en determinados ambientes.¹³⁴

Nesse sentido, os objetivos do agente, quando infiltrado na organização criminosa, concentram-se na identificação, neutralização e destruição desta última;¹³⁵ bem como na obtenção e elementos de prova que podem vir a ser úteis em eventual persecução penal contra seus integrantes.¹³⁶

Tais objetivos só podem ser alcançados em razão de que, “uma vez infiltrado e frequentando o mesmo ambiente da organização criminosa, os agentes são capazes de presenciar, em primeiro plano, discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso. Essas discussões frequentes relatam crimes consumados ou resultam no planejamento e cometimento de novos crimes. É aqui que se espera estar o agente infiltrado, posto a observar o desenvolvimento dos fatos de forma sempre adequada aos fins da persecução penal provendo abundante informação sobre o esquema e funcionamento da organização.”¹³⁷

Com efeito, a grande vantagem da infiltração policial consiste na possibilidade – mais ampla do que qualquer outro meio de investigação de provas existente em nosso ordenamento jurídico jamais criou – de contato direto e rotineiro entre os policiais e os investigados, propiciando, dentre outros elementos, o aprendizado sobre a função desempenhada na estrutura do grupo e a identificação das fontes dos recursos utilizados pela organização.¹³⁸

Conforme defende Marcelo Batlouni Mendroni, “as vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, modus operandi, nomes – principalmente dos ‘cabeças’ da organização, nomes

¹³⁴ Tradução do autor: As operações encobertas incluem desde a simples compra de entorpecentes até a mais sofisticada criação destinada a enfrentar uma complexa organização que se movimenta em nível mundial. Onde o homem que trabalha não deve apenas se parecer com o homem comum, o típico drogado, mas também com um financista, um banqueiro, com uma cobertura que cobre, desde o modo de vida que deve levar com suas propriedades, veículos, residências, veraneio, contas bancárias, etc., para se aproximar do topo das organizações com as quais tem que lutar, para não se chocar no ambiente em que vai manejar, pois isso pode lhe custar a vida. Deve-se ter em mente que o homem que age de forma encoberta há de ter sido devidamente treinado, que é um especialista não apenas como investigador, mas que também deve se movimentar com uma identidade diferente, que englobe os vários aspectos de sua vida de relacionamento, que ele possui dados de pessoais fictícios que incluem diversos fatos que se estendem desde seu nascimento até o dia em que ele entra em uma operação, em que todos os detalhes devem ser cuidadosamente observados. Sem esquecer que ele deve morar longe de sua família, de seus conhecidos e de tudo o que o liga ao seu cotidiano, para que a cobertura não seja descoberta. Documentação, propriedades, modo de vida, vizinhança, etc., tudo isso adquire um significado especial em determinados ambientes.

¹³⁵ PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108.

¹³⁶ JAMILE JOSÉ, Maria. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 74.

¹³⁷ PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 109.

¹³⁸ PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 109.

de ‘testas-de-ferro’, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, etc.”.¹³⁹

Dessa forma, a razão pela qual a infiltração de agentes pode alcançar resultados mais satisfatórios do que os demais métodos de investigação de provas é que o sucesso das organizações criminosas depende em grande medida do segredo a respeito do desenrolar de suas atividades e da identidade de seus membros¹⁴⁰ – que enseja, inclusive, como visto, grandes esforços por parte das referidas organizações no sentido de manter em sigilo –, o que torna o acesso a essas informações extremamente difícil. Assim, o agente infiltrado seria uma das formas mais eficazes de obter tais informações sigilosas.

Concluimos, conceituando o agente infiltrado como um meio ou técnica extraordinário(a) de investigação imprescindível para a obtenção de provas das organizações criminosas, por meio do qual um agente de polícia judiciária federal ou civil¹⁴¹, devidamente qualificado e treinado, mediante prévia autorização judicial, voluntariamente, se infiltra em uma organização criminosa, simulando a condição de um integrante, com a ocultação de sua verdadeira identidade e qualidade, com o objetivo de obter informações sobre a estrutura e o funcionamento dessa organização, e colher elementos para a prova das infrações praticadas por seus membros; para identificar, neutralizar e destruir essa organização criminosa e para a devida persecução penal dos seus integrantes; algumas vezes autorizado a praticar delitos para ganhar a confiança pessoal dos integrantes da organização, sem, contudo, determinar a prática de novos crimes.

Em seguida, passaremos a estudar os requisitos exigidos para que ocorra a infiltração policial.

3.2 As principais características da infiltração policial

O agente infiltrado pode ser classificado, conforme veremos a frente, como um meio extraordinário de investigação de certos crimes graves; cuja atuação se dá por meio da infiltração no seio da atividade de uma organização criminosa; consistente em integrar ou incorporar a estrutura da referida organização por um policial, ou por quem, para tais fins, é concedida uma identidade suposta ou fictícia; a fim de coletar, dessa posição e diante das dificuldades de fazê-lo pelos meios tradicionais de investigação, informações e dados sobre os fatos criminosos investigados; bem como outras informações que podem levar a conhecer a estrutura, os membros, financiamento e funcionamento da organização criminosa; que possa levar ao seu desmantelamento ou atingir a sua inoperabilidade.¹⁴²

A doutrina aponta três características básicas que marcam o instituto: a) a dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; b) o engano, considerando que toda a operação de infiltração se apoia numa

¹³⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 54.

¹⁴⁰ PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108.

¹⁴¹ Ressalte-se que somente pode atuar como agente infiltrado,

¹⁴² GÚZMAN FLUJA, Vicente Carlos. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. In: CATENA, Victor Moreno; ZAPATERO, Luis Arroyo (org). **La prueba em el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal**. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 2015.

encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e c) a interação, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.¹⁴³

Como já visto, essa técnica extraordinária de investigação tem por finalidade primordial permitir que crimes envolvendo as organizações criminosas sejam investigados de forma mais eficaz para identificar todos os seus membros, sua estrutura e sua ação, gerando uma coleção de provas que culminam na punição do maior número de membros da organização.¹⁴⁴

Em outras palavras, o propósito específico da intervenção do agente infiltrado é obter informações relevantes e suficientes para chegar à desarticulação da organização criminosa e a prevenção e enfrentamento dos fatos criminosos cometidos por essa.¹⁴⁵

Para finalizar o objetivo buscado por meio de uma operação de infiltração policial, podemos citar a distinção entre o fim preventivo e repressivo dessa. O primeiro, refere-se a evitar a consumação dos crimes, enquanto a segunda modalidade – com finalidade repressiva, configura-se como forma de obtenção de informações para serem levadas às autoridades judiciárias pelos crimes já consumados.

Finalizando a análise a respeito da finalidade primordial desta técnica de investigação, cabe agora explicar cada uma de suas características essenciais.

3.2.1 O caráter de meio extraordinário de investigação criminal

Costuma-se afirmar que a infiltração policial é um “meio extraordinário de investigação criminal”, justificando tal denominação sob o argumento de que essa técnica não faz parte das técnicas comuns ou tradicionais de investigação de crimes.

Com efeito, fica claro que o agente infiltrado como um instrumento da persecução criminal não tem a função de trabalhar na busca de elucidar todos os tipos de crimes praticados pela organização criminosa, pois, como medida extraordinária e ação excepcional do Estado, se encarregaria de servir apenas em casos de grande repercussão social, especialmente nas hipóteses ligadas a crimes graves cometidos pela organização criminosa.

No entanto, o agente infiltrado deve ser qualificado como um “meio de controle extraordinário”, ao implicar uma flexibilização de princípios constitucionais básicos e a alguns direitos fundamentais. Nesse sentido, seu emprego está sujeito ao cumprimento de estritos requisitos legais.¹⁴⁶

Nesse sentido, passaremos a abordar a segunda característica da infiltração policial: essa ferramenta deve ser restrita à criminalidade organizada.

¹⁴³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 272/273.

¹⁴⁴ CORRÊA DE CARVALHO, José Theodoro. **Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales**, Curitiba, 2009, p. 318.

¹⁴⁵ RIFÁ SOLER, José Maria. El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim. **Poder Judicial**, n. 55, 1999, p. 158.

¹⁴⁶ MONTÓN REDONDO, Alberto et ali., **Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal**. 12ª edición, Valencia, 2004, p. 207. También, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. **Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación**. Madrid, 2004, p. 129.

3.2.2 Investigação restrita a crimes praticados pelas organizações criminosas

Outra característica peculiar do agente infiltrado é que sua ação deve ocorrer, em regra, no caso de investigações afetas às atividades do crime organizado. Pois dependerá da verificação da gravidade das condutas criminosas cometidas por essas organizações criminosas.

Em outras palavras, devido ao fato de essa ferramenta restringir direitos e garantias fundamentais do investigado, esse recurso deve estar sempre relacionado com a prática de crimes marcados pela extrema gravidade e pelo uso de sofisticação e violência, como ocorre, por exemplo, com os atos criminosos praticados pelos grandes clãs de narcotraficantes e terroristas, operando em nível internacional.¹⁴⁷

A partir dessa abordagem, surge o seguinte questionamento: será que a infiltração policial deve ser utilizada sempre para casos de investigações que envolvam organizações criminosas? Ou, dito de outra forma, o simples fato de se tratar de ações relacionadas às organizações criminosas justificaria a adoção dessa técnica de investigação?

Como resposta concreta a essa indagação, podemos responder argumentando que a aplicação dessa medida deve ser entendida como de caráter excepcional, apenas para aquelas manifestações graves e danosas para a sociedade, não podendo, portanto, se aplicar de forma generalizada a todas organizações criminosas. Pois, se assim fosse, este meio de investigação passaria a ser uma medida de cunho policial típico de Estados autoritários.¹⁴⁸

A demonstração inequívoca da afirmação acima é encontrada na consideração factual de que é perfeitamente possível que um grupo de criminosos – membros de organização criminosa praticantes de crimes de pouca gravidade –, podem ser processados e punidos com base na obtenção de informações e provas obtidas através da utilização de meios tradicionais de investigação criminal, sem a necessidade do uso extremo de uma operação de infiltração de agentes.

Por fim, é imprescindível afirmar que violaria o princípio da proporcionalidade a utilização dos meios de investigação por meio do agente infiltrado para fins de obtenção de prova, dados e informações sobre crimes sem a destacada gravidade e praticados por criminosos de rua, mesmo que atuem de forma minimamente organizados. E a explicação é simples: por se tratar de uma técnica policial que apresenta grande presunção de restrição de direitos fundamentais, seu uso deve ocorrer apenas em situações extremas, quando as outras formas tradicionais de investigação se mostrarem ineficazes e obsoletas.¹⁴⁹

Passaremos agora para a terceira característica da técnica de infiltração de agentes.

¹⁴⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 279.

¹⁴⁸ MONTEROS, Rócio Zafra Espinosa de Los. **El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español**. Valencia, 2010, p. 312.

¹⁴⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 280.

3.2.3 Uso de identidade falsa, fictícia ou suposta e a estratégia do engano

O uso da identidade falsa, fictícia ou suposta, juntamente com a estratégia do engano, são elementos substanciais da infiltração policial. Sem o uso dessas técnicas policiais, jamais se poderia esperar o sucesso nas investigações do infiltrado, uma vez que não teria como conquistar a confiança dos demais membros da organização criminosa.

Por outro lado, é bastante difundida a ideia de que os órgãos de persecução penal não conseguiriam obter informações, dados ou provas contra os grandes clãs de organizações criminosas pelos meios tradicionais de investigação, visto que a cada dia aumenta significativamente a opacidade de suas ações e o fechamento da organização para o mundo exterior, encontrando-se, o Estado de Direito com uma fonte fechada de ilícitos de significativa gravidade.¹⁵⁰

O sigilo sobre a identidade real do infiltrado representa uma *conditio sine qua non* para que uma ação infiltrada possa ser realizada dentro de uma organização criminosa, com o objetivo fundamental de estabelecer uma relação de confiança e intimidade com os supostos criminosos, permitindo a obtenção de informações que servem para a persecução penal desses.¹⁵¹

Além das dificuldades mencionadas, a identidade suposta é uma simulação que permite o ordenamento jurídico introduzir o agente nas organizações criminosas, de onde terá que desempenhar um papel que confunda os outros membros da organização e permita que eles suponham que se trata de “um dos seus”. A propósito, o uso da identidade falsa é o aspecto mais complicado de toda a operação policial. Contudo, não há outra forma de uma agente do Estado ingressar na organização criminosa, sem utilizar de engano e simulação da sua verdadeira identidade, levando os membros do grupo a formar laços de confiança com o infiltrado. Começando a partir desse momento, o trabalho secreto de obtenção das informações essenciais para o sucesso da operação.

Então, é imprescindível nesse momento, esclarecer que a coisa mais importante com relação ao uso de meios ou técnicas infiltradas é definir a necessidade de exigência de produção de provas obtidas por meios lícitos, com respeito aos direitos fundamentais, em especial, a intimidade e a privacidade dos investigados. Todavia, com todo o respeito, não ignoramos como será tratado nas seções seguintes, a possibilidade do aproveitamento de algumas provas *pro societate* obtidas ilicitamente, de modo absolutamente excepcional, por força do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, especialmente no que se refere às ações de agentes infiltrados no enfrentamento à proliferação e expansão do crime organizado.¹⁵²

Ademais, torna-se imperioso, nesse momento, a realização da clivagem dos fatos trazidos pelo agente para fins probatórios. Ou seja, as ações em que o infiltrado interfere no

¹⁵⁰ PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal* - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 281.

¹⁵¹ GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. El agente infiltrado en España y Portugal. Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales. VV.AA. **Criminalidade organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas.** In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord., Coimbra: Almedina, 2009, p. 187.

¹⁵² PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal* - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 284.

curso causal não serão objeto de imputação pelo Ministério Público. Já as ações em que o infiltrado não interfere no curso causal serão descritas e imputadas.

Após a abordagem da questão da identidade falsa que deve ser concedida ao agente infiltrado, agora é hora de analisar o uso da estratégia do engano e dissimulação por parte do infiltrado para alcançar a proximidade e confiança dos membros da organização criminosa.

Dentro da perspectiva da implementação de uma operação de infiltração policial, o agente infiltrado deverá, necessariamente, utilizar a estratégia do engano¹⁵³, para conseguir demonstrar segurança e laços de amizade com os demais membros da organização criminosa.

Mostrando certa preocupação, Guzmán Fluja¹⁵⁴ sustenta que o problema está em que, em operações de infiltração policial, o engano de uma identidade fictícia abre um enorme leque de possibilidades de atuação que afete os direitos fundamentais das pessoas investigadas.

[...] porque colocar al infiltrado en la organización criminal exigirá que éste trabaje amistad, confraternice, o simplemente trabaje, con diversos sujetos a los que terminará conociendo, y ello supone que conversará con ellos, en ocasiones tendrá que entrar en lugares cerrados, incluso domicilios de estas personas, podrán conocer sus comunicaciones, etc., lo que significa que de un solo golpe, el engaño pone el infiltrado ante la posibilidad de afectar diversos derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, etc. Y esto conduce a tener que plantear el valor que puedan tener las informaciones obtenidas por el agente encubierto, así como a ver qué alcance probatorio pueden tener.¹⁵⁵

Ainda assim, é inerente a atividade do agente infiltrado a prevalência da confiança gerada por suas atitudes em relação aos membros da organização. Não obstante, é um meio de investigação admitido por diversos ordenamentos jurídicos, sem prejuízo de que algum dos atos realizados pelo agente infiltrado possa contrariar algumas garantias processuais penais.

Todavia, não pretendemos negar que o engano, praticado por agente do Estado no exercício da função, não viola o direito à privacidade – como direito vinculado ao livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e qualidade de vida. No entanto, o que queremos deixar claro é que nenhum dos direitos fundamentais, incluindo o direito à privacidade, tem caráter absoluto, podendo ser restringido em situações excepcionais,

¹⁵³ Parece-nos lógico que deverá ser aceita a licitude de algumas ações de agentes infiltrados que tenham utilizados meios fraudulentos, desde que não tenham originado um crime que não existia antes (o que transformaria a ação do infiltrado em ato de provocação do crime), mas que se limitou a descobrir uma ofensa anteriormente cometida.

¹⁵⁴ GÚZMAN FLUJA, Vicente Carlos. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. In: CATENA, Victor Moreno; ZAPATERO, Luis Arroyo (org). **La prueba em el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal**. Navarra: Aranzadi, 2006.. p. 216

¹⁵⁵ Tradução do autor: [...] porque colocar o infiltrado na organização criminosa vai exigir que ele faça amizade, confraternize, ou simplesmente trabalhe, com vários assuntos que ele vai acabar conhecendo, e isso significa que ele vai conversar com eles, às vezes ele vai ter que entrar em lugares fechado, até mesmo nas casas dessas pessoas, poderão conhecer suas comunicações, etc., o que significa que, de um só golpe, o engano coloca o infiltrado diante da possibilidade de violar vários direitos fundamentais como a privacidade, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações, etc. E isso leva a ter que considerar o valor que as informações obtidas pelo agente infiltrado podem ter, bem como ver qual o alcance probatório que podem ter.

quando a execução da tarefa de ponderação de bens jurídicos, por meio do princípio da proporcionalidade.

A próxima característica do agente infiltrado é a sua voluntariedade, que passaremos a analisar.

3.2.4 A voluntariedade do infiltrado na operação encoberta

É uma premissa básica que o agente policial não pode ser obrigado a aceitar a tarefa de se infiltrar em uma organização criminosa, ainda que sob ordem de superior hierárquico. Porquanto é uma função que deve ser desempenhada voluntariamente, ou seja, não deve ser forçada. A infiltração deve basear-se na vontade livre e consciente do agente de aceitar a tarefa de se infiltrar em um ambiente perigoso e tenso como fazê-lo dentro de uma organização criminosa, onde há a exposição de sua vida e de seus familiares. Do contrário, o agente não teria ânimo e tranquilidade para exercer as tarefas necessárias de investigação, fato que poderia comprometer o sucesso de toda a operação policial.

Nesse sentido, nenhum agente do Estado, por mais especializado e qualificado que seja, é obrigado a agir como um infiltrado. Tal disposição se justifica pela natureza árdua do trabalho a ser executado pelo agente infiltrado e pelos riscos que ele corre. Não se trata só de exercer uma profissão, e sim de abdicar de sua vida e de suas relações pessoais para se fazer passar por outra pessoa. E o que é pior, por uma pessoa envolvida no mundo do crime onde os riscos inerentes são enormes. Não seria razoável que os chefes de polícia ou o juiz pudessem determinar que um policial específico realizaria tal função contra sua vontade.¹⁵⁶

Só para se ter uma ideia da dimensão desse problema, basta olhar para dificuldade que o Estado terá que enfrentar para escolher o agente para se infiltrar no grupo criminoso, ou seja, de encontrar uma pessoa com vocação e disponibilidade para essa tarefa de investigação, que esteja devidamente treinado, inclusive com técnicas e habilidades incomuns, e que apresente uma forte carga de voluntariedade e profissionalismo para conseguir trabalhar de forma satisfatória, a fim de alcançar as metas da operação infiltrada. E, é claro que essas qualidades que devem ser buscadas no infiltrado são incompatíveis com a seleção obrigatória de um funcionário do Estado.¹⁵⁷

Ademais, deve-se ressaltar que o agente infiltrado deve manifestar formalmente seu consentimento para ser nomeado como tal, pois é uma tarefa difícil e perigosa. Por exemplo, para se infiltrar em uma organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas, em que deve utilizar uma identidade falsa, mudar seus hábitos de vida, se separar de seu núcleo familiar e até cometer crimes para ganhar a confiança da organização na qual se pretende se infiltrar.¹⁵⁸

¹⁵⁶ CORRÊA DE CARVALHO, José Theodoro. **Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 332.

¹⁵⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., pp. 287-288.

¹⁵⁸ MONTOYA, Mário Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, vol. 1, n. 2, Mendoza, 2001, pp. 318-319.

Por fim, a proibição de se obrigar individualmente os servidores públicos específicos da polícia judiciária para atuar como agentes infiltrados atinge tanto os chefes de polícia no desenho da operação, como o Juiz e o Ministério Público.

3.2.5 A necessidade de justificação para a ação infiltrada

Após analisar as principais características da figura do agente infiltrado, indaga-se: qual seria a justificativa para aceitação da técnica de infiltração policial para enfrentar certas formas de crimes graves?

Provavelmente, a resposta está em reconhecer a necessidade de introduzir em um determinado ordenamento jurídico medidas legais e especiais que permitam aos membros da polícia judiciária participar do quadro organizacional, detectar a prática de crimes e informar sobre suas atividades, com o fim de obter provas incriminatórias e proceder à prisão dos autores, respeitando o fim do processo penal, que nada mais é do que a descoberta da verdade real e a aplicação do direito penal ao caso concreto, sem esquecer que os limites das técnicas de investigação se encontram no sistema de direitos e garantias constitucionais reconhecidas a todo acusado. Por mais hediondos que sejam os crimes que se tentam enfrentar, isso não justificaria o uso de meios investigativos que possam violar as garantias constitucionais.¹⁵⁹

Nos parece clara a necessidade de aceitação da técnica de investigação policial por meio de agentes infiltrados, o que dependerá, para o sucesso do seu funcionamento de uma regulamentação específica e detalhada sobre os pressupostos, além dos limites que devem ser observados. Também, é imprescindível que o Estado coloque à disposição das forças policiais, uma adequada estrutura logística com o objetivo de enfrentar de uma forma eficaz os atos graves praticados pela organização criminosa.¹⁶⁰

3.3 A infiltração policial nos Tratados e Acordos Internacionais

Desde já se adianta não ser este um capítulo de compilação de leis estrangeiras que porventura abordem o tema da infiltração policial.

São valiosos os comentários de Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁶¹ ao iniciar exposição a respeito da Lei nº 12.850/2013 quanto à importância da compreensão de um instituto jurídico de origem estrangeira antes de importá-lo para nossa legislação:

¹⁵⁹ GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. El agente infiltrado en España y Portugal. Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales. VV.AA. **Criminalidade organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas.** In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord., Coimbra: Almedina, 2009, p.189.

¹⁶⁰ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 289.

¹⁶¹ Ressalte-se que Pacelli critica a edição da Lei nº 12.850/13: “O Brasil, definitivamente, há de ser o maior produtor de leis do mundo! A negativa liderança parece inquestionável ao menos em matéria penal e processual penal. Já faz mesmo muito tempo que nosso ordenamento andava de namoro com a questão das organizações criminosas, fenômeno cada dia mais presente no cotidiano das diversas sociedades, sobretudo e, particularmente,

A nova legislação, de fato, traz muitas novidades. As mais importantes não constam de nosso catálogo jurídico-cultural, vindo importadas de outros horizontes. O que, por si só, jamais seria um problema. Experiências legislativas e culturais podem e devem ser compartilhadas pelos povos. Contudo, essa transposição ou comunicação de diretrizes legais, sobretudo quando associadas às necessidades de políticas criminais, devem observar, pelo menos, duas grandes advertências, a saber: (a) nem tudo que se faz no exterior pode ou deve ser feito por aqui; e (b) é possível aproveitar a experiência jurídica internacional, ainda quando não seja parte de nossa cultura ou tradição.¹⁶²

Postas estas considerações iniciais, justifica-se também a inserção deste capítulo pelo fato de ser a infiltração policial um método de persecução penal, cunhado a partir de experiências estrangeiras, cujo sucesso, na elucidação de delitos cometidos por organizações criminosas, vivenciado principalmente no ordenamento jurídico norte-americano, levou a ONU a elencá-la no rol das técnicas especiais de investigação da Convenção de Palermo, conforme diversas vezes já citado ao longo deste trabalho.

O fato de as técnicas de infiltração policial serem reconhecidas nas mais importantes recomendações internacionais demonstra sua importância no atual contexto de enfrentamento ao crime organizado transnacional.

E isso ocorre em razão de que, tradicionalmente, a atuação das organizações criminosas tem desestabilizado os pilares básicos dos Estados. Agora, depois das mudanças quantitativas (desde o ponto de vista territorial) e qualitativas (desde o ponto de vista da especialização das técnicas criminais e seus membros) que tem experimentado, sua atuação tem afetado os bens e interesses da comunidade internacional.¹⁶³

Ressalte-se que nos últimos tempos, foi na Europa que o desenvolvimento do tema foi destacado com intensa preocupação pelos países que foram atingidos pela atuação de grandes grupos criminosos, que têm provocado preocupação e prejuízos ao longo dos anos,

naquelas estruturadas sob a perspectiva da economia capitalista e/ou liberal. Nesse contexto, a Lei nº 12.850/13 era inevitável. Cedo ou tarde o Congresso Nacional viria adentrar efetivamente na regulação normativa de tais organizações. (...) Infelizmente, por ausência de técnica legislativa, por pressões (legítimas, reconhece-se) de determinados grupos e por outros fatores talvez tipicamente nacionais, a Lei nº 12.850/13, se não é propriamente um show de horrores, mantém uma grande afinidade com a bizarrice.”

¹⁶² PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal** – 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 383.

¹⁶³ MONTEROS, Rócio Zafra Espinosa de Los. Implicaciones del Tratado de Lisboa en la lucha contra la delincuencia organizada. **Revista General de Derecho Penal**, n. 14, 2010.

chegando até hoje suas atividades. Como exemplo, as ações perpetradas pelas máfias italiana e russa ou os atos terroristas da ETA¹⁶⁴ na Espanha e do IRA¹⁶⁵ na Irlanda.¹⁶⁶

Assim, nos diversos fóruns internacionais, desde as Nações Unidas até a União Europeia e passando por o Conselho da Europa, tem se desenvolvido um enorme e contínuo trabalho de regulação normativa em vários níveis (Acordos, Tratados Internacionais, Convenções, Recomendações, etc.), que tem tomado como elemento chave a prevenção e repressão à criminalidade organizada, especialmente nas matérias do tráfico de drogas, terrorismo e lavagem de capitais.¹⁶⁷

Diante dessa evidente insuficiência de métodos tradicionais de obtenção de prova para a efetiva apuração e persecução de crimes envolvendo organizações criminosas, corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, algumas Convenções Internacionais passaram a adotar “Técnicas Especiais de Investigação” (também sob a sigla TEI), a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 50) e a Convenção de Palermo (art. 20), ambas ratificadas e promulgadas pelo Brasil respectivamente pelos Decretos nº 5.5687/2006 e 5.015/2004. Também a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (ratificada e promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 154/1991) adotou “Técnicas Especiais de Investigação”, muito embora sem fazer o uso dessa expressão.¹⁶⁸

¹⁶⁴ ETA – Sigla em basco para “Euskadi Ta Askatasuna”, que traduzido para o português significa “Estado Basco e Liberdade”, surgiu pela primeira vez na década de 1960 como um movimento de resistência estudantil que se opunha amargamente à ditadura militar repressiva do general Franco. Por quatro décadas, a organização armada ETA empreendeu uma sangrenta campanha pela independência das sete regiões do norte da Espanha e do sudoeste da França que os separatistas bascos reivindicam como suas. O grupo - que matou mais de 800 pessoas e feriu milhares em mais de 40 anos de violência - visava a independência basca. Ele havia declarado pelo menos dois cessar-fogos antes, mas abandonou os dois. O QUE É ETA? BBC News. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-11183574>>, Acesso em 19 Jun 2022. “Somente 30% da população basca oferece apoio à luta de independência. “O ETA é o único grupo terrorista da Europa na atualidade. Apesar do fim das ações do grupo IRA, na Irlanda do Norte, o ETA, ainda que enfraquecido, continua a promover atentados.” (FREITAS, Eduardo de. **Grupo ETA**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/declinio-grupo-eta.htm>>. Acesso em 19 Jun 2022.

¹⁶⁵ O Exército Republicano Irlandês, popularmente conhecido como IRA (siglas para Irish Republican Army), foi um dos mais ativos grupos terroristas do século XX. Sua atuação ficou marcada pela formação de grupos paramilitares que arquitetavam diversos atentados terroristas contra seu maior alvo: a Inglaterra. A oposição à nação inglesa era prioritariamente motivada pelo interesse de tornar a Irlanda do Norte uma região politicamente independente da Inglaterra. Outra questão que motivava a ação deste grupo também tinha a ver com as diferenças religiosas encontradas no território norte-irlandês. A maioria da população – cerca de 60% – era praticante do cristianismo protestante e, por isso, acabava impondo seus costumes e interesses políticos em oposição a uma minoria de católicos. Com isso, parte dessa minoria religiosa viu no discurso nacionalista, militar e anti-britânico uma via de afirmação política. (SOUZA, Rainer Gonçalves. **O IRA na atualidade**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/guerras/o-ira-na-atualidade.htm>> Acesso em 19 Jun 2022).

¹⁶⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 240.

¹⁶⁷ GÚZMAN FLUJA, Vicente Carlos. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. In: CATENA, Victor Moreno; ZAPATERO, Luis Arroyo (org). **La prueba em el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal**. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 208.

¹⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 194-195.

Ressalte-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado de 15 de novembro de 2000, conhecida como Convenção de Palermo, ao tratar do tema “técnicas especiais de investigação” no seu artigo 20, determina que, sempre que permitido pelos princípios fundamentais do ordenamento jurídico do Estado signatário, o reconhecimento de técnicas de investigação especiais como a infiltração de agentes (artigo 20.1).¹⁶⁹

Artigo 20

Técnicas especiais de investigação

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.
2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.
3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.

No entanto, como se percebe do artigo ora mencionado, a intenção da referida Convenção não é introduzir no ordenamento jurídico de seus países signatários conceitos e medidas “pré-fabricadas”, e sim introduzir conceitos e determinações para que, a partir de tais bases, estes países possam fabricar seus textos legais. Assim, o dispositivo em questão não regulamenta o emprego do agente infiltrado, mas determina que o Brasil crie normas para que este meio de investigação seja implementado no país, com vista ao enfrentamento efetivo ao crime organizado.¹⁷⁰

Como diretrizes, a Convenção propõe que o uso do agente infiltrado seja regulamentado de forma a não entrar em conflito com o ordenamento jurídico interno

¹⁶⁹ Artigo 1. O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional. (CONVENÇÃO das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (CONVENÇÃO DE PALERMO). Promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em 19 jun 2022.

¹⁷⁰ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 203.

brasileiro, e que seja sempre precedido de autorização da autoridade competente. O documento autoriza, ainda, o estabelecimento de alianças bi ou multilaterais entre países para que a infiltração possa ocorrer em diversos Estados, desde que respeitadas as soberanias nacionais.¹⁷¹

Por outro lado, na Convenção da ONU contra Corrupção de 2003 (artigo 50.1)¹⁷², acrescenta que os Estados assumirão as medidas necessárias para permitir a admissibilidade da prova derivada dessa técnica.

Artigo 50

Técnicas especiais de investigação

1. A fim de combater eficazmente a corrupção, cada Estado Parte, na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno e conforme às condições prescritas por sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias, dentro de suas possibilidades, para prever o adequado recurso, por suas autoridades competentes em seu território, à entrega vigiada e, quando considerar apropriado, a outras técnicas especiais de investigação como a vigilância eletrônica ou de outras índoles e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais.

Voltando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), Guzmán Fluja destaca que o texto se limita a regular a possibilidade da utilização das infiltrações policiais como meio especial de investigação da criminalidade organizada, mas não estabelece nenhuma condição material sobre como ou com que requisitos podem ser levados a cabo, algo que fica a cargo dos direitos internos dos Estados signatários.¹⁷³

Não obstante, como já se destacou, a intenção da referida Convenção não é introduzir no ordenamento jurídico de seus países signatários conceitos e determinações “pré-fabricados”, e sim introduzir conceitos e determinações para que, a partir de tais bases, estes países possam criar seus textos legais. Dessa forma, o dispositivo em questão não regulamenta o emprego do agente infiltrado, mas determina que o Brasil crie normas para que este meio de investigação seja implementado e utilizado no país, com vistas ao enfrentamento efetivo ao crime organizado.¹⁷⁴

Como diretrizes, a Convenção propõe que o uso do agente infiltrado seja regulamentado de forma a não entrar em conflito com o ordenamento jurídico interno brasileiro, e que seja sempre precedido de autorização da autoridade competente. O

¹⁷¹ JAMILE JOSÉ, Maria. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 201, p. 97.

¹⁷² CONVENÇÃO das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm> Acesso em 19 Jun 2022.

¹⁷³ GÚZMAN FLUJA, Vicente Carlos. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. In: CATENA, Victor Moreno; ZAPATERO, Luis Arroyo (org). **La prueba em el Espacio Europeo de libertad, seguridade y justicia penal**. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 209

¹⁷⁴ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 203.

documento autoriza, ainda, o estabelecimento de alianças bi ou multilaterais entre países para que a infiltração possa ocorrer em diversos Estados, desde que respeitadas as soberanias nacionais.

Sob outra perspectiva, a Convenção citada, no seu artigo 29, trata da formação e assistência técnica, onde os Estados signatários deverão desenvolver ou melhorar, na medida das necessidades, programas de formação específicos destinados ao pessoal das autoridades competentes para a aplicação da lei, incluindo agentes públicos que tenha por função prevenir, detectar e reprimir as infrações previstas na presente Convenção. Estes programas, poderão prever cessões e intercâmbio de pessoal, incidirão especificamente, na medida em que o direito interno o permita, nos seguintes aspectos:

- a) Métodos utilizados para prevenir, detectar e combater as infrações previstas na presente Convenção;
- b) Rotas e técnicas utilizadas pelas pessoas suspeitas de implicação em infrações previstas na presente Convenção, incluindo nos Estados de trânsito, e medidas adequadas de combate;
- c) Vigilância das movimentações dos produtos de contrabando;
- d) Detecção e vigilância das movimentações do produto do crime, de bens, equipamentos ou outros instrumentos, de métodos de transferência, dissimulação ou disfarce destes produtos, bens, equipamentos ou outros instrumentos, bem como métodos de luta contra a lavagem de dinheiro e outras infrações financeiras;
- e) Coleta de provas;
- f) Técnicas de controle nas zonas francas e nos portos francos;
- g) Equipamentos e técnicas modernas de detecção e de repressão, incluindo a vigilância eletrônica, as entregas vigiadas e as operações de infiltração;
- h) Métodos utilizados para combater o crime organizado transnacional cometido por meio de computadores, de redes de telecomunicações ou outras tecnologias modernas; e
- i) Métodos utilizados para a proteção das vítimas e das testemunhas.

Nesse contexto, passaremos a analisar a infiltração policial no ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 A infiltração policial no ordenamento jurídico brasileiro

A infiltração de agentes é medida prevista na legislação de diversos países, dentre os quais destacamos os Estados Unidos da América¹⁷⁵, Itália¹⁷⁶, Alemanha¹⁷⁷, Espanha¹⁷⁸, França¹⁷⁹, Portugal¹⁸⁰ e Argentina.^{181 182}

A figura da infiltração de agentes foi proposta pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro pelo Projeto de Lei nº 3.516/1989 (dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão do crime organizado) – apresentado pelo então Deputado Michel Temer –, que em seu art. 2º, inciso I, contava com a seguinte redação original:

Art. 2 Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação racional, nacional e/ou internacional.

Parágrafo único. São meios operacionais de prevenção e repressão do crime organizado:

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

Infere-se da leitura do dispositivo citado – a despeito da redação tortuosa¹⁸³ – que a intenção dos legisladores era possibilitar a utilização da infiltração policial em qualquer das fases da persecução penal, quando se tratasse de ações praticadas por quadrilhas ou bandos.¹⁸⁴

¹⁷⁵ A infiltração de agentes é utilizada com frequência pelos estadunidenses, sobretudo pelas agências especiais do Federal Bureau of Investigations (FBI) e Drug Enforcement Administration (DEA), além de algumas outras agências de Nova Iorque, Chicago e Los Angeles. Nos EUA, não há uma regulamentação reunida sobre infiltração, mas sim diversas referências legais, dentre as quais destacamos o Título 28, parte 2, capítulo 33, do Código de Processo Judicial – que estabelece as situações em que se permite a realização da medida por designação da Procuradoria-Geral de Justiça, e o Título 22, § 2º, item 11, do Código de Regramentos Federais (Code of Federal Regulations), que traz o conceito de infiltração. A orientação de como os agentes infiltrados devem atuar encontram-se nos manuais das próprias agências, tal como ocorre no Attorney General's Guidelines on Federal Bureau Investigations Undercover Operations.

¹⁷⁶ A infiltração de agentes, na Itália, é estabelecida em três diplomas: art. 97 do Decreto Presidencial 309/1990, art. 12-quarter do Decreto-Lei 306/1992, e art. 14 da Lei 269/1998.

¹⁷⁷ A previsão legal, no direito alemão, aparece nos §§ 110-a e 110-b do Código de Processo Penal, inseridos em julho de 1992.

¹⁷⁸ Na Espanha, a infiltração de agentes é estatuída no art. 282-bis da Ley de Enjuiciamiento Criminal, acrescentado pela Lei Orgânica 05/1999 e alterado pela Lei Orgânica 13/2015.

¹⁷⁹ O Código de Processo Penal francês prevê a infiltração de agentes em seus arts. 706-81 a 706-87, fazendo-o de forma bastante minuciosa.

¹⁸⁰ No ordenamento português, a previsão da “ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal” aparece na Lei 101/2001, atualizada pelas Leis 60/2013 e 61/2015.

¹⁸¹ Na Argentina, a infiltração (ou ação encoberta) é trazida no art. 31-bis da Lei 23.737/1995 (“Lei de Estupefacientes”), inserido pela Lei 24.424/1995.

¹⁸² ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob os enfoques da eficiência e do garantismo**, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2020, pp. 213-230

¹⁸³ SZNICK, Valdir. **Crime organizado – comentários**. São Paulo: Leud, 1997, p. 223.

¹⁸⁴ PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

Esse projeto de lei veio a ser convertido na Lei nº 9.034/1995, tendo sofrido, ademais, veto parcial do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Um dos excertos de veto foi justamente o inciso em questão, versando sobre a infiltração de agentes, sob a justificativa de que tal dispositivo contrariava o interesse público, uma vez que não contemplava a necessidade de autorização prévia do poder judiciário para a efetivação da medida em questão; bem como, concedia autorização legal expressa para que os agentes infiltrados cometessem crime, ficando desde logo, excluída a antijuridicidade, o que afrontava os princípios adotados pela sistemática do Código Penal.¹⁸⁵

Não obstante, no ano 2000, uma forte onda de violência urbana assolou o país, mormente no estado do Rio de Janeiro, ligada principalmente ao tráfico de drogas. Diante da forte pressão popular por respostas do poder executivo à crises no setor de segurança pública, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso lançou o Plano Nacional de Segurança Pública, o qual, dentre outras medidas, propunha a introdução da infiltração de agentes como meio de investigação de provas.¹⁸⁶

Nesse contexto, foi apresentado, então, o Projeto de Lei nº 3.275/2000, para o qual foi solicitado trâmite em regime de urgência constitucional.¹⁸⁷ Este novo Projeto foi aprovado sem restrições, sendo então introduzida no nosso ordenamento jurídico a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, que acrescentou o inciso V ao artigo 2º da Lei nº 9.034/95 (atualmente revogada pela Lei nº 12.850/2013), o qual finalmente incorporou a infiltração de agentes como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada ao nosso corpo legislativo, nos seguintes termos:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

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

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Ressalte-se, que posteriormente, a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002 (também posteriormente revogada, pela Lei 11.343/2006¹⁸⁸), da mesma forma tratou desse instituto, em seu art. 33, inciso I, *in verbis*:

¹⁸⁵ Mensagem de veto parcial nº 483, de 03 de maio de 1995, ao Projeto de Lei n. 3.516, de 1989 (n. 62/90 no Senado Federal), correspondente à Lei nº 9.034/95.

¹⁸⁶ PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112.

¹⁸⁷ PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 113.

¹⁸⁸ Todavia, as disposições a respeito dessa matéria foram também foram repetidas na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, em seu artigo 53, I, *in verbis*:

“Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações;

Destaca-se que a redação ora vigente, com o intuito de regulamentar a infiltração policial em organizações criminosas, procurou corrigir as falhas que ensejaram o veto à proposta anterior, exigindo a autorização prévia da autoridade judiciária competente como forma de assegurar o controle judicial sobre essa atividade; e excluindo do texto legal a “autorização” para que os infiltrados cometessem o crime tipificado no art. 288 do Código Penal (à época, denominado de quadrilha ou bando e agora associação criminosa).¹⁸⁹

Todavia, conforme veremos, as Lei nº 12.850/13 e 13.964/19, sanaram praticamente todas as falhas graves apontadas pela doutrina, como: não determinar um procedimento próprio para o processamento da infiltração, bem com deixar de prever quem possuiria a legitimidade para requerê-la, qual seu prazo de duração, se ela pode ou não ser renovada de ofício pelo juiz ou mesmo se é possível a sua renovação, se as informações obtidas pelo agente infiltrado devem ser relatadas ao Magistrado ou ao membro do Ministério Público, e com se dá a participação deste órgão.¹⁹⁰

Não se pode olvidar, por outro lado que, enquanto boa parte dos países do mundo a infiltração de agentes apenas é admitida para a investigação de determinados crimes (algumas legislações, como a alemã, apresentam um rol de crimes para cuja a investigação é aceita a infiltração de agentes; da mesma forma, a Argentina previa o instrumento em lei específica, na qual a infiltração de agentes estava regulamentada na *Ley de Estupefacientes*, e somente poderia ser empregado na investigação de crimes relacionados às drogas. Mas, teve recente alteração, prevendo, agora, a sua aplicação para determinados crimes previstos em rol taxativo¹⁹¹), a legislação brasileira não faz qualquer restrição aos tipos de crimes que podem ser investigados por essa técnica – desde que tenha ele sido cometido por

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;”

¹⁸⁹ JAMILE JOSÉ, Maria. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 89.

¹⁹⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

¹⁹¹ ARGENTINA. LEY 27319, Artículo 2º — Las siguientes técnicas especiales de investigación serán procedentes en los siguientes casos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- c) Todos los casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal;
- g) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;
- h) Delitos previstos en el libro segundo, título XIII del Código Penal.

organizações criminosas, ou esteja de alguma forma a elas relacionadas, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.^{192 193}

No entanto, não pode empregar tal meio de obtenção de prova para a investigação de delitos desconexos com o crime organizado, lavagem de dinheiro, contra a dignidade sexual de criança e adolescente ou tráfico de drogas, sob nenhuma hipótese, já que se trata de um procedimento de investigação excepcional, não se justificando nenhum alargamento.^{194 195}

A infiltração de agentes foi prevista também no art. 53, I da Lei nº 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas), *in verbis*:

Lei nº 11.343/2006

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;”

Em 2013, foi editada a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013 (Lei do Crime Organizado), que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Ressalte-se que a Lei nº 11.343/2006 tão somente prevê a possibilidade de infiltração de agentes policiais em tarefas de investigação para apurar os crimes ali definidos, desde que haja autorização judicial e manifestação prévia do Ministério Público.

¹⁹² JAMILE JOSÉ, Maria. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 90.

¹⁹³ Art. 10 § 2º da Lei nº 12.850/2013, *in verbis*:

§ 2º 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.

“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.”

¹⁹⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 584.

¹⁹⁵ Note-se que, por força do artigo 53, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas), o emprego do agente infiltrado como método de investigação de provas é admitido também nos delitos previstos nesta lei, como se observa:

“Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;”

Entretanto, deixaremos de abordar este aspecto da infiltração de agentes por entender que tal análise extrapola o escopo desse trabalho, cujo objetivo é analisar a figura do agente infiltrado à luz da criminalidade organizada.

Já a Lei nº 12.850/2013 define todos os aspectos procedimentais, quais sejam requisitos para a concessão, alcance, limites, prazo, bem com os direitos e as responsabilidades do agente infiltrado.

Diante da premente necessidade de criação de novas estratégias de busca de material probatório, a Lei nº 12.850/2013, após definir a organização criminosa e tipificar como crime a sua criação e manutenção, trouxe no seu art. 3º, meios de obtenção de prova, dentre os quais a infiltração policial:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

[...]

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

Ademais, a Lei nº 12.850/13, diferente dos diplomas anteriores, disciplina de forma bastante clara cada um dos institutos, descrevendo de maneira detalhada as regras para a utilização desses meios de investigação, com o escopo de garantir a efetividade de tais medidas, conforme se observa a seguir:

Da Infiltração de Agentes

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º 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.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

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

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

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.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Em 2017, o nosso ordenamento jurídico passou a regular, a partir da Lei nº 13.441 de 08 de maio de 2017, também o instituto da “infiltração virtual” (abrange a internet e a *deep web*¹⁹⁶, sendo esse segundo um espaço virtual mais utilizado para a prática do ilícito),

¹⁹⁶ O espaço virtual em sua estrutura completa é análogo a imagem de um iceberg. A parte visível deste é denominada de *Surface Web* enquanto sua parte imersa simboliza a *Deep Web*, representando diversos aspectos que diferenciam o ciberespaço. Um exemplo dessa discrepância se dá nos navegadores específicos

destinada à investigação dos crimes de: a) pedofilia (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA); b) crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis: estupro de vulnerável (artigo 217-A do CP), corrupção de menores (artigo 218 do CP), satisfação de lascívia (artigo 218-A do CP) e favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218-B do CP); e c) invasão de dispositivo informático (artigo 154-A do CP),

A novidade, portanto, não foi a instituição da figura do agente infiltrado (já prevista no artigo 53, I, da Lei 11.343/06, bem como no artigo 10 da Lei 12.850/13 e artigo 20 da Convenção de Palermo – Decreto 5.015/04), mas sim a normatização dessa técnica investigativa em meio cibernético.

Em 2019, por sua vez, foi editada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, incluindo a Lei nº 12.850/2013, trazendo mudanças no instituto analisado.

Esclareça-se, destarte, que as mudanças foram em dois sentidos. Em primeiro lugar, a Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro) recebeu a inclusão do § 6º no art. 1º. Tal alteração legislativa estabeleceu que “(...) para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes”. Ou seja, ampliou-se o rol dos crimes nos quais é possível a utilização de agentes infiltrados para também abarcar a lavagem de dinheiro, a conduta humana que, como se sabe, consiste em “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” como define o referido art. 1º em seu caput. Trata-se de tema cujo aprofundamento pode se dar

usados para ambos. Softwares conhecidos como o Google Chrome e o Firefox, enquanto específicos da *Surface Web*, não conseguem captar o conteúdo da *Deep Web* em que são utilizados navegadores como o TOR. Michael K. Bergman, criador do termo *Deep Web* fala de sua dimensão:

“A *Deep Web* é cerca de 500 vezes maior do que a *Surface Web*, com, em média, cerca de três vezes mais alta qualidade com base em nossos métodos de pontuação de documentos em uma base por documento. Em uma base absoluta, a qualidade total da *Deep Web* excede a da *Surface Web* por milhares de vezes. O número total de sites na *Deep Web* provavelmente excede 200.000 hoje e está crescendo rapidamente. O conteúdo na *Deep Web* tem significado e importância para cada buscador e mercado de informações. Mais de 95% das informações da *Deep Web* estão acessíveis sem restrição. A *Deep Web* também parece ser o componente de informação que cresce mais rapidamente na Web”. (BERGMAN, Michael K. **The Deep Web: Surfacing Hidden Value**. 2001. Disponível em: <<http://brightplanet.com/wp-content/uploads/2012/03/12550176481-deepwebwhitepaper1.pdf>>. Acesso em: 12 Jun 2022).

Dadas as suas medidas, ressalta-se que estas são possibilitadoras de atos ilícitos. A exemplo disso, o autor Leonardo Andrade, especializado em investigações de cibercrimes, traz em seu artigo as seguintes afirmações sobre a *Deep Web*:

“Na *Deep Web* encontra-se de tudo. É possível, por exemplo, contratar assassinos de aluguel, comprar cartões de créditos roubados e/ou furtados, é onde se abrigam os maiores exploradores de pornografia infantil, sites de venda de órgãos humanos, armas químicas e de uso exclusivo das forças armadas, com destaque para o comércio de drogas que é altamente estruturado, difundido e rentável, grupos terroristas articulam-se nos fóruns secretos, grupos que discutem técnicas para matar pessoas por meio de práticas satânicas e dos mais variados tipos de parafilias” (ANDRADE, Leonardo. **Cybercrimes na deep web: as dificuldades de determinação de autoria nos crimes virtuais**. Jus.com.br, 2015. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/39754/cybercrimes-na-deep-web-as-dificuldades-juridicas-de-determinacao-de-autoria-nos-crimes-virtuais/2>>. Acesso em: 12 Jun 2022).

através da especializada doutrina brasileira, como se verifica com Badaró e Bottini¹⁹⁷, Calegari e Weber¹⁹⁸ e Pinto^{199, 200}

De outro lado, a lei modificadora ora analisada também fez alterações na Lei nº 12.850/2013, a Lei de Organizações Criminosas, mais especificamente no capítulo referente ao procedimento de investigação através do agente infiltrado e respectivo controle judicial. Foram modificados os art. 10º (no qual foram introduzidos os arts. 10-A à 10-D) e o art. 11, que recebeu um parágrafo único. Dentre as várias modificações que a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) realizou, temos a inclusão da infiltração virtual de agentes no rol dos meios de obtenção de prova da Lei 12.850/13. A inovação, na realidade, está na criação, além da já existente infiltração física, no mundo real, realizada pelo policial, do artigo 10-A e a inclusão de outra possibilidade de infiltração, a infiltração virtual, pela internet, com as mesmas finalidades. Vejamos o que diz a nova redação:

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

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se:

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão;

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis.

§ 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada

¹⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁹⁸ CALEGARI, André Luis e WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹⁹ PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

²⁰⁰ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. Agentes infiltrado e disfarçado na lei 13.964/2019: uma discussão sobre os limites da produção probatória. **Revista da Faculdade de Direito FMP**, v. 15, n. 1, Porto Alegre, 2020, p. 47-60.

e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade.

§ 5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

§ 7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo.

Art. 10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações.

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

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.

Art. 10-D. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado.

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos.

Art. 11. [...].

Parágrafo único. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet.

Nos subitens a seguir analisaremos quais foram essas modificações e quais os principais desafios que a utilização do agente infiltrado tem demonstrado, visto que podem se ampliar com a extensão da aplicabilidade do instituto para o crime de lavagem de dinheiro e a regulamentação da figura do agente infiltrado virtual, como dispõe a nova legislação.

4 NATUREZA JURÍDICA DA INFILTRAÇÃO POLICIAL: FONTE DE PROVA, MEIO DE PROVA OU MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA?

Este capítulo tratará da produção da prova pelo agente infiltrado nas organizações criminosas. Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a palavra prova tem vários significados.²⁰¹ Por isso, inicialmente, é importante firmarmos algumas premissas terminológicas. A par dessas distinções, faremos a análise da natureza jurídica da infiltração policial.

4.1 Acepções acerca da prova no processo penal e a infiltração policial

As provas obtidas durante a investigação criminal têm como principal função “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quanto não impossível: a reconstrução da verdade”²⁰². A função designada às provas tem, por sua vez, outro objetivo que é o convencimento do magistrado acerca da procedência ou improcedência do pedido.

Para a obtenção das referidas provas, disponibilizam-se inúmeros meios ou métodos, os quais devem tentar chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos em evidência. Esses meios têm os seus limites estabelecidos nos princípios constitucionais, como o da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Dessa forma, na palavras de Greco Filho, “a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”²⁰³. A palavra “prova” tem sua origem do latim *probatio*, que provém do verbo *probare*, que, por sua vez, significa examinar, persuadir, demonstrar. As provas têm como finalidade o convencimento do juiz, o qual é o seu destinatário. Para que as provas entrem no processo, devem elas ser obtidas pelos meios próprios, os quais são regulados pelo Código de Processo Penal. Os meios de obtenção de prova devem ser, então, adequados e idôneos, bem como formalmente corretos.

Os objetos de provas são os fatos, mas nem todos os fatos devem ser submetidos à atividade probatória²⁰⁴. Os fatos que devem ser apresentados ao juiz para a constituição de prova são apenas os pertinentes ao processo, os quais suscitam interesse da parte em registrá-los. Os fatos impertinentes, que não estejam relacionados à causa, devem ter a sua prova recusada, pois nada mais farão que causar ao magistrado trabalho inútil.

Além de analisada a pertinência dos fatos que originarão as provas, deverá ser ponderado se o fato é relevante, ou seja, se tem força para influenciar a decisão do magistrado sobre a causa. Os fatos irrelevantes são também impertinentes.²⁰⁵

²⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 657.

²⁰² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 327.

²⁰³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211.

²⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 213.

²⁰⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 213.

No processo penal, diferente do que acontece no processo civil, deve ser objeto de prova os fatos notórios quando estes correspondem a elementares do tipo penal. Da mesma forma, mesmo que não haja controvérsia sobre determinado fato, é necessário que se faça prova sobre este fato. Por outro lado, não é preciso que se produza prova sobre determinados fatos em que a presunção é absoluta. Sendo ela relativa, a parte contrária a quem ela beneficia é responsável por produzir a prova.

Por outro lado, com as alterações produzidas pela Lei nº 11.690/08, passou a constar expressamente do art. 155 do CPP a distinção entre prova e elementos informativos. De fato, eis a nova redação do art. 155 do CPP: “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”.

Ante a redação do dispositivo, os elementos informativos são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusados em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397).²⁰⁶

Já a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas. A participação do acusador, do acusado e de seu advogado é *conditio sine qua non* para a escorreita produção da prova, assim como também o é a direta e constante supervisão do órgão julgador, sendo que, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2º). Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como tal, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.²⁰⁷

4.2 Análise da natureza jurídica da infiltração policial

Conforme já abordado no subitem 3.1, tendo como base o conceito da infiltração policial definida na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a natureza jurídica da infiltração policial é uma Técnica Especial de Investigação que tem por fim específico a obtenção da prova, “a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”.²⁰⁸

²⁰⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 177.

²⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 177.

²⁰⁸ Art. 20 da Convenção de Palermo, que se refere a vigilância eletrônica e às “operações de infiltração”.

É uma técnica muito útil – e bastante utilizada no direito estrangeiro, sobretudo nos Estados Unidos da América – para conhecer a engrenagem de uma organização criminosa, seus dados mais relevantes e seus pontos fracos. Por isso, como veremos nos itens seguintes, a infiltração, se usada da maneira adequada, pode ser assaz efetiva para a desestruturação da organização criminosa.

Outrossim, para compreendermos como se operacionaliza o aproveitamento das provas colhidas pelo agente infiltrado, especialmente quando este ingressa no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa, faz-se necessário analisar se essa técnica especial de investigação é uma fonte de prova, um meio de prova ou um meio de obtenção de prova. Pois dependendo do enquadramento jurídico atribuído, as consequências serão completamente diversas, conforme veremos a seguir.

4.2.1 A infiltração policial é fonte de prova?

A expressão fonte de prova é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo).²⁰⁹ Cometido o fato delituoso, tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência desse fato pode ser conceituada como fonte de prova.

Derivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, ou seja, são anteriores a ele, sendo que sua introdução no feito se dá através dos meios de prova. Exemplificando, suponha-se que determinado crime tenha sido praticado dentro de uma sala de aula. Todas as pessoas que presenciaram o cometimento do delito serão consideradas fontes de prova. Essas pessoas poderão ser levadas à apreciação do juiz, o que se dará pela sua introdução no processo pelos meios de prova, *in casu*, pela prova testemunhal.²¹⁰

Nesse diapasão, podemos concluir que a infiltração policial não é uma fonte de prova, visto que esta está diametralmente ligada a pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, o que não coaduna com as características da infiltração policial.

4.2.2 A infiltração policial é meio de prova?

Por sua vez, meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo. Como aduz Badaró, “a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de

²⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 661.

²¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 661.

prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova”.²¹¹

Da mesma forma, podemos concluir que a infiltração policial também não é um meio de prova, porquanto não é um instrumento através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Ao contrário, a infiltração policial é uma atividade extraprocessual com objetivos diversos dos meios de prova, conforme já explanamos.

4.2.3 A infiltração policial é meio de obtenção (investigação) da prova?

Por fim, os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais). Nesse contexto, a infiltração de agentes, prevista tanto na Lei nº 11.343/06 (art. 53, inciso I), quanto na Lei nº 12.850/13 (arts. 10 a 14), é caracterizada como um meio de obtenção de prova. Pelo menos em regra, devem ser produzidos sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova. Nesse ponto, diferenciam-se dos meios de prova, na medida em que, em relação a estes, é de rigor a observância ao contraditório, que pressupõe tanto o conhecimento acerca da produção de determinada prova, quanto a efetiva participação na sua realização.

Conforme pode-se observar abaixo, de acordo com a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) a infiltração de agentes é enquadrada, com razão, como um meio de obtenção de provas:

CAPÍTULO II DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

²¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, caput).²¹²

4.2.3.1 Meios ordinários de obtenção da prova

Contudo, com base no grau de restrição aos direitos e garantias do investigado, a doutrina costuma classificar os meios de obtenção de prova em ordinários e extraordinários.

Meios ordinários de obtenção de prova são aqueles previstos não só para investigação de delitos graves, como também para infrações de menor gravidade, cuja forma de execução é diferenciada, por ser escondida sob o manto protetor da inviolabilidade de bens jurídicos individuais.²¹³ A título de exemplo, podemos citar uma busca domiciliar.

4.2.3.2 Meios extraordinários de obtenção da prova

Meios extraordinários de obtenção de prova (ou técnicas especiais de investigação) são as ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exigem o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal. Em sede processual penal, foram utilizados inicialmente para a persecução penal do tráfico de drogas, sendo que, atualmente, também são usados para a investigação de crimes praticados por organizações criminosas.²¹⁴

São identificados, em regra, pela presença de dois elementos: o sigilo e a dissimulação. Por meio deles, são coletadas informações, indícios ou provas de um crime sem o conhecimento do investigado, de modo a proporcionar aos órgãos estatais o fator surpresa. Nesse caso, o contraditório será exercido apenas de maneira diferida. Nesse grupo

²¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 662.

²¹³ ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes**. **Coordenação:** Gustavo Henrique Badaró e Petrônio Calmo. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 70. Ainda segundo o autor, outra dicotomia dos meios de obtenção de prova é a que os divide em preventivos e repressivos: os primeiros são aqueles cuja execução se admite em atividade de prevenção; os repressivos inserem-se em atividade de repressão à prática de fatos delituosos.

²¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 663.

de técnicas sigilosas estão incluídas a interceptação das comunicações telefônicas, a ação controlada, e a infiltração de agentes.²¹⁵

Os diferentes meios extraordinários de investigação existentes estão relacionados a investigações de delitos de extrema gravidade e de difícil elucidação. São utilizados em situações excepcionais e dependem sempre de uma autorização Judicial. Um Juiz de Direito, por meio de uma decisão fundamentada, permitirá que agentes de polícia sejam infiltrados em organizações criminosas. Deve o Juiz, para tanto, observar o critério da proporcionalidade, também chamada de proibição do arbítrio, consubstanciada na adequação, subsidiariedade e proporcionalidade em sentido estrito²¹⁶. Cuida-se, aqui, de reserva de jurisdição

Dentre as técnicas de dissimulação, a infiltração policial costuma ser utilizada com o objetivo de induzir a erro o investigado, a fim de que seja levado a acreditar que não se relaciona com um policial (Lei n. 11.343/06, art. 2º, V; Lei n. 12.850/13, arts. 10 a 14; Lei n. 8.069/90, art. 190-A, incluído pela Lei n. 13.441/17).

Evidentemente, como essa técnica especiais de investigação é intrusiva, no sentido de que explorar a esfera da intimidade e da vida privada, sua utilização somente pode ocorrer se a medida investigativa for legal – dependendo, inclusive, de prévia autorização judicial –, se o seu emprego se prestar a um fim legítimo e se a técnica for necessária para alcançar a prova a que se destina.

Fernando Gascón Inchausti, neste sentido, afirma ser imprescindível que a nomeação do agente infiltrado advenha de um Juiz, por se tratar de medida que supõe restrição a direitos fundamentais, cabendo ao Magistrado a atividade de garantidor.²¹⁷

Assim, ainda que a utilização desse meio investigatório se mostre adequada, necessária e proporcional à obtenção das provas, é preciso observar os dispositivos da legislação que admite a figura até mesmo para se verificar a proporcionalidade em sentido estrito. É que se deve atender o princípio da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito.

A exigência de previsão legal que expressamente autorize a restrição de direito fundamental é característica inerente ao Estado de Direito, cujo traço essencial é a sujeição do exercício de poder à norma formal e materialmente constitucional.

Conforme ensina Antonio Henrique Gaspar, ao tratar da análise da proporcionalidade para a utilização de meios extraordinários de investigação, ressalta a imprescindibilidade da existência de uma lei que regulamente: “A proibição do arbítrio significa que todas as medidas tomadas pelos Estados na prevenção e na investigação das actividades criminosas mais graves, seja o terrorismo, seja a criminalidade complexa e organizada, devem estar previstas na lei, sendo que, sempre que uma medida limite direitos

²¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 663.

²¹⁶ José Ramon Soriano salienta a necessidade de utilização dos meios excepcionais de investigação somente em casos graves, afirmando que a aplicação indiscriminada desses meios investigatórios fere “claramente los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en que se basan estes tipos de técnicas (la gravedad del delito y la imposibilidad de utilizar otros medios de investigación son factores muy a tener en cuenta), principios que son expresamente reconocidos bajo los términos ‘importancia del delito’ y ‘necesidad a los fines de la investigación’” (SORIANO, José Ramon. **Delitos contra la salud pública y contrabando**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 101).

²¹⁷ INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración Policial y agente encubierto**. Editora Comares, Granada, 2001, p. 117.

fundamentais, as restrições devem estar definidas na lei tão completamente quanto possível, e serem estritamente necessárias e proporcionais à finalidade prosseguida”.²¹⁸

A figura do agente infiltrado deve, destarte, ser admitida somente em casos excepcionais, os quais envolvam esses crimes graves de estrutura moderna, devendo o Magistrado, ao autorizar a infiltração, observar em cada caso concreto a proporcionalidade em sentido amplo ou, como denominado pela doutrina alemã, a proibição do excesso, que se subdivide em: 1. adequação ou idoneidade da medida; 2. necessidade ou subsidiariedade; 3. proporcionalidade em sentido estrito.²¹⁹

Conforme ensina Maurício Zanoide de Moraes, a restrição a direitos fundamentais somente se justifica se estiver prevista na Constituição e se a medida for proporcional, sob pena de se considerar violado o direito atingido: “Toda forma de intervenção estatal que possua justificação constitucional e proporcionalidade é modo legítimo de restrição do direito fundamental. Toda forma de redução do disposto na lei fundamental, mesmo que apresente em nível legislativo a correspondente justificação e sopesamento, será violação ou invasão indevida na esfera de direito constitucionalmente previsto se houver excesso em sua concretização”.²²⁰

Ainda segundo o autor, a proporcionalidade deve ser vista como uma garantia dos direitos fundamentais, voltado para a limitação das restrições. Para se avaliar a proporcionalidade da medida, deve o Juiz, segundo ressalta ampla doutrina, verificar três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, segundo Mauricio Zanoide de Moraes, consiste em “um exame empírico realizado sobre a aptidão do meio contribuir para a consecução do fim almejado. É um exame empírico dado que deve ter em consideração uma relação comprovada ou comprovável de aptidão (idoneidade), segundo experiências da vida, pesquisas científicas, exames de probabilidade, enfim, qualquer modo pelo qual se possa demonstrar que por aquele meio específico é possível ‘fomentar’ ou ‘facilitar’ a realização do propósito almejado”.²²¹

Após analisar a adequação, deve-se analisar a necessidade ou não de utilização da medida. Ressalta Mauricio Zanoide de Moraes que: “A adequação é um filtro seletivo em relação à necessidade, só será necessária uma medida que antes se mostrou idônea”. Continua Maurício Zanoide: “Diante dos meios declarados idôneos procede-se a um exame comparativo entre eles para se determinar qual é o necessário”.²²²

Necessária será a medida quando o esclarecimento dos fatos não se mostrar possível por métodos de investigação tradicionais. Isso equivale a dizer: se não houver outro instrumento menos lesivo ou menos ofensivo para se alcançar a finalidade pretendida. O

²¹⁸ GASPAR, António Henrique. Os novos desafios do processo penal no Século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 15, nº 2, abril/junho de 2005, Coimbra Editora, p. 265.

²¹⁹ LOPES, Mariângela. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha. Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 89, p. 535-565, 2011.

²²⁰ MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro**. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, p. 322.

²²¹ MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro**. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, p. 357-358.

²²² MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro**. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, p. 360.

princípio da necessidade é também chamado, segundo Antonio Scarance Fernandes, de “intervenção mínima”, “de alternativa menos gravosa”, ou de “subsidiariedade”.²²³

Em diversas situações envolvendo o crime organizado, a utilização do agente infiltrado poderá se mostrar necessária para a busca da verdade real nos crimes praticados. Entretanto, não é em todo e qualquer caso de investigação da criminalidade organizada que o uso do agente infiltrado se mostra necessário. Dependerá de minuciosa análise por magistrado. Deve o Juiz verificar, em cada caso concreto, se outros meios de investigação menos ofensivos não seriam suficientes para a descoberta dos crimes.

Após criteriosa análise da adequação e necessidade da medida, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, que aponta para a “imprescindibilidade de constatar, entre os valores em conflito – o que impele à medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – qual deve prevalecer”.²²⁴

Maurício Zanoide ressalta a relevância da análise da proporcionalidade em sentido estrito: “É de fato relevante essa última fase do exame da proporcionalidade em sentido estrito, porque nela se coloca em destaque que uma medida idônea e necessária para um fim almejado e específico pode aniquilar de forma completa outros direitos fundamentais no caso concreto e que não tinham sido considerados quando da elaboração da norma processual, portanto, não podem deixar de ser considerados no instante da decisão judicial.”²²⁵

Salienta, a propósito, Fernando Inchausti, que os valores colocados em jogo no caso da infiltração de agentes – de um lado, os direitos e liberdades dos cidadãos e, de outro, o interesse estatal na eficácia do processo penal – encontram-se no mesmo patamar na escala constitucional. Será por meio de um juízo de proporcionalidade que se inclinará a balança a favor, ou não, do interesse estatal na eficácia do processo em prejuízo dos direitos e liberdades dos cidadãos²²⁶. Pois, segundo o autor, “el sacrificio que sufre el interés individual no resulta desproporcionado en relación con el beneficio que se deduce para el interés público”.²²⁷

A infiltração de agentes, por ser uma diligência restritiva a direitos fundamentais, somente poderá ser autorizada se for adequada e idônea para se alcançar o fim que se pretende. Deve-se fazer a seguinte pergunta: É a infiltração policial uma medida adequada para alcançar o fim pretendido? A resposta, necessariamente, deverá ser afirmativa.

Deve a lei regulamentar toda a atuação do policial que se infiltrará nas organizações criminosas, exigindo uma necessária intervenção e controle por parte da autoridade judicial, para evitar abusos. Sem normas regulamentadoras, será difícil a utilização do agente infiltrado. A utilização desregrada constitui prova absolutamente ilícita, inadmissível.

Conclui-se, portanto, que a natureza jurídica da infiltração de agentes é a de um meio extraordinário de investigação que, por restringir garantias constitucionais, somente

²²³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

²²⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.

²²⁵ MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro**. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, p. 362.

²²⁶ INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración Policial y agente encubierto**. Editora Comares, Granada, 2001, p. 140.

²²⁷ INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración Policial y agente encubierto**. Editora Comares, Granada, 2001, p. 132.

pode ser utilizado se estiver bem regulamentado, com autorização judicial e em situações que envolvam investigação de crimes muito graves.

4.3 A importância da distinção do agente infiltrado, do informante, do denunciante anônimo, do agente secreto, do agente de inteligência, do agente disfarçado, do *undercover agent*, do agente encoberto e do agente provocador (*entrapment doctrine* ou teoria da armadilha) para o aproveitamento das provas no processo penal

A infiltração de agentes como técnica de produção probatória conduz, desde logo, à necessidade de delimitar essa figura perante outras, como informante, denunciante anônimo, agente secreto, agente disfarçado, *undercover agent*, agente provocador, agente da inteligência, delator e agente encoberto – este último é a figura que mais se aproxima do instituto aqui tratado²²⁸. O agente infiltrado, objeto deste estudo, não confunde com essas figuras, conforme veremos a seguir. Uma vez que a atuação de cada uma dessas figuras é diferente, bem como as consequências dessas, o aproveitamento das provas colhidas, e o valor probatório. Portanto, deve ser dado a cada um dos institutos tratamento jurídico distinto.

Assim, é preciso distinguir essas figuras, que se assemelham à figura do agente infiltrado, e que têm traços característicos da infiltração, pretendem colher informações acerca de pessoas ou grupo de pessoas, desempenhando papel muito semelhante ao do agente infiltrado. No entanto, não estão contempladas na lei nº 12.850/13.

4.3.1 O agente infiltrado

O agente infiltrado é um policial²²⁹, selecionado e treinado, que, com respaldo legal e com autorização judicial, será dissimuladamente integrado à organização criminosa com a finalidade de angariar provas dos crimes cometidos (ou dos que ocorrerão no curso da diligência) e da respectiva autoria, bem como para buscar, se possível, seu desmantelamento. A prova produzida – necessária e eficaz para apurar delitos graves praticados por organizações criminosas – será lícita, desde que, claro, sejam obedecidos os requisitos legais.²³⁰

²²⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigeadas (Controladas). *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, p. 119-126, jan./jul. 2007. p. 18 e PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal* - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., v. 1., p. 317-334.

²²⁹ A lei brasileira impõe que seja um policial, mas como veremos a seguir, há países que não fazem essa exigência e permitem a infiltração de particulares sobre o controle do Poder Público.

²³⁰ SOUZA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial* – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44-46.

4.3.2 O informante

Iniciamos nossa análise pela figura do informante, que se diferencia essencialmente do agente infiltrado, pois, enquanto o agente infiltrado tem como objetivo principal ser o meio de obtenção de provas para comprovar delitos praticados ou a serem praticados por determinada pessoa ou grupo de pessoas, necessitando seu ingresso no seio de organizações criminosas para este fim, o informante repassa informações importantes que tem conhecimento ou acesso pelo meio que frequenta, mostrando-se essencial na investigação criminal.²³¹

Pode-se dizer que o sucesso de uma investigação depende de informação e informantes são uma importante fonte de busca desta informação.²³² Dessa forma, observa-se que o informante é uma fonte de conhecimentos que repassa as informações necessárias a elucidação do delito ou aponta direcionamento para a busca dos dados vinculados à investigação criminal.

É de suma importância salvaguardar os dados de identificação do informante, pois este repassa diversos tipos de material informativo sobre os ilícitos praticados pela organização criminosa, prestando valiosa ajuda aos investigadores no desvendamento dos delitos.²³³

Dessa forma, a manutenção da confidencialidade dos dados de identidade, bem como quem é a pessoa do informante, protege a integridade física daquele que colabora com a investigação policial.

Na verdade, o confidente (como é chamado na Espanha) não chega a participar de uma organização criminosa. Ele apresenta informações, as vezes isoladas, ou ainda complementares, adquiridas no ambiente em que convive ou frequenta.²³⁴

Cabe apontar que, os informantes normalmente têm certa proximidade com os policiais que atuam na investigação de quadrilhas ou organizações criminosas, pois em razão do serviço de investigação estes acabam por conhecer pessoas que podem de alguma forma auxiliar na investigação criminal.²³⁵

Pode se afirmar que o informante, também denominado pela doutrina de colaborador, é uma pessoa de confiança das autoridades policiais que recolhe informações num ambiente de criminalidade organizada ou no qual se organiza e comete diversos tipos de crimes, passando, posteriormente, os resultados das observações que realiza aos policiais, sob garantia de que sua identidade se mantenha confidencial e, algumas vezes,

²³¹ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 362.

²³² PALMIOTTO, Michael. **Criminal investigation**. 4th ed. USA: CRC Press, 2013, p. 65.

²³³ MONTOYA, Mario Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal. Agente provocador. Agente encubierto. Entrampamiento. Infiltrado. Informante. Arrepentido. Entrega vigilada. Protección de testigos. Escuchas telefónicas. Jurisprudencia nacional y extranjera. Anexo legislativo**. 2. ed. actual y ampli. Buenos Aires: ADHOC, 2001. p. 199.

²³⁴ ORSI, Thaylize Rodrigues. **Agente Infiltrado: um instrumento de combate ao crime organizado na lei nº 12.850, de 2013**. Dissertação (Mestrado Científico em Direito Penal e Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 25.

²³⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 364.

com a expectativa de obter uma contraprestação, podendo ser de cunho material ou imaterial.²³⁶

Dessa forma, reafirmando o conceito já apresentado, há uma grande diferença entre a infiltração de agentes policiais e o "agente informante", pois o segundo não faz parte dos quadros policiais, sendo que passa as informações que conhece para o órgão de investigação. Seja por morar próximo e muitas vezes relacionar-se com aqueles que praticam a atividade criminosa ou apenas pelo senso de justiça e segurança que deseja. Enquanto o agente infiltrado realiza um trabalho técnico de investigação de um grupo organizado específico, através de uma decisão judicial, com o fim de buscar provas contra delitos já praticados ou em vias de serem praticados.

Cumprido destacar que, no Brasil, a infiltração de agentes depende da autorização judicial para sua implementação, enquanto que, no caso do informante, não há o que se falar em interferência judicial, pois os relatos por ele prestados são de forma construtiva para busca de prova na investigação policial. A informação trazida pelo confidente é, na maioria das vezes, ilustrativa da futura construção da prova pelos agentes policiais.

Os informantes são essenciais para o sucesso da investigação nos delitos graves, como fonte de informação. São classificados como preocupados com o bem estar da sociedade.²³⁷ E é por este motivo que "The informant should provide specific and vital information that is essential to solving a case or making an arrest."^{238 239}

Ressalte-se que, em alguns países, como é o caso de Portugal, o agente encoberto não precisa fazer parte dos corpos policiais, podendo ser um terceiro a realizar a operação de infiltração, o que difere do informante, pois este nunca poderá ser um agente policial, sendo sempre um terceiro fora da corporação a repassar informações de interesse da polícia local para a descoberta ou a prevenção de delitos.²⁴⁰

Nota-se que, mesmo existindo a possibilidade da ação encoberta em Portugal poder ser realizada por pessoa não integrante do corpo policial, deverá este realizar a atividade sob o comando daquele. Enquanto que o informante não realiza a atividade por determinação ou sob comando, mas sim apresenta informações de seu conhecimento que podem ou não ser úteis à atividade de investigação, motivo pelo qual essas figuras não podem ser confundidas.²⁴¹

4.3.3 O agente denunciante anônimo

²³⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 364.

²³⁷ PALMIOTTO, Michael. **Criminal investigation**. 4th ed. USA: CRC Press, 2013, p. 76.

²³⁸ Tradução livre: "O informante deve fornecer informações específicas e vitais que são essenciais para resolver um caso ou fazer uma prisão."

²³⁹ PALMIOTTO, Michael. **Criminal investigation**. 4th ed. USA: CRC Press, 2013, p. 76.

²⁴⁰ ORSI, Thaylize Rodrigues. **Agente Infiltrado: um instrumento de combate ao crime organizado na lei nº 12.850, de 2013**. Dissertação (Mestrado Científico em Direito Penal e Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 25.

²⁴¹ ORSI, Thaylize Rodrigues. **Agente Infiltrado: um instrumento de combate ao crime organizado na lei nº 12.850, de 2013**. Dissertação (Mestrado Científico em Direito Penal e Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 25.

O denunciante anônimo é o indivíduo que, de forma incógnita, leva aos órgãos oficiais notícia de prática de crime, muitas vezes indicando detalhes que contribuam para a apuração de investigação em andamento.²⁴²

O denunciante anônimo é caracterizado pela ausência de conhecimento da identidade daquele que efetivou a denúncia às autoridades policiais. Na verdade, este é o principal ator no instituto conhecido como “denúncia anônima”, que é uma das formas pela qual o Poder Público recebe a informação da ocorrência de um fato criminoso. E é por este motivo que “não se pode negar a grande importância da denúncia anônima no combate à criminalidade” organizada.²⁴³

Pode-se dizer que a denúncia anônima é utilizada muitas vezes em razão da natural desconfiança das pessoas na eficácia dos sistemas em geral, em especial aos programas de proteção às vítimas e testemunhas, o que leva o denunciante a procurar este recurso para levar ao conhecimento das autoridades policiais a notícia acerca da prática de determinada infração penal sem revelar sua verdadeira identidade, geralmente indicando a localização de fontes de prova.²⁴⁴

No Brasil, a denúncia anônima tem vasta aceitação, porém seu regramento é decorrente apenas do entendimento doutrinário e jurisprudencial. Vejamos que, a Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso IV, afirma ser livre a manifestação do pensamento, negando, todavia, o anonimato.

Em razão deste dispositivo acaba por se proibir a instauração de procedimento criminal com base, única e exclusivamente, neste tipo de informação. Ocorre que, ao receber a denúncia anônima, o órgão policial responsável pela investigação, deverá verificar a procedência dos fatos narrados e a veracidade das informações ali contidas, para só após confirmada, dar início ao procedimento criminal investigativo.²⁴⁵

Por fim, ressalte-se que o denunciante anônimo não tem qualquer relação com os órgãos de investigação policial, e, na verdade, informa as autoridades da existência ou do cometimento de algum fato criminoso, apontando a direção da investigação ou ainda, entregando meios probatórios para que os agentes possam dar início ou andamento ao procedimento criminal, sem, em momento algum, revelar a sua identidade.

4.3.4 O agente secreto

O agente secreto é a pessoa que geralmente atende aos interesses estatais (serviços de inteligência), promove o trabalho de apuração e investigação de fatos que

²⁴² SOUZA, Luiz Roberto Salles. A infiltração de agentes como técnica de investigação criminal. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

²⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 133.

²⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 870.

²⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 133.

apresentem relevância e interesse para a parte interessada nas informações até então ocultas.²⁴⁶

Se trata de um espião, membro dos serviços de inteligência de um determinado Estado, que embora se utilize da técnica de infiltração para obter informações, não possui vinculação com as funções do processo penal.²⁴⁷

Como apontamos antes, o agente encoberto não é um agente secreto ou espião, embora em ambos os casos, o objetivo final seja a investigação e busca de informações ocultas.

Seguindo essa tendência, as tarefas do agente de inteligência do estado são diametralmente distintas do trabalho de infiltração policial, carecendo o primeiro de vinculação com as funções do processo penal. Por esse motivo, pode até ser hipótese de duvidosa constitucionalidade por não pertencerem aos órgãos segurança policial.²⁴⁸

Nos parece acertado salientar que não se pode de forma alguma confundir o trabalho do agente infiltrado que utiliza recursos de inteligência policial e criminal, com a finalidade de coletar dados e informações que serão entregues às autoridades de persecução penal; com a tarefa desempenhada por agentes secretos ou de inteligência, cuja missão institucional é através do uso de técnicas inerentes à inteligência estatal, promover a defesa da soberania de um determinado território, evitando que informações confidenciais e segredos de Estado sejam descobertos, colocando em risco segurança nacional. Dito em poucas palavras: o trabalho dos serviços de inteligência não tem nada a ver com o processo penal.²⁴⁹

Também é importante afirmar que, diferentemente do agente infiltrado, que funciona como um dos meios de investigação eficaz contra o crime organizado, os serviços secretos apresentam como encargo, a tarefa de conhecer e informar o governo de tudo aquilo que ameaça e pode afetar a segurança, estabilidade e defesa de um Estado.²⁵⁰

Enquanto o agente secreto investiga fatos de interesse do Estado, o agente infiltrado, investiga pessoas certas acerca de crimes determinados e já praticados. São figuras absolutamente distintas em seus objetivos e não podem ser confundidas. É preciso ressaltar que não se admite a infiltração de agente policiais, nos termos da lei nº 12.850/13, para o amplo monitoramento de grupos criminosos, sem individualizar os suspeitos e delimitar os crimes investigados.

Assim, conclui-se que o agente secreto se encontra em lugar distinto do agente infiltrado dentro do organograma administrativo, e suas ações são orientadas a proteger outros interesses como a segurança institucional de um país, não estando diretamente vinculado ao processo penal.

²⁴⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 262.

²⁴⁷ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GUILLÉN LÓPEZ, German. Entrega vigilada agente encubierto y agente provocador. Análisis de los médios de investigación em matéria de drogas. In: **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales**. Ed. Ministerio da Justicia, vol. LXI, 2008, p. 120, nota 102.

²⁴⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 262.

²⁴⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 262.

²⁵⁰ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 262.

4.3.5 O agente de inteligência

Não se pode, também, confundir o agente infiltrado com o agente de inteligência: enquanto este tem uma função preventiva e genérica, buscando informações de fatos sociais relevantes ao governo, aquele age com finalidades repressivas e investigativas em busca da obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas. Outra importante diferença diz respeito à necessidade de autorização judicial, pressuposto indispensável para a infiltração policial, porém desnecessário para a atuação dos agentes de inteligência.²⁵¹

Por isso, em caso concreto apreciado pela 2ª Turma do STF em que determinado agente de inteligência, originariamente designado para coletar dados para subsidiar a Força Nacional de Segurança em atuação estratégica diante dos movimentos sociais e dos protestos ocorridos no Brasil em 2014, passou a realizar verdadeira e genuína infiltração em associação criminosa, concluiu o referido colegiado que todo o conjunto probatório por ele colhido seria ilícito, devendo, pois, ser desentranhado dos autos do processo, nos termos do art. 157, §3º, do CPP. Reconheceu-se, assim, a clandestinidade da prova produzida, porquanto o agente de inteligência, sem autorização judicial, ultrapassou os limites da sua atribuição e agiu como incontestável agente infiltrado. A ilegalidade não estaria presente na designação para o agente de inteligência atuar na coleta de dados genéricos, mas sim em sua infiltração, com a participação em grupo de mensagens criado pelos investigados e em reuniões do grupo em bares, a fim de realizar investigação criminal específica e subsidiar a condenação. Suas declarações poderiam servir para orientação de estratégias de inteligência, mas jamais como elementos probatórios em uma persecução penal.²⁵²

4.3.6 O agente disfarçado

A Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) inovou ao prever a figura do denominado “agente policial disfarçado”, incluindo-o no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) e também na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

No Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) a inclusão veio no §2, do art. 17, e no parágrafo único, do art. 18, conforme *in verbis*:

Comércio ilegal de arma de fogo

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição,

²⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 922.

²⁵² STF, 2ª Turma, HC 147.837/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/02/2019.

sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa

[...]

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, **a agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (grifo nosso).

Tráfico internacional de arma de fogo

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (grifo nosso)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, **a agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (grifo nosso)

Já na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), essa inclusão veio no inc. IV do §1º do art. 33, *in verbis*:

Tráfico de Drogas

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

V - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, **a agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (grifo nosso).

Portanto, tanto o Estatuto do Desarmamento como a Lei de Drogas, com suas novas redações, dispõem que, havendo conduta criminosa pré-existente (respectivamente tráfico de armas e drogas), o indivíduo que vender ou entregar a arma ou droga a agente policial disfarçado será penalmente responsabilizado pelo ato (terá enquadramento nos tipos penais acima aludidos).

Ao que parece, o pacote anticrime trouxe para o nosso sistema figura muito semelhante ao “agente encoberto”, previsto nos ordenamentos jurídicos de países estrangeiros.

A legislação portuguesa estabelece que: “consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade” (lei 101/2001, art. 1º-2). O site da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, nas notas e comentários ao artigo, cita entendimento jurisprudencial que diferencia o agente encoberto do infiltrado, sendo este último “o agente de polícia ou agente por si comandado que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação de sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles”. Já as “As acções encobertas são um meio de investigação a usar com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objecto de aprofundado escrutínio, o que no caso foi respeitado, tendo o tribunal, a partir do momento em que em audiência teve de lidar com a existência da acção encoberta, procurado o seu esclarecimento com a profundidade devida;”.²⁵³

Vê-se, então, que o “agente meramente encoberto” é o equivalente ao nosso agente policial disfarçado, ao passo que o “agente encoberto infiltrado” corresponde ao agente infiltrado na forma que definimos anteriormente. Assemelham-se no fato de que há um agente policial dissimulando ser outra pessoa; mas se distinguem pelo fato de o agente infiltrado adentra a organização, como se dela fosse integrante, o que não é realizado pelo agente policial disfarçado (ou meramente encoberto).²⁵⁴

O agente policial disfarçado é definido por Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinho e Renee do Ó Souza como:

aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se como aparência de um cidadão comum (não chega a infiltrar-se no grupo criminoso) e, partir disso, coleta elementos que identifiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo. O agente disfarçado ora em estudo não se insere no seio do ambiente criminoso e tampouco macula o voluntariedade na conduta delitiva do autor dos fatos.²⁵⁵

Assim, agente policial disfarçado qualifica-se como técnica especial de investigação, contida em tipo penal equiparado, a ser realizada exclusivamente por policial investigativo (civil ou federal), independentemente de autorização judicial. Consiste na atuação de maneira dissimulada do policial que, após diligências preliminares que atestem a presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, recebe arma de fogo ou droga do investigado, confirmando a suspeita e concretizando situação flagrancial da venda ou entrega do objeto ilícito.

²⁵³ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (Ministério Público). **Acórdão da Relação de Lisboa de 22-03-2011**. Agente encoberto. Agente infiltrado. Agente provocador. Proibição de prova. Prazo de interposição de recurso. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em: 13 ago. 2022.

²⁵⁴ ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob os enfoques da eficiência e do garantismo**, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2020, p. 224.

²⁵⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado** – comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 268.

O que se observa na atualidade é a utilização de um verdadeiro exército de intermediadores da mercancia do objeto ilícito, o que se chama de tráfico formiguinha. Os criminosos passaram trazer consigo e transportar somente pequenas quantidades de drogas e poucas armas, na porção estritamente encomendada. Deixam as coisas ilegais em esconderijo de difícil descoberta, sem fazer sua guarda ostensivamente para não despertar suspeita, acessando o covil somente no exato momento da relação de compra e venda, e de forma bem rápida. Com isso, praticamente inviabilizam a prisão em flagrante pelo policial, que raramente conseguirá surpreender o criminoso no curto espaço de tempo da negociação sem que para isso tenha que se passar por negociante e induzir o comércio, o que gera flagrante preparado e um delito putativo por obra do agente provocador (artigo 17 do Código Penal e súmula 145 do STF).²⁵⁶

Nesse sentido, o agente disfarçado consiste em reação legislativa à sofisticação da conduta dos delinquentes, de maneira a permitir a eficiente atuação do Estado-investigação. Esse é justamente o propósito dos meios extraordinários de obtenção de prova, sendo a grande novidade do disfarce policial, como mencionado, o fato de estar hospedado em um tipo penal.

4.3.7 O *undercover agent*

De forma efetiva, outro personagem que não se confunde com o agente infiltrado é a figura conhecida para *undercover agent* dos modelos policiais anglo-americanos. Se trata de um policial com trabalho semelhante ao do agente encoberto, que se infiltra nas esferas e organizações criminosas sem que sua tarefa esteja subordinada desde o início a uma investigação criminal específica.²⁵⁷

Esta distinção se justifica, segundo Gascón Inchausti, em razão de que o *undercover agent* ainda que seja um policial como o agente infiltrado, se infiltra de modo genérico em âmbitos e organizações diversas, sem que seu trabalho obedeça desde o princípio a uma investigação criminal específica. Portanto, é uma espécie policial equivalente ao colaborador ou delator.²⁵⁸

Pelo contrário, Delgado Martín expressa que o agente infiltrado estende sua investigação a toda a atividade criminal da organização e não somente a um fato criminoso específico. Segundo o autor, não haveria distinção conceitual entre as figuras do agente infiltrado e do *undercover agent*, devendo esses dois termos serem empregados de forma sinônimas.²⁵⁹

²⁵⁶ HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa; FONTE, Eduardo; GOMES SILVA, Márcio Alberto. **Agente policial disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas**. Conjur. Disponível em: <conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas>. Acesso em: 10 Ago 2022.

²⁵⁷ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GUILLÉN LÓPEZ, German. Entrega vigilada agente encubierto y agente provocador. Análisis de los médios de investigación em matéria de drogas. In: **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales**. Ed. Ministerio da Justicia, vol. LXI, 2008, p. 120, nota 101.

²⁵⁸ INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración policial y agente encubierto**. Granada: Comares, 2001, p. 28.

²⁵⁹ Seguindo esta mesma posição, vide: SUITA PÉREZ, Nora, "La diligencia de investigación por medio del agente encubierto", [Dir.] Pedro Martín García, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2006,

Nos parece mais acertada a primeira posição exposta, em razão da especialidade que caracteriza a atuação de um infiltrado em uma operação encoberta. Assim é que pensamos que a diferença apontada por Gascón Inchausti é tecnicamente correta, pois o infiltrado é designado para trabalhar em uma operação encoberta, que tem como objeto de uma determinada investigação, o que possibilita a exigência de obediência aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como facilita o controle obrigatório jurisdicional. Em relação aos *undercovers agents*, eles não têm atuação de obter um resultado concreto em uma determinada investigação, trabalhando de modo geral, o que torna o controle judicial especialmente dificultoso, além de provocar a violação do princípio da especialidade inerentes às ações do agente infiltrado.

4.3.8 O agente encoberto

Outro enfoque apresentado pela doutrina na temática do agente infiltrado é a possibilidade de uma diferenciação dos institutos da infiltração de agentes e das ações encobertas. Nesse contexto, parcela da doutrina diferencia a infiltração de agentes e a atuação dos agentes encobertos, entre eles encontram-se os autores: Manuel Augusto Meires, Mariângela Lopes e Manuel Monteiro Guedes Valente.²⁶⁰

Para esta parcela da doutrina, o agente infiltrado é um "membro da polícia que, autorizado por um juiz, oculta sua identidade e se insere, de forma estável, em determinada organização criminosa, na qual ganha confiança de seus membros, por ser aparentado a eles, tendo acesso a informações sigilosas, com a finalidade de comprovar eventual cometimento do delito, assegurando fontes de prova e identificando seus autores".²⁶¹

Dessa forma, afirma-se que o infiltrado seria o agente policial ou terceiro sob comando deste, que esconde sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou então simplesmente para a obtenção da notícia do crime, ganha a sua confiança pessoal, para ter conhecimento dos fatos e, caso necessário, participa da atividade criminosa, para conseguir a informação necessária ao fim que se propõe.²⁶²

Por seu turno, o encoberto trata-se de um agente de polícia que atua sem revelar a sua qualidade ou identidade, frequenta os lugares conotados com o crime, com a finalidade de identificar, e eventualmente deter, possíveis suspeitos da prática de crimes, mais ou

p. 243; PAZ RUBIO, José Maria, et alli., La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales, Madrid, 1999, p. 395.

²⁶⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. "Homens de confiança". Será o caminho? In: **II Congresso de processo penal**. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 81-101; LOPES, Mariângela. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha. Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 89, p. 535-565, 2011; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e Crime: o Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

²⁶¹ SOUZA, Luiz Roberto Salles. A infiltração de agentes como técnica de investigação criminal. In: **Crime Organizado**. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carreira. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 243.

²⁶² MEIREIS, Manuel Augusto Alves. "Homens de confiança". Será o caminho? In: **II Congresso de processo penal**. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 81-101, p. 94.

menos graves, de natureza pública, com ou sem representação, sem contudo, determinar a prática de qualquer crime ou conquistar a confiança de alguém.²⁶³

Nas palavras de Manuel Augusto Meireis, são “agentes da autoridade, ou alguém que com ele actue de forma concertada, que, sem revelar a sua identidade ou qualidade, frequenta os meios conotados com o crime na esperança de descobrir possíveis indícios de matéria criminal”.²⁶⁴ Para o autor, a presença do agente encoberto não influencia ou interfere na atuação dos agentes criminosos, sendo que este seria mero espectador da atividade 67 criminosa, sem qualquer contato com a organização.²⁶⁵

O que pode ser afirmado desta diferenciação é que no caso do encoberto não há qualquer participação ou contato com o grupo criminoso, já o infiltrado participa de forma efetiva na organização, seja atuando nos fatos ou apenas como alguém de confiança dos membros.

Assim, como se viu, o agente encoberto seria um policial à paisana, que frequenta locais públicos, com a intenção de recolher dados ou fatos, sem que haja qualquer interferência pessoal na divulgação das informações. Por seu turno, o agente infiltrado, atividade mais complexa, seria o policial que atua junto à organização e, por este motivo, interfere diretamente na exposição dos meios comprobatórios.

Mesmo entendendo que há essa diferenciação por parcela da doutrina, nosso posicionamento é que agente encoberto e agente infiltrado são a mesma figura, sendo tratados ao longo da explanação como sinônimos do mesmo instituto, sendo que apresentamos esta diferenciação apenas como forma de enaltecer a temática.

4.3.9 O agente provocador (*entrapment doctrine* ou teoria da armadilha)

Já o agente provocador é o agente público ou particular que, sem respaldo na lei e sem autorização judicial, induz ou instiga conduta criminosa de alguém que não tinha esse propósito, com o fito de prendê-lo em flagrante delito e obter provas. Nesse caso, diante da atuação do agente provocador, estará caracterizado o flagrante preparado, como espécie de crime impossível. Este flagrante, chamado de “flagrante preparado”, é nulo e a prova do crime é inválida, já que o autor do fato somente o praticou visto que foi levado a isso pelo agente provocador. Nesse sentido, a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”.

Cléber Masson e Vinícius Marçal explicam que para o Supremo Tribunal Federal haveria crime somente na aparência, porquanto a consumação é obstada pela própria prisão, havendo, então, crime impossível. A prisão é ilegal e a prova obtida no ato do flagrante viciado é ilícita.²⁶⁶

Diferentemente do agente infiltrado, o conceito e as características do agente provocador acabam por torná-lo avesso à investigação. Conceituando a figura do

²⁶³ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **O novo regime jurídico do agente infiltrado**: comentado e anotado - Legislação complementar. Coimbra: Almedina, 2001, p. 303.

²⁶⁴ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. "Homens de confiança". Será o caminho? In: **II Congresso de processo penal**. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 81-101, p. 93.

²⁶⁵ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. "Homens de confiança". Será o caminho? In: **II Congresso de processo penal**. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 81-101, p. 93.

²⁶⁶ MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015, p. 213.

provocador, afirma-se ser “um membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do fato criminoso.”²⁶⁷

Em outras palavras, o agente provocador cria uma situação, induzindo, instigando ou influenciando no agir de terceiro, com a finalidade de produzir provas de um fato criminoso, para que possa coletá-las com maior facilidade.

Na verdade, o agente provocador vai além da simples confiança e integração no grupo criminoso para a coleta de prova, ele “adianta”, “incute”, “sugere”, “cria” ou “precipita”, nas suas mentes, a (resolução à) prática do crime (*polizeiliche Lockspitzle, agent provocateur, entrapment*).²⁶⁸

O recurso do agente provocador não é aceito na doutrina ou jurisprudência, pois, ao contrário do que pretende a investigação, não finaliza com a autoria do fato delituoso investigado, ele o fomenta, na tentativa de alcançar o que pretende, qual seja o encarceramento do investigado e a obtenção da prova. Em essência, ele convence o indivíduo a prática delituosa, mesmo não querendo o crime, e sim, submeter, única e exclusivamente, outrem a um processo penal e possível pena.²⁶⁹

O agente provocador atua como um agente indutor da prática criminoso.²⁷⁰ Na infiltração, seu(s) agente(s) passam a integrar a estrutura criminoso e executam as atividades que lhe incumbem, sem induzir terceiros a cometer crimes.

Finalmente, a legislação espanhola afirma ainda que o agente encoberto não pode deixar de ser imputado se sua contribuição para o delito consiste em um ato de provocação.²⁷¹

A questão da provocação do delito, porém, é analisada basicamente em função da validade da prova, ao afirmar-se que a conduta do agente encoberto que venha a provocar a ação ou omissão dos membros da organização criminoso constitui situação de flagrante preparado. Mas, no que interessa, que é a responsabilidade por tal direcionamento de condutas criminosas, não se pode simplesmente igualar todas as hipóteses de indução, instigação e autoria mediata, segundo critérios uniformes de exclusão de responsabilidade, nem simplesmente afastar a responsabilidade pelo delito, preservando-a apenas no que tange a um eventual abuso de autoridade.²⁷²

²⁶⁷ LIMA, Sônia Silva Brito Lima. **O agente infiltrado**: o problema da legitimidade no processo penal do Estado de direito na experiência brasileira. Coimbra: Almedina, 2016, p. 372. Ainda, o mesmo conceito pode ser extraído do Acórdão do STJ de 13/01/1999.

²⁶⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal**. Tomo II. Bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal. Portugal: Rei dos Livros, 2010. p. 107.

²⁶⁹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 155.

²⁷⁰ O STJ decidiu no AgRg no REsp 1875005 / RS sobre a provocação ou indução dos agentes infiltrados à prática criminoso: “Alterar as conclusões consignadas no acórdão recorrido para decidir que os **agentes infiltrados** provocaram e induziram a prática criminoso, como requer a parte recorrente, exigiria a incursão no conjunto fático-probatório e nos elementos de convicção dos autos, o que não é possível nesta Corte Superior, segundo dispõe a Súmula n. 7/STJ.”

²⁷¹ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p. p. 380.

²⁷² Para Flávio Pereira, em casos assim, “o agente infiltrado poderia ser responsabilizado penalmente pelo abuso cometido, mas não teria que responder pela prática do delito em si mesmo considerado”. (PEREIRA,

Portanto, a diferença básica (e fundamental) é o fato de que a infiltração ser uma medida legal que tem por objetivo amearhar elementos de convicção sobre delitos praticados por uma organização criminosa. O infiltrado não induz, nem instiga o investigado a prática de crime; limita-se a ganhar a sua confiança para melhor observá-lo e assim colher os elementos probatórios.

Se, porventura, um agente infiltrado, desvirtuando-se de suas atividades, agir como provocador, a prova por ele coletada será inválida. O infiltrado não deve, pois, de forma nenhuma, incitar o cometimento de crimes pela organização criminosa, mas colher evidências e informações sobre crimes praticados por seus integrantes.

Em síntese, para serem válidas em juízo, “as provas colhidas pelo *undercover agent* devem derivar de atos preparatórios iniciados espontaneamente pelo investigado, ou devem resultar de iter criminis por ele percorrido também espontaneamente. Cabe ao Ministério Público provar que não houve instigação e que o crime teria ocorrido mesmo sem a infiltração policial. Qualquer prova que tenha sido obtida por provocação do agente infiltrado é inadmissível, por ilicitamente obtida”.²⁷³

Não por outro motivo, em caso concreto envolvendo a infiltração de agente policial em associação criminosa voltada ao tráfico de drogas, concluiu o STJ²⁷⁴ que, diante da inexistência de induzimento à prática delituosa, não seria possível qualquer questionamento em relação à legalidade da prisão e ulterior condenação pelo crime de tráfico de drogas. Afinal, se as provas produzidas comprovaram que o acusado, não obstante não estar comercializando a droga no momento da prisão, portava, juntamente com outros corréus, elevada quantidade de substância tóxica, caracterizada estaria a traficância e o estado de flagrância, na medida em que a consumação do ilícito em questão já vinha se protraindo no tempo e era preexistente à ação policial.

Com efeito, nesse capítulo tentamos aclarar o tema que reclama um maior aprofundamento da legislação brasileira. Nos meios especiais de obtenção de prova, precisamos diferenciar aquilo que ele traz como meio de prova, daquilo que seja um objetivo da sua própria existência: obter outras provas. Para tanto, revisitamos o que seja o sentido de meio de prova cotejando e contrastando com os meios de obtenção de prova. Concluímos que a infiltração de agentes é um meio de obtenção de prova. E estamos diante de um verdadeiro desvirtuamento do instituto, quando nos valhemos desse meio excepcional de obter prova e acabamos reduzindo-o ao que seja as declarações prestadas e colhidas pelo agente infiltrado.

Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 376).

²⁷³ ARAS, Vladimir. **Técnicas especiais de investigação**. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 435-436. Ainda segundo o autor, há provocação quando a conduta do infiltrado ou do agente encoberto é decisiva para a consumação do crime. Não há provocação quando o dolo é latente e antecede o induzimento policial, não havendo ardil ou persuasão dos investigadores para viciar a vontade do suspeito ou fazer surgir a intenção criminosa.

²⁷⁴ STJ, 5ª Turma, HC 92.724/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/04/2009, DJe 01/06/2009. Em caso concreto envolvendo a infiltração de agente policial para a investigação de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico, o TRF da 3ª Região também concluiu que o dolo de praticar o tráfico de drogas não foi provocado nos agentes pelo *undercover agent*, porquanto os criminosos já haviam executado, ao menos, os verbos “expor a droga à venda”, “importar”, “transportar” e “trazer consigo”, situação idônea para se afastar a aplicação da Súmula nº 145 do STF: TRF3ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 35.261, Rel. Desembargador Cotrim Guimarães, j. 20/10/2009).

5 APROVEITAMENTO DAS PROVAS OBTIDAS COM A TÉCNICA ESPECIAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Nesse momento, é imperioso destacar que há vários pontos controversos envolvendo a infiltração policial, porquanto, como se nota, dela decorre uma série de consequências tanto no âmbito processual quanto de Direito penal material. Desta sorte, analisaremos como se operacionaliza o aproveitamento e valoração das provas obtidas pelo agente infiltrado, inclusive quando ele ingressa no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa. Analisaremos se todos os fatos que o infiltrado trouxe para a acusação será utilizado para a imputação dos membros do grupo criminoso ou não, e como se dará esse aproveitamento.

Ademais, da infiltração policial, como técnica especial de obtenção de prova, advém consequências jurídicas no âmbito penal e processual penal, que devem ser estudadas para compreensão do aproveitamento e valoração das provas colhidas pelo agente infiltrado – tanto as juntadas diretamente aos autos, quando as declarações feitas por ele ao ser ouvido como testemunha, conforme veremos na sequência.

5.1 Consequências da infiltração policial no âmbito penal

No aspecto penal, não se trata exclusivamente de uma técnica de investigação ou produção de elementos probatórios, mas também implica em adesão do Estado, pela via de um de seus representantes, a práticas consideradas delitivas. Em certa medida, amparado pela escusa de efetividade – tão cara ao Direito penal de emergência vivido em nossos tempos – se abre passo à prática de atividades que o próprio Estado visa reprimir.²⁷⁵

Nesse contexto, sobrepõe a importância do ato de sopesar o ganho processual em face da perda de caráter ético para fins de delimitar até que ponto se pode ou deve imputar ao agente infiltrado pelo resultado de práticas delitivas em que se veja envolvido. Para pautar este sopesar, as legislações e a doutrina em geral convocam vários critérios, quase todos associados a/ou derivados de uma vaga ideia de proporcionalidade. Em certa medida – e ainda de modo mais vago –, a Lei nº 12.850 utiliza este padrão de resposta aos filtros de imputação do agente infiltrado.²⁷⁶

Temos, portanto, a questão específica de como o sistema de imputação deve reagir às práticas criminosas levadas a cabo pelo agente infiltrado durante o período de infiltração. O equilíbrio na atribuição ou não de responsabilidade pode ser melhor logrado quando se associa a tais pautas o ponto de referência diferenciador clássico da teoria do delito a respeito da distribuição de responsabilidades em situação de concurso de pessoas. Assim, para uma discussão sobre o âmbito de afastamento da responsabilidade penal por crimes do agente infiltrado em concurso de pessoas com membros da organização investigada, deve-

²⁷⁵ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 237, jan./jun. 2015.

²⁷⁶ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 237, jan./jun. 2015.

se ter em conta se o agente infiltrado foi, no caso concreto, autor direto, autor mediato, coautor, cúmplice, indutor ou instigador.²⁷⁷

5.2 Consequências da infiltração policial no âmbito processual penal

No que tange a esfera processual, o aproveitamento das provas colhidas por o agente infiltrado na organização criminosa se dá por meio de duas possibilidades: a) a consideração dos fatos antecedentes ou posteriores, com a responsabilização específica; ou b) na inevitabilidade de incidência de inclusão do agente infiltrado, o que, neste caso, a imputação, desde logo, terá que delimitar quais são essas balizas de atuação do agente.

De pronto, cabe ressaltar que essa última versão é totalmente indesejada, uma vez que o fato de o órgão acusador oferecer a denúncia contra todos os participantes da organização criminosa – inclusive contra o agente infiltrado – e, ao final, excluir a sua culpabilidade ou o isenta-lo de pena, por inexigibilidade de conduta diversa, não soluciona o problema.

Pois, quando se poderia falar na presença de um “excesso”? O que é excessivo na investigação? A prática de qualquer delito com pena inferior àquele que se investiga? A participação em um delito, mesmo que mais grave? A vagueza do termo não permite qualquer conclusão ou, quando menos, resulta incapaz de solucionar casos-limite.²⁷⁸

Ao lado disso, abre passo a um perigoso arbítrio judicial de decidir, a posteriori, quando o fato já foi praticado, o que é ou não proporcional. Note-se que não se conta com uma exigência legislativa de um plano descritivo das atividades a serem desenvolvidas no curso da infiltração, coisa que permitiria objetivamente definir o excesso. A tentativa de resolver o tema lançado no parágrafo único, do art. 13, da Lei nº 12.850/13, resulta ainda menos feliz, porquanto apela ao critério da inexigibilidade como medida exculpante.²⁷⁹

Afinal, é certo que o agente, durante a infiltração, pode se ver compelido, em maior ou menor grau, a cometer um ilícito, quer seja para demonstrar sua fidelidade e integração à organização criminosa, quer seja para preservar seus próprios bens jurídicos (incluindo vida, integridade física ou outros) e até mesmo para simplesmente preservar a idoneidade do seu disfarce.²⁸⁰

²⁷⁷ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 238, jan./jun. 2015.

²⁷⁸ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 238, jan./jun. 2015.

²⁷⁹ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 238, jan./jun. 2015.

²⁸⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín. **La criminalidad organizada**: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001, p. 108. No Brasil, MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei n. 9034/91 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 75. Admitindo ser este o posicionamento geral da doutrina, embora dela dissentindo, PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007. p. 126.

A título de exemplo, conforme já exposto, a Espanha prevê a figura do agente infiltrado, denominado de *agente encubierto* no texto da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, texto este que traz normas processuais penais. Foi dedicado um artigo para a figura, com dispositivos mais completos do que a legislação brasileira. O artigo 282²⁸¹, bis, da *Ley de*

²⁸¹ Prevê o artigo 282, bis, da Ley de Enjuiciamiento Criminal:

“1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifi que en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a. Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c. Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l. Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n. Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o. Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir

Enjuiciamiento Criminal é bastante longo e dedica um tratamento bastante específico ao agente infiltrado.

A figura é exclusiva para investigações que envolvam o crime organizado, sendo permitida a utilização com expressa autorização judicial. Somente os membros de Polícia Judicial poderão atuar como infiltrados e ter os seus dados de identidade alterados. Estes dados falsos de identidade serão outorgados pelo Ministro do Interior e terão a duração de 06 (seis) meses, prorrogáveis por mais 06 (seis) meses. A resolução de alteração do nome será sigilosa e somente ali constará o nome verdadeiro. Poucos têm acesso ao nome verdadeiro, para uma segurança do agente infiltrado.

Poderão adquirir e transportar os objetos dos delitos e estarão habilitados a atuar em tudo que tiver relação com a investigação concreta, atuando na vida social e jurídica sob a falsa identidade. Do mesmo modo, se forem chamados a testemunhar no processo, atuarão com o nome falso. A lei expressamente diz que nenhum funcionário poderá ser obrigado a atuar como encoberto.

Em suma, por se tratar de atividade que coloca o funcionário em situação de risco, ele não tem obrigação de aceitar a atuação. O agente infiltrado deverá solicitar autorização judicial quando tiver que atuar ou tomar medidas que ofendam direitos fundamentais. Define a lei espanhola o que vem a ser crime organizado como sendo “a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos seguintes delitos: a. delito de obtenção, tráfico ilícito de órgãos humanos e transplante dos mesmos; b. delito de sequestro de pessoas; c. delito de tratamento dos seres humanos; d. delitos relativos à prostituição; e. delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica; f. delitos relativos à propriedade intelectual e industrial; g. delitos contra os direitos dos trabalhadores; h. delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros; i. delitos de tráfico de espécies de flora ou fauna ameaçadas; j. delito de tráfico de material nuclear e radioativo; l. delitos contra a saúde pública; m. delitos de falsificação de moeda e de falsificação de cartões de crédito ou débito ou cheques de viagem; n. delito de tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos; o. delito de terrorismo; p. delitos contra o patrimônio histórico.” (tradução livre).

Assim, a lei espanhola prevê em quais delitos poderá o agente encoberto atuar, limitando as autorizações judiciais. O agente encoberto não tem responsabilidade criminal quando vier a praticar crimes advindos de uma atuação necessária no desenvolvimento da investigação. O policial deverá somente observar a proporcionalidade quando vier a cometer crimes. Finalmente, o agente encoberto deve explicar os seus atos ao Juiz competente pela investigação e deve apresentar um relatório de suas atividades, sempre que lhe for solicitado.

No modelo espanhol, para resolver o problema das provas que o agente infiltrado tomava parte, ingressando no curso causal, a experiência espanhola conta que o Ministério Fiscal Espanhol (Ministério Público) passou a denunciar o agente infiltrado – incluindo-o na narrativa dos fatos – e, ao final, postulava por sua absolvição por inexistência de conduta diversa, excluindo a sua culpabilidade e o isentando de pena.²⁸²

informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.”

²⁸² PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal* - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 374.

Outros países resolvem esse problema não denunciando o agente infiltrado, já que o que realmente interessa não são os fatos de que ele participa e sim os que ele descobriu. Dessa forma, as ações em que o infiltrado interfere no curso causal devem ser objeto de imputação por o órgão acusador. Por outro lado, as ações em que não houver a interferência do infiltrado serão descritas e imputadas a organização criminosa, fazendo a clivagem daquelas em que ele interfere no curso causal.

5.3 Dilema epistemológico: interferência do agente infiltrado no curso causal do fato criminoso e o aproveitamento das provas produzidas por sua atuação no seio das organizações criminosas

À margem de todas as múltiplas inquietações de cunho material e processual, o presente trabalho tem por foco uma questão específica de direito processual: como institucionalizar a Técnica Especial de Investigação denominada infiltração de agentes policiais, prevista na Lei nº 12.850/13, num país de reduzida discricionariedade persecutória? E como fazer a clivagem dos fatos trazidos pelo agente infiltrado para fins probatórios?

A questão assume crucial importância quando a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 tratou expressamente da matéria e pretendeu dar contornos definidos e uniformes a todas as práticas nas quais por ventura se envolva o agente infiltrado.

Malgrado essa lei não ter conseguido alcançar seu intento, por ter deixado lacunas, vale dizer que o agente infiltrado está ali com o objetivo de alcançar provas. O que ele prestar como prova em si, ou seja, no que se depender de suas declarações, serão descartadas. Então, nesse contexto, em que consiste o agente infiltrado? Uma testemunha? E como vamos nos valer das declarações de uma testemunha que ingressa no curso causal dos fatos? Tudo o que o agente infiltrado trouxe vai virar imputação penal? É o que veremos a seguir.

5.3.1 Aproveitamento das declarações do agente infiltrado, na condição de testemunha, como prova em processo penal e sua validade jurídica

Deve-se analisar, dessa forma, como serão operacionalizadas e valoradas as provas colhidas pelo agente infiltrado – tanto as juntadas diretamente nos autos, quanto as declarações feitas por ele ao ser ouvido como testemunha.

Como já restou demonstrado, as provas obtidas por meio da infiltração policial são sempre fruto de engodo. O infiltrado angaria provas ao manter o investigado em um estado ilusório, fazendo-o acreditar que é alguém que, na realidade, não é. Assim, sendo, pode ser tais provas valoradas pelo juiz e, ainda, servir de alicerce a uma sentença condenatória?²⁸³

²⁸³ JAMILE JOSÉ, Maria. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 126.

Nos Estados Unidos da América, no caso *Hoffa vs U.S.* (1966), a Suprema Corte descartou qualquer lesão às Emendas Constitucionais do país ao afirmar que, ainda que o agente não tenha revelado sua identidade e função ao investigado, as conversas que este mantinha com ele eram totalmente voluntárias, assim como o fornecimento de informações.²⁸⁴

Na Alemanha, há uma forte discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da validade das provas obtidas por meios enganosos.²⁸⁵ O *Strafproze Bbuch* (StPO) – o conjunto de leis processuais penais do país –, em seu artigo 136, “a”, veda expressamente a utilização de métodos enganosos em interrogatório. Porém, parte da doutrina e da jurisprudência defende a possibilidade da valoração das provas assim obtidas, em caráter excepcional, quando se tratar de crimes graves.²⁸⁶

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Supremo Alemão – o BGH GSSt –, em 13 de maio de 1996: “si una persona privada, a instancias de la autoridad instructora, mantiene com el sospechoso del hecho una conversación dirigida a obtener datos sobre el objeto de la investigación, sin revelar el propósito de la misma, el contenido de la conversación puede ser valorado, em todo caso como prueba testifical, siempre que se trate del esclarecimiento de un hecho punible de relevante significación y la investigación de los hechos con otros métodos hubiera tenido pocas perspectivas de êxito o hubiera sido esencialmente dificultada.”²⁸⁷

Neste sentido, aliás, já se manifestou a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso “Teixeira de Castro vs Portugal”²⁸⁸, no qual a condenação do investigado havia

²⁸⁴ SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato de. **El agente encubierto em el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 75.

²⁸⁵ BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 70.

²⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 70.

²⁸⁷ Tradução livre: “Se um particular, a pedido da autoridade investigadora, mantiver conversa com o suspeito do ato destinado a obter dados sobre o objeto da investigação, sem revelar a finalidade da investigação, o conteúdo da conversa pode ser valorizado, em todo o caso como prova testemunhal, desde que se trate de esclarecimento de ato punível de relevante importância e a investigação dos fatos com outros meios teria tido poucas perspectivas de êxito ou teria sido essencialmente difícil. (SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato de. **El agente encubierto em el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 76).

²⁸⁸ Nesse caso, Francisco Teixeira de Castro foi preso por dois policiais à paisana, que chegaram a ele através 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. (CASSANI, Belén. *Agente encubiertos e informantes como médios de prueba contra el crimen organizado – Um análisis desde la jurisprudência de derechos humanos*. In: **El crimen organizado – Desafíos e**

se baseado essencialmente nas declarações de dois policiais infiltrados. Em sua decisão, a referida Corte afirmou a validade das informações prestadas pelos agentes infiltrados como base para outras medidas investigativas em sede de instrução preparatória – e quando a natureza do delito o justifique. Condenou, porém, a sua utilização pelo juiz para justificar uma condenação.²⁸⁹

Além disso, há que se considerar que o agente infiltrado deverá, necessariamente, prestar declarações de forma encoberta, mantendo sua identidade sob sigilo, para segurança sua e de sua família – o que certamente restringe a amplitude do direito de defesa do acusado. Por isso, cremos que esta condição, também, traz restrições às possibilidades de valoração destas declarações pelo magistrado.

Nesse sentido, as “Regras de Mallorca”, ou “Regras Mínimas de Processo Penal”²⁹⁰, elaboradas pelo Instituto Universitário de Criminologia da Universidade Complutense de Madrid, também dispõem, em seu artigo, 33, inciso 3:

Art. 33. 3. Em el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba, los jueces em los supuesto des testigos de referencia, declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán em cuenta que solo com outras pruebas corroboradoras de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatória.²⁹¹

Assim, tem-se que apenas a prova obtida pelo agente infiltrado, de maneira isolada, não serve para embasar uma sentença condenatória. Para que possa subsidiar uma condenação, deve estar ela acompanhada de outros elementos de prova que a corroborem.

Por outro lado, questão fundamental a ser levantada acerca da infiltração policial é sobre a possibilidade de o agente infiltrado poder ser utilizado como testemunha em fase judicial. O tema é extremamente delicado, não sendo pacífico na doutrina, pois de um lado

perspectivas em el marco de la globalización. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 241-242)

²⁸⁹ SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato de. **El agente encubierto em el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 128.

²⁹⁰ Projeto de Regras Mínimas das Nações Unidas para o procedimento penal, mais conhecidas como Regras de Mallorca, têm a finalidade de orientar e servir de modelo às reformas dos sistemas penais do mundo. Em 23, 24 e 25 de novembro de 1990; 3, 4 e 5 de maio de 1991; Nos dias 5, 6, 7 e 8 de setembro de 1991 e 14, 15 e 16 de fevereiro de 1992, especialistas de vários países realizaram sessões em Palma de Maiorca, Espanha, convocadas pelo Ministério anexo à Presidência do Governo das Baleares e com a cooperação da Seção de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal do Escritório das Nações Unidas em Viena. Quando se analisou que a justiça penal é um instrumento do Estado que essencialmente afeta ou restringe os Direitos Humanos, deve-se levar em consideração que a Dignidade Humana é uma das premissas fundamentais a serem respeitadas no Devido Processo Legal – já reconhecido em diversos instrumentos internacionais – fez-se necessário criar um conjunto de regras mínimas para o processo penal. Este conjunto de regras foi dividido em sete seções, que são as seguintes: I) Princípios Gerais do Processo; II) princípios de implementação do processo; III) direitos do acusado; IV) direitos de defesa; V) meios coercitivos; VI) julgamento oral; VII) recursos. Nove seções, que no total incluem quarenta e seis artigos, a maioria com subseções e que indicam que o Estado tem a função de processar o crime e que cada Estado decidirá quando o exercício da ação penal poderá ser depositado em particulares. A função de investigação e acusação deve ser separada da função de julgamento e que esses juízes devem gozar de independência sujeita apenas à lei e ser imparciais, sempre respeitando o direito de todos os acusados de serem julgados pelos tribunais comuns de acordo com os procedimentos estabelecidos. estabelecido. (**Proyecto De Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia Penal**).

²⁹¹ Tradução livre: No exercício da liberdade de apreciação da prova, os juízes, no caso de testemunhas de referência, declarações de arrependimento e situações análogas, terão em conta que só com outras provas que comprovem tais depoimentos poderá ser proferida uma condenação.

(SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato de. **El agente encubierto em el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 66-67). (Destaque acrescentado).

há os princípios do contraditório e da ampla defesa do acusado de confrontar as provas obtidas por meio da infiltração, ao passo que, do outro lado tem-se o princípio do sigilo do agente infiltrado e a sua integridade física, previsto na legislação especial.

A Lei nº 12.850/13 ao prever os direitos do agente infiltrado assevera que este terá seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário. Partindo deste pressuposto, é possível verificar que o legislador pátrio se preocupou com eventuais represálias que poderia vir a sofrer o agente policial que se infiltrou em uma organização criminosa, mesmo após o término da operação.

Alguns autores consideram o testemunho do agente infiltrado de suma importância para o Estado Democrático de direito, como assevera José Maria Jamile ao afirmar que²⁹²: “findo o período de infiltração, existe a possibilidade de que o agente infiltrado seja ouvido durante a fase de instrução probatória. Entendemos que a oitiva do agente é fundamental para que a defesa exerça seu direito ao contraditório – ainda que de maneira diferida – e a ampla defesa, da melhor forma possível. É apenas dessa forma que ela terá a chance de questionar o agente acerca das circunstâncias em que se deu a infiltração e da forma como foram obtidas as provas juntadas aos autos.” Não há, no entanto, na legislação brasileira, qualquer disposição relativa à forma como se dará essa oitiva ou o status conferido ao agente no momento da oitiva.

O autor assevera ainda que “a despeito do silêncio da lei, que o agente infiltrado deve ser ouvido como testemunha em juízo. Testemunha, no processo penal, é toda pessoa que, não figurando no mesmo procedimento como vítima ou como acusado, encontra-se inteirado sobre os fatos investigados e vem a juízo prestar informações sobre eles.²⁹³ Ao teor do depoimento da testemunha dá-se o nome de ‘testemunho’, cujo valor no processo penal reside na presunção de que alguém que tenha presenciado um acontecimento de relevância jurídica possa ter percebido, através de suas percepções sensoriais, a verdade dos fatos, e queira transmiti-la.²⁹⁴ Essa presunção alicerça-se em dois pontos: a capacidade de o homem perceber a ocorrência dos fatos e a de transmiti-los corretamente.²⁹⁵

Ora, segundo o autor, o infiltrado encontra-se exatamente na posição descrita: é alguém que, não sendo vítima ou acusado, dispõe de informações sobre os fatos da persecução penal e está apto a prestar informações sobre ele. Pode ser considerado, portanto, como uma testemunha.

Marcelo Batlouni Mendroni compartilha da mesma opinião: “nada impede, mas ao contrário, tudo sugere, que ele sirva de testemunha – diga-se, importantíssima – a respeito das atividades da organização criminosa dentro da qual terá convivido. Estará em condições

²⁹² JAMILE, José Maria. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado). São Paulo. 2010.p. 123.

²⁹³ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 14. Cláudia B. Moscato de Santamaría também oferece a definição de testemunha: “individua que se encuentra directamente a la vista de un objeto, y conserva su imagen, por lo tanto es El llamado a declarar según se experiencia acerca de ela existência y natulaleza de los hechos investigados cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdade.” (SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato de. **El agente encubierto em el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 64).

²⁹⁴ MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Heinrich. Rio de Janeiro: Jacinto, 1917, p. 284.

²⁹⁵ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 15.

de descrever ao Juiz tudo o que tiver presenciado e relatar as atividades criminosas e os respectivos *modus operandi*.”²⁹⁶ Note-se que o agente infiltrado, ao prestar declarações como testemunha, tem o dever de dizer sempre a verdade, sob pena de incorrer no crime previsto pelo artigo 342 do Código Penal.²⁹⁷

No entanto, perceba que, quando o agente infiltrado testemunha em Juízo, deve ter sua identidade mantida em sigilo, a fim de proteger a si próprio e à sua família de possíveis vinganças dos integrantes da organização criminosa na qual estava infiltrado²⁹⁸, conforme observa Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero: “resulta evidente que cuando el policía abandona el entorno delictivo, la salvaguarda de su integridade física debe proseguir, incluso con mayor intensidad, pues los presuntos culpables intentarán impedir cualquier tipo de declaración incriminatória concluyente”.²⁹⁹

Além disso, se for identificado, o agente não mais poderá trabalhar como infiltrado em futuras operações, o que representa grande perda para os quadros da polícia, haja visto o alto grau de treinamento e especialização necessários³⁰⁰ a um agente infiltrado.³⁰¹

Por esse motivo, Marcelo Batlouni Mendroni defende o uso, no que couber, dos dispositivos da Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Testemunhas)³⁰² para a proteção dos

²⁹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 59.

²⁹⁷ Código Penal. Falso testemunho ou falsa perícia

“Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013).”

²⁹⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 59.

²⁹⁹ Tradução livre: “É evidente que quando o policial sai do ambiente criminal, a salvaguarda de sua integridade física deve continuar, ainda que com maior intensidade, uma vez que os supostos culpados tentarão impedir qualquer tipo de declaração incriminadora conclusiva”. (GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. **Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación**. Madrid, 2004, p. 233).

³⁰⁰ Os agentes infiltrados passam por um rigoroso processo de seleção, formação, treinamento e supervisão, representando tal processo uma primeira garantia contra o eventual fracasso de suas operações. No Federal Bureau of Investigation (FBI) e nas polícias locais norte-americanas, por exemplo, existem dois níveis de seleção e treinamento. No primeiro, de caráter mais genérico, exige-se que o agente seja voluntário, que preste juramento, que tenha resistência física e psicológica frente a situações de tensão, espontaneidade, capacidade de improviso face a situações inesperadas, capacidade de manipulação e de representação, estabilidade familiar e motivação para o exercício da função. Já o segundo nível de seleção procura encontrar agentes com características específicas apropriadas para determinada operação em concreto, tais como a natureza do disfarce, o tempo da operação e o meio criminoso em que o agente terá de infiltrar-se. É ministrado aos agentes, então, um curso, o qual compreende uma parte teórica, que envolve o estudo de direito penal, direito processual penal e criminalística, e uma parte prática, mais intensa, que prepara o agente para se adaptar ao seu “disfarce” e aos riscos e exigências do trabalho, e engloba ainda preparação física e mental, curso de defesa pessoal, curso de tiro, lições sobre técnicas eletrônicas de vigilâncias, sobre problemas a enfrentar no trabalho infiltrado e sobre atuação. Os candidatos também são treinados para integrar-se em diversos meios sociais, ao nível de hábitos, linguagem e esquemas de transação de produtos de venda ilícita, entre outros aspectos da comunidade em que se infiltrarão. (ONETO, Isabel. **O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 84-85).

³⁰¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 59.

³⁰² Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

agentes infiltrados que vierem a ser ouvidos como testemunhas.³⁰³ Não obstante, o que ele defendia como esforço interpretativo, virou lei. Portanto, segundo o art. 14, da Lei nº 12.850/13, *in verbis*:

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito. (grifo nosso).

Muitos sustentam que o policial, por estar umbilicalmente ligado ao caso levado à Justiça, não teria o necessário distanciamento para depor. Nos termos do art. 214 do Código de Processo Penal – CPP:

Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

O dispositivo versa sobre dois possíveis e distintos incidentes quando da oitiva da testemunha: a contradita e a arguição de sua parcialidade. Contraditar a testemunha significa impugnar seu depoimento, com o objetivo de impedir que uma testemunha proibida de depor (CPP, art. 207) seja ouvida. Nada impede que a parte que arrolou a testemunha apresente contradita, devendo o incidente ser decidido pelo magistrado na própria audiência, antes de iniciar o depoimento. Na arguição de parcialidade, a parte pode alegar circunstâncias ou defeitos que tornem a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé. Nessa hipótese, o objetivo não é o de excluir a testemunha. Na verdade, o objetivo da arguição de parcialidade é o de fazer constar do ato que a testemunha é

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

³⁰³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 59.

tendenciosa, o que será sopesado pelo magistrado quando da valoração de seu depoimento.³⁰⁴

Não vemos motivos para que seja conferido ao depoimento do policial um valor diferente daquele observado às outras testemunhas. A prova testemunhal, em razão das conhecidas fraquezas humanas, deve sempre, seja quem for o depoente, ser devidamente confrontada com os demais elementos constantes dos autos.

Quanto à exposição do infiltrado ao depor em juízo, a novel Lei nº 12.850/13 dá, mais uma vez, demonstração de estar atenta às dificuldades do trabalho de infiltração ao elencar entre os direitos do agente infiltrado a preservação do seu nome, qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais, mesmo durante o processo criminal, conforme já exposto acima.

A legislação Portuguesa trata especificamente desse ponto – as declarações do agente encoberto em audiência de julgamento – no Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal (Lei nº 101/2001, de 25 de agosto) – RJAÉ. O art. 4º do RJAÉ, que se transcreve em seguida, sob a epígrafe “Proteção de funcionário e terceiro” aborda a prestação de depoimento do agente encoberto que tenha atuado com ou sem identidade fictícia.

Artigo 4.º

Protecção de funcionário e terceiro

1 - A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 5 do artigo 3.º se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios.

2 - A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante prévio registo, na posse da Polícia Judiciária.

3 - Oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha actuado com identidade fictícia ao abrigo do artigo 5.º da presente lei preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação.

4 - No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, observará sempre o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 87.º do Código de Processo Penal, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho. (grifo nosso).

É no nº 3 e nº 4 deste artigo que a norma aborda diretamente as circunstâncias e as condições em que o agente infiltrado presta declarações em audiência de julgamento. O agente infiltrado, apesar de processualmente ser uma testemunha (conforme já abordado), no nosso ponto de vista não se trata de uma testemunha na sua verdadeira essência, já que a sua participação na investigação nas fases processuais de instrução e julgamento pode nunca vir a ser conhecida, pois o RJAÉ não o garante.³⁰⁵

³⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 778.

³⁰⁵ PONTES, Arménio Claro. **Ações Encobertas** – As declarações do agente encoberto em audiência de julgamento. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2014. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/16887/1/Pontes_2014.pdf> Acesso em 09 Ago 2022, p. 81.

Segundo Arménio Claro Pontes, o agente encoberto só excepcionalmente prestará declarações, pois primeiramente, a própria ação encoberta terá que ser do conhecimento do juiz de julgamento. Só após haver conhecimento que na fase de inquérito ocorreu uma ação encoberta, é que o juiz de julgamento tem que ponderar se o agente encoberto deve prestar declarações e, nesse caso, em que condições.³⁰⁶

Ainda segundo o autor, e tendo como base o Direito Português,

O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 17/06/2008, concluiu **que cabe ao juiz de julgamento averiguar da necessidade de utilizar a prova obtida pelo agente encoberto, i.e., se ele presta ou não declarações em audiência de julgamento**, referindo mesmo que o juiz de julgamento pode nunca vir a ter conhecimento da ação encoberta. **“De todo o modo, afigura-se-nos que caberá ao juiz de julgamento a última palavra sobre a necessidade de utilizar a prova obtida pelo “agente encoberto”,** tendo em conta o disposto no art. 4.º n.º4 da citada Lei n.º 101/2001 e 165.º n.º1 e 340.º n.º1 do CPP (isto se por acaso tiver conhecimento da “ação encoberta”, o que não é garantido pelo regime em vigor).³⁰⁷ (grifo nosso).

Noutro sentido, o depoimento de agentes policiais sempre causou grande discussão no âmbito jurisprudencial, pois o policial, por ter participado das diligências, tem tese, não será imparcial em suas manifestações em juízo. No entanto, com base no art. 202 do Código de Processo Penal, é possível que qualquer pessoa seja considerada testemunha, razão pela qual não se pode recusar o devido valor ao depoimento policial, ressalvadas as hipóteses de suspeição ou impedimento.

Por óbvio, a valoração dada ao testemunho do agente estatal não deverá ter caráter absoluto, visto que é inegável que sua participação nas investigações afetará a sua parcialidade quanto aos fatos em julgamento.

Nesse sentido, cabe questionar se no exercício do direito ao confronto da prova³⁰⁸, inclui-se ou não a identificação do agente infiltrado ou encoberto. Se esse conhecimento abrange a identificação do agente infiltrado – o que não nos parece indispensável – ou se se satisfaz com o detalhamento da sua atuação no curso da investigação. Logo, o que a defesa precisa saber para exercer o confronto do meio de prova?

Por força do direito ao confronto, todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz deve ser produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições. Renato Brasileiro da Silva³⁰⁹ afirma

³⁰⁶ PONTES, Arménio Claro. **Ações Encobertas** – As declarações do agente encoberto em audiência de julgamento. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2014. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/16887/1/Pontes_2014.pdf> Acesso em 09 Ago 2022, p. 81.

³⁰⁷ PONTES, Arménio Claro. **Ações Encobertas** – As declarações do agente encoberto em audiência de julgamento. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2014. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/16887/1/Pontes_2014.pdf> Acesso em 09 Ago 2022, p. 82.

³⁰⁸ Segundo Diogo Rudge Malan, “O direito ao confronto (em inglês, right of confrontation) é o direito fundamental do acusado a presenciar e participar da colheita da prova oral contra ele produzida em audiência pública. (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009).

³⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 781-782.

que “é irrelevante a qualificação jurídico-formal que o ordenamento jurídico atribua a essa pessoa (v.g., ofendido, informante, corréu, delator, declarante, testemunha, assistente da acusação, perito, assistente técnico, etc.): havendo produção de prova testemunhal contra o acusado, há de se assegurar a observância do direito ao confronto.”

Apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal, encontra-se consagrado em diversos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos: art. 6º, nº 3, alínea “d”, da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos), art. 14, nº 3, alínea “e”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e art. 8º, nº 2, alínea “f”, do Pacto de São José da Costa Rica (Dec. 678/92). Segundo Diogo Rudge Malan,³¹⁰ o direito ao confronto possui conteúdo normativo multifacetado, consubstanciando-se no direito fundamental do acusado: 1) à produção da prova testemunhal em audiência pública; 2) a presenciar a produção da prova testemunhal; 3) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; 4) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; **5) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal**; 6) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal; 7) direito do acusado de se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas.

Como se pode perceber, no item 5, um dos direitos fundamentais do acusado com relação ao direito ao confronto, é o direito a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal. Ocorre, que nem todo direito é absoluto, comportando exceções. No caso dos agentes infiltrados, podemos utilizar a mesma lógica das testemunhas anônimas, face a similitude dos institutos e suas funções no processo penal.

De acordo com Diogo Rudge Malan,³¹¹ compreende-se por testemunha anônima aquela cuja identidade verdadeira – compreendendo nome, sobrenome, endereço e demais dados qualificativos – não é divulgada ao acusado e ao seu defensor técnico. Esse anonimato é determinado para se prevenir ou impedir a prática de eventuais ilícitos contra as testemunhas (v.g., coação processual, ameaça, lesões corporais, homicídios, etc.), possibilitando, assim, que seu depoimento ocorra sem qualquer constrangimento, colaborando para o necessário acerto do fato delituoso.

Ainda segundo o autor, “tal anonimato testemunhal em regra é acompanhado do uso de procedimentos judiciais que impedem o acusado e seu defensor técnico de vislumbrar o semblante da testemunha, e de recursos tecnológicos que distorcem a voz dela durante o seu depoimento em juízo. Ademais disso, aqueles sistemas probatórios que permitem a produção de fontes de prova oral anônimas no julgamento também costumam impor restrições quanto às linhas de questionamento que podem ser utilizadas pelo acusado, ao ensejo da inquirição dessas fontes, a fim de evitar a identificação delas próprias ou da sua atual residência”.³¹²

Perceba-se que essas medidas são adotadas com o objetivo de se prevenir a prática de atos ilícitos contra testemunhas por parte do acusado ou de pessoas a ele associadas, tais

³¹⁰ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 139.

³¹¹ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 140.

³¹² MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 140.

como coação processual, ameaça, lesões corporais, homicídio, etc, o que essas precauções restam evidentes de serem aplicadas ao agente infiltrado, pelas razões outrora aventadas.

No Brasil, de acordo com a Lei nº 9.807/99, que versa sobre a proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, dentre diversas medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso, é possível a preservação de sua identidade, imagem e dados pessoais (Lei nº 9.807/99, art. 7º, inciso IV). Essa decretação do anonimato do depoente deve ser compreendida como uma medida de natureza excepcional, que só deve ser admitida quando houver fundados indícios de ameaças à integridade física e moral da testemunha. Na verdade, como dispõe a própria Lei nº 9.807/99 (art. 2º, caput), “a proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova”.³¹³ Logo, todos esses elementos exigidos acima destacados, se fazem presentes com relação ao agente infiltrado.

Ademais, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) de 2000, a qual foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015/2004, conforme já informado. Em seu art. 24, esse tratado determina que cada Estado-Parte adote medidas para a proteção eficaz contra atos de violência ou intimidação das testemunhas que depõem sobre infrações previstas na própria Convenção e de seus familiares. Dentre tais medidas protetoras de testemunhas se incluem aquelas destinadas a “impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro” (art. 24, nº 2, alínea “a”).

Por sua vez, de acordo com o Provimento nº 32/2000, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, relativo à proteção de vítimas ou testemunhas de crimes que admitem a prisão temporária, caso essas vítimas ou testemunhas sejam coagidas ou ameaçadas em decorrência de seus depoimentos e assim o desejarem, não terão seus dados qualificativos registrados nos respectivos termos de depoimento, e sim em autos cartorários apartados (art. 3º), aos quais só poderão ter acesso o Ministério Público e o defensor técnico constituído pelo acusado (art. 5º).³¹⁴

Como se pode perceber, em se tratando de testemunhas anônimas, haverá evidente restrição à publicidade do ato processual, justificada pelo dever estatal de proteção às testemunhas, evitando-se que seja potencializado qualquer risco de violência ou intimidação ao depoente. Na verdade, “se o Estado não tem condições de garantir, totalmente, a segurança da vítima e das testemunhas que vão depor, é preciso que o magistrado tome tais providências, valendo-se dos princípios gerais de direito e do ânimo estatal vigente de proteger as partes envolvidas num processo criminal”.³¹⁵

³¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 782-783.

³¹⁴ Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.182/2007, o qual, dentre outras alterações, propunha acrescentar um art. 12-A à Lei nº 9.807/99, dispondo sobre a possibilidade de ocultação de dados de identidade da testemunha, durante a tramitação de ação penal condenatória. Essa ocultação ocorreria em casos de coação ou grave ameaça à vítima ou à testemunha do delito. Nessas hipóteses, previa o Projeto que o depoimento dessa testemunha seria prestado por meio de comunicação telefônica, telemática, rádio ou qualquer outro meio assemelhado, permitida a distorção da voz para a preservação da identificação do inquirido ou por videoconferência ou meio similar, desde que obstada a identificação do inquirido. Não obstante, esse Projeto de Lei foi arquivado por a Mesa Diretora em 2015.

³¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 402.

Essa hipótese de publicidade restrita não afronta a Constituição Federal. Afinal, é a própria Carta Magna que autoriza que a lei possa limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos em que haja interesse social (CF, art. 93, IX, c/c art. 5º, LX). Na hipótese de testemunhas anônimas, esse interesse social na proteção de seus dados está consubstanciado pela proteção à integridade física e moral da testemunha e pela própria realização do jus puniendi.³¹⁶

Renato Brasileiro defende que, em todas as hipóteses acima mencionadas de testemunhos anônimos, conquanto haja restrição à presença do acusado, afigura-se obrigatória a presença do defensor quando da produção da prova testemunhal, devendo-se franquear a ele o acesso aos dados qualificativos da testemunha. Uma vez que, de nada adianta assegurar ao defensor a possibilidade de fazer reperguntas às testemunhas, se o advogado não tem conhecimento de quem é a testemunha. Ora, como poderá o advogado fazer o exame cruzado, se não tem consciência de quem está prestando o depoimento? Como poderá o advogado aferir o saber testemunhal sem conhecimento de seus dados pessoais? Segundo o autor, “a nosso juízo, portanto, e de modo a se assegurar o direito à ampla defesa (CF, art. LV), pensamos que a ocultação da identidade de testemunhas ou vítimas não poderá alcançar o advogado, o qual ficará responsável pela preservação desses dados.”³¹⁷

Em sentido contrário, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna sustentam que, em casos extremos, havendo provas concretas de ameaça à integridade física e à própria vida das testemunhas, vítimas e informantes, pode-se restringir o acesso à identidade do depoente até mesmo em relação ao advogado, com base na ponderação de interesses, sobretudo quando os outros meios existentes para a proteção não se mostrarem eficazes, como o depoimento à distância, a ocultação de endereço, etc. De acordo com os autores, “em tais situações a proteção em relação aos direitos fundamentais das testemunhas e a própria realização do jus puniendi terão especial densidade, a justificar a adoção de medida tão extrema, mormente quando se está diante de crimes de elevadíssima danosidade social”.³¹⁸

Em julgado importante acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à colheita de prova testemunhal com a preservação do sigilo dos dados qualificativos da testemunha em relação ao acusado, assegurado, todavia, o acesso às informações por parte do advogado constituído. Na visão do Supremo, a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas teria sido adotada devido ao temor de represálias, sendo que sua qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito aos juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e nomeados. Reputou-se legítima a providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha previstas na Lei nº 9.807/99. Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada.³¹⁹

³¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 784.

³¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 785.

³¹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória? In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano VI, nº 36, Porto Alegre, fev.-mar./2006, p. 235.

³¹⁹ STF, 2ª Turma, HC 90.321/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 182 25/09/2008.

Bem, do exposto, nos parece que o exercício do direito ao confronto de prova não inclui, necessariamente, a identificação do agente infiltrado ou encoberto. Porquanto o que a defesa precisa saber para exercitar plenamente esse confronto é o detalhamento da atuação do agente no curso da investigação, além de que, em casos extremos – como é o caso do agente infiltrado, que tem sua vida e integridade física e da sua família posta em risco por a organização criminosa da qual se infiltrou –, defendemos que pode-se restringir o acesso à identidade do agente infiltrado até mesmo com relação ao advogado, com base na ponderação de interesses, especialmente quando os outros meios para a sua proteção se mostrarem ineficazes.

As ações do agente policial infiltrado também se distinguem do agente policial que apenas se aproxima, de forma isolada e esporádica, de algum integrante da organização criminosa para descobrir fatos sobre um crime que já fora cometido. Distingue-se também daquele agente policial que, previamente, sabendo de algum crime que será cometido por integrantes de uma organização criminosa, aproxima-se destes para observar e, no momento exato, realizar a prisão.

Essas figuras são admitidas pela legislação pátria, pois não há a instigação por parte do policial. Esta última figura é conhecida pela doutrina e pela jurisprudência como flagrante esperado, no qual não há intervenção policial até o momento que será efetuada a prisão, diferentemente do flagrante preparado, que ocorre quando o agente policial induz terceiro ao cometimento de algum delito e, quando consumado, toma as providências para efetuar a prisão deste terceiro.³²⁰

Há, ainda, outras formas de condutas indevidas por parte do agente policial, como ameaças ou intimidações para que o terceiro cometa algum crime, o que, inevitavelmente, leva à ilicitude da prova. Outro desvio de atitude que pode ser cometido pelo agente policial é a colheita de informações de caráter privado da vida do investigado, sem relação alguma com a investigação de práticas delituosas, sem interesse algum ao processo, informações estas que devem ser extraídas dos autos e com a devida responsabilização do agente policial.³²¹

Portanto, o magistrado que ouvirá os testemunhos do policial que trabalhou de forma infiltrada deverá atentar-se a dois elementos fundamentais na valoração do depoimento do policial: o primeiro é a “inexistência de interesse de afastar eventual ilicitude em suas diligências”; e, o segundo, “a comprovação de seu depoimento por outros meios de prova, salvo impossibilidade de fazê-lo”.³²²

Quanto ao primeiro elemento, deve estar atento o magistrado se o agente policial infiltrado não agiu como agente provocador, instigando os agentes criminosos à prática delituosa. Seria de grande interesse do agente estatal omitir esse fato ao juízo, pois as consequências disso seriam a absolvição ao acusado e uma possível sanção administrativa e até penal.

Entretanto, é importante ressaltar que a provocação causada pelo agente infiltrado resultará na contaminação somente das provas colhidas a partir de sua conduta abusiva e não de evidências eventualmente já colhidas na investigação. O agente policial infiltrado terá interesse também em omitir eventuais ameaças aos integrantes da organização para que cometessem algum delito ou mesmo para entregassem outros comparsas, ou ainda, ter-

³²⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 102.

³²¹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

³²² SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

se utilizado de meios ilícitos para obtenção de provas, como violação de domicílio sem o devido mandado judicial, interceptações telefônicas irregulares e outras ações ilegais.³²³

Além disso, os depoimentos dos agentes policiais devem estar em consonância com as demais provas coletadas, podendo-se dar maior valor aos testemunhos policiais. Evidente que há situações diferenciadas que merecem um tratamento adequado, como em casos que ocorrem em locais onde não há testemunhas ou em que estas se sintam intimidadas por represálias.

Nestes casos, os testemunhos dos policiais não podem, nem devem, ser desconsiderados de início, tratando-se de analisar a eventual convergência entre os seus testemunhos, o interrogatório do acusado e as circunstâncias da prisão.

As mesmas regras aplicam-se aos agentes policiais infiltrados, os quais serão ouvidos como testemunhas de acusação, devendo as suas considerações estar alinhadas com outras provas constituídas no processo, a não ser que fique comprovada a impossibilidade da produção de outras provas, quando o juiz poderá considerar somente a palavra do policial.³²⁴

Nesse contexto, temos ao seguinte questionamento: todos os fatos típicos que o infiltrado trazer para a investigação se transformarão em imputação penal? A resposta é não. Sabidamente, nem tudo será objeto de imputação em juízo. Então temos duas hipóteses: a) as provas em que o agente infiltrado obtém **não** interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa; e, b) os fatos em que o agente infiltrado obtém interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa.

5.3.1.1 Hipótese de aproveitamento dos fatos que o agente infiltrado obteve **não** interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa

As provas trazidas pelo agente infiltrado em que ele não tenha interferido no curso causal, o Ministério Público poder-se-ia imputar o fato criminoso noticiado por ele e se utilizar do meio de prova descoberta que resultou da infiltração. O agente infiltrado quando é ouvido em juízo, ele passa a ser uma metaprova – uma prova sobre a prova. O fato dele depor sobre a prova não afasta a sua natureza de testemunha.

Portanto, sugere-se que o órgão acusador molde o caso penal de maneira a singularizar o fato que independe da interferência do agente no curso causal. Para que a ação penal relacionada aos fatos típicos praticados pelo agente infiltrado não se converta na sua inclusão na denúncia e, conseqüentemente, ter que sopesar a responsabilização do integrante da organização criminosa, a depender da maior ou menor interferência no curso causal do agente.

Assim, a sugestão é que – se valendo do maior espaço de discricionariedade para oferecer a denúncia, decorrente da técnica especial de obtenção de prova: infiltração de agentes –, mitigando a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, se

³²³ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 104-105.

³²⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105.

faça uma clivagem (limpeza) desses fatos em que o agente infiltrado tomou parte, cingindo-se, apenas aos fatos em que ele não tomou parte, e por óbvio, devendo ter um controle³²⁵ sobre isso.

5.3.1.2 Hipótese de aproveitamento dos fatos que o agente infiltrado obteve interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa

No tocante às provas obtidas pelo agente infiltrado, decorrentes dos fatos criminosos em que ele atuou ou participou, temos um problema: a responsabilização do próprio agente. De início, vale destacar que agente policial, ao se infiltrar regularmente na organização criminosa, não deverá responder pelo crime constante no art. 2º, da Lei 12.850/13.

Os crimes em que estará implicado o agente infiltrado e que demandam discussão sobre a responsabilidade dele serão naturalmente aqueles praticados em concurso com membros da própria associação criminosa investigada. Todo crime realizado individualmente pelo próprio policial à margem da organização criminosa será objeto de apuração normal. O mesmo se diga caso seja praticado em concurso com terceiras pessoas que não os membros da organização investigada.³²⁶

Sendo assim, um ponto de partida óbvio é que os crimes em questão, aqueles cuja responsabilidade cabe ser aqui discutida, são aqueles praticados em concurso de pessoas com um ou mais membros da organização criminosa investigada.³²⁷

Contudo, por algum tempo, a doutrina divergiu – e continua, ainda, divergindo – a respeito da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente policial infiltrado. As quatro correntes que tratam do assunto são as que tratam a exclusão da responsabilidade penal 1) pela via da atipicidade da conduta, 2) pela via da causa de exclusão de ilicitude ou de antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal, 3) pela via da causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e 4) pela via da causa da escusa absolutória (exclusão da punibilidade).³²⁸ Há autores que entendem que o disposto no parágrafo único do dispositivo em análise sobre a responsabilidade do agente policial infiltrado deveria ser a atipicidade da conduta.

³²⁵ “O legislador prevê alguns mecanismos para a fiscalização do princípio da obrigatoriedade: a) art. 28 do CPP: em sua redação original, leia-se, antes da Lei n. 13.964/19, impunha ao juiz o exercício da função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, podendo remeter os autos do inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça caso não concordasse com a promoção de arquivamento formulada pelo Promotor de Justiça; b) ação penal privada subsidiária da pública: nada mais é do que uma importante forma de controle da inércia ministerial.” (JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 101).

³²⁶ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 213-242, jan./jun. 2015, p. 220.

³²⁷ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 213-242, jan./jun. 2015, p. 220.

³²⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013**. 1ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 114-115

Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/13, no parágrafo único, do art. 13, toda essa controvérsia chega ao fim, afinal, temos enfim, uma lei ordinária versando sobre a matéria, adotando como natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente policial infiltrado a inexigibilidade de conduta diversa: “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.”

Tanto uns quanto outros, no entanto, pretendem vincular a conduta do agente a certas exigências gerais que serviriam para evitar a conversão do instituto da infiltração em uma carta branca para delinquir, a saber: a regência da conduta pelo princípio de proporcionalidade, que se expressaria sob forma de necessidade, adequação e ponderação³²⁹. Aqui, uma referência clara é a teoria dos princípios de Alexy e sua máxima de proporcionalidade³³⁰, com o qual se pretende resolver argumentativamente o conflito entre princípios.³³¹

Por outro lado, é sabido que, por força do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público também se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.³³²

Nessa hipótese, entendemos haver uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, denominada de princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada, por conta da excepcionalidade do instrumento, guardando relação muito próxima com o princípio da oportunidade, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Amparado pelo princípio da discricionariedade regrada, o órgão do Ministério Público poderia não oferecer a denúncia desses fatos, com fulcro na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto.

Diz-se discricionariedade regrada porque o órgão ministerial não tem discricionariedade absoluta, mas limitada, uma vez que a clivagem desses fatos que o agente infiltrado interferiu no curso causal dos fatos criminosos somente poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais, como por exemplo, as delimitadas no §2º do art. 12 da Lei nº

³²⁹ Nesse sentido, ver PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p., p. 373 e ss.

³³⁰ Alexy defende que “o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade que significa que a máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais, da adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado de ponderação propriamente dito) se infere logicamente do caráter de princípio, ou seja, é dedutível dele”. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 111-112. O autor considera que os princípios, como mandados de otimização das possibilidades jurídicas, devem ser debatidos dentro dessa fórmula

³³¹ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 213-242, jan./jun. 2015, p. 224.

³³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1515.

12.850/2013: “os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.”

De acordo com a doutrina,³³³ a depender do modelo de definição dos consensos, a infiltração funciona como uma espécie de diversão, opção de política criminal usada para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, e que consistem na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa. A diversão pode ser de 3 (três) espécies: 1) **Diversão simples**: a despeito da presença de indícios de autoria e/ou participação e prova da materialidade do delito, o processo é arquivado sem a imposição de quaisquer obrigações ao agente infiltrado, porquanto a persecução penal seria absolutamente inócua (v.g., exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa); 2) **Diversão encoberta**: dar-se-á a extinção da punibilidade se o autor do fato delituoso praticar determinados atos, que impossibilitam a deflagração da persecução penal, como, por exemplo, a composição dos danos civis (Lei n. 9.099/95, art. 74, parágrafo único); 3) **Diversão com intervenção**: o investigado/acusado fica sujeito ao cumprimento de certas condições. Se cumpridas de maneira regular, o procedimento investigatório será arquivado, ou o processo será extinto.

No caso do agente infiltrado, funcionará como uma espécie de diversão simples, já que a persecução penal seria absolutamente inócua, em virtude da exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Temos exemplo de introdução no ordenamento jurídico de exceções ao princípio da obrigatoriedade, como, por exemplo, o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, que, originalmente, introduziu no nosso ordenamento jurídico o acordo de não persecução penal.

Não há nenhum problema em se criar exceções ao princípio da obrigatoriedade. Afinal, como o referido postulado não tem status constitucional – para muitos, o fundamento legal do princípio da obrigatoriedade é o art. 24 do CPP –, outra lei ordinária pode criar exceções a sua aplicação, como, aliás, já ocorre em diversas hipóteses: 1) transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95); 2) acordo de leniência (Lei nº 12.529/11, arts. 86 e 87); 3) termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º); 4) parcelamento do débito tributário (Lei nº 9.430/96, art. 83, § 2º, com redação dada pela Lei nº 12.382/11); 5) colaboração premiada na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, arts. 4º a 7º).³³⁴

Nesse caso, inclusive, o CNMP poderia expedir Resolução permitindo a clivagem dos fatos, no caso de agentes infiltrados. No exercício de suas atribuições administrativas, o CNJ e o CNMP ostentam o poder de expedir atos regulamentares (CF, art. 103-B, §4º, I, e art. 130-A, §2º, I, respectivamente). Na dicção do Supremo,³³⁵ tais resoluções ostentam caráter normativo primário, ou seja, são dotadas de abstração e generalidade, extraindo seus fundamentos de validade diretamente de dispositivos constitucionais. Enfim, “são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”.³³⁶

³³³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade (organizadores). Livraria do Advogado, 2018. p. 237.

³³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 277.

³³⁵ STF, Pleno, ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006.

³³⁶ STF, Pleno, MS 27.621/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/12/2011, DJe 092 10/05/2012.

Um último argumento em prol da mitigação do princípio da obrigatoriedade é o de que a infiltração policial veicula matéria de política criminal a ser realizada pelo titular da ação penal pública. Na qualidade de agentes políticos, os membros do Ministério Público têm o dever funcional de realizar uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo Parquet.³³⁷ Assim, no exercício desse poder de realizar política criminal de persecução penal, incumbe ao Ministério Público buscar respostas alternativas e mais céleres para esses casos.

Outro problema a ser enfrentado, diz respeito ao princípio da (in)divisibilidade da ação penal pública. De acordo com o princípio da indivisibilidade, o processo criminal de um obriga ao processo de todos. Há intensa discussão quanto a sua incidência na ação penal pública. Parte da doutrina entende que, à ação penal pública, aplica-se o princípio da indivisibilidade, no sentido de que, havendo elementos probatórios quanto a coautores e partícipes, o Ministério Público está obrigado a oferecer denúncia em relação a todos.³³⁸

Há, contudo, posição em sentido contrário, da qual nós nos filiamos. Parte da doutrina entende que o Ministério Público pode oferecer denúncia contra apenas parte dos coautores e partícipes, sem prejuízo do prosseguimento das investigações quanto aos demais envolvidos.³³⁹

Nos Tribunais Superiores, tem prevalecido o entendimento de que, na ação penal pública, vigora o princípio da divisibilidade. Como já se pronunciou o STJ, o princípio da indivisibilidade da ação penal aplica-se tão somente à ação penal privada (CPP, art. 48). Não há nulidade no oferecimento de denúncia contra determinados agentes do crime, desmembrando-se o processo em relação a suposto coautor, a fim de se coligir elementos probatórios hábeis à sua denúncia.³⁴⁰

Logo, para evitar esses problemas – considerando-se, pois, a concretização dos princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37), da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, art. 129, I) –, a solução mais acertada nos parece ser a não imputação dos fatos típicos em que o agente infiltrado tomou parte ingressando no curso causal, visto que ao inseri-lo na denúncia, ter-se-ia que se debater sobre a ausência ou não da sua responsabilidade penal, o que não é de todo o desejado.

Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos que não haja a intervenção no curso causal dos fatos pelo agente infiltrado.

³³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 279.

³³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, v. único. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 328.

³³⁹ É essa a posição de PACHECO, Denilson Feitoza: **Direito processual penal**. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010, p. 268.

³⁴⁰ STJ, 6ª Turma, Resp 388.473/PR, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07/08/2003, DJ 15/09/2003 p. 411. No sentido de que não se aplica o princípio da indivisibilidade à ação penal pública: STJ, 6ª Turma, RHC 34.233/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6/5/2014.

5.3.2 Institucionalização da clivagem dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa, a depender da concorrência ou participação do agente infiltrado

E como é que se dá essa clivagem (limpeza) dos fatos? Ela pode se dar de duas maneiras: a) Ou se descreve a imputação em relação àquilo que seja a prática criminosa, dissociando do curso causal, o agente infiltrado (o que é recomendável); b) ou na inevitabilidade de descrição do agente infiltrado, desde logo ter-se-á que descrever os fatos que ele praticou, com a baliza que ele observou (o que é indesejado).

Com efeito, no aspecto processual – que é o foco deste trabalho –, teremos o seguinte: a) ou o que vai acontecer é que nessa tradução do fato esclarecido para o fato imputado, vai haver uma clivagem (limpeza) dessas situações em que o sujeito tenha incorrido no curso causal, só imputando a organização criminosa os crimes em que o agente infiltrado não tenha concorrido ou participado; ou, b) se inviável essa clivagem, a peça acusatória terá que se valer da menção expressa das ações do infiltrado para descrever o fato criminoso. Nesse caso, para os fins de incidência do instituto, a consideração dele é mais aproximada da teoria dos elementos negativos do tipo³⁴¹ ou da ideia da tipicidade conglobante.³⁴²

E qual que é a solução ao final do cabo? O agente infiltrado não poder figurar no polo passivo da acusação, imputando-se aos membros da organização criminosa apenas os crimes em que o agente infiltrado não tenha concorrido ou participado. Ressalte-se que o agente infiltrado deverá responder por os excessos porventura cometidos em sua atuação – a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação – e pelos fatos típicos praticados sem nexos causal com os objetivos da infiltração policial. Por outro lado, se ele tiver instigado, induzido ou auxiliado, ensejará na contaminação do processo, e o consequente desentranhamento das provas colhidas e das derivadas dessas.

³⁴¹ Preconizada pelo alemão Hellmuth von Weber, propõe o tipo total de injusto, por meio do qual os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude compõem o tipo penal como seus elementos negativos. Tipicidade e ilicitude integram o tipo penal (tipo total). Consequentemente, se presente a tipicidade, automaticamente também estará delineada a ilicitude. Ao reverso, ausente a ilicitude, o fato será atípico. Não há distinção entre os juízos da tipicidade e da ilicitude. Crime, assim, não é o fato típico e ilícito, e sim um tipo total de injusto, em uma única análise. Opera-se um sistema bipartido, com duas fases para aferição do crime: tipo total (tipicidade + ilicitude) e culpabilidade. Portanto, identificada a tipicidade, resultará identificada a ilicitude. Por outro lado, afastada a tipicidade, restará também afastada a ilicitude. (MASSON, Cléber. **Direito Penal**: parte geral, vol. 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 417).

³⁴² Criada pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, essa teoria sustenta que todo fato típico se reveste de antinormatividade, pois, muito embora o agente atue em consonância com o que está descrito no tipo incriminador, na verdade contraria a norma, entendida como o conteúdo do tipo legal. O nome “conglobante” deriva da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral, conglobado, e não apenas ao Direito Penal. Não basta a violação da lei penal. Exige-se a ofensa a todo o ordenamento jurídico. Em suma, para a aferição da tipicidade reclama-se a presença da antinormatividade. Assim, ou o fato praticado pelo agente, contrário à lei penal, desrespeita todo o ordenamento normativo, e há tipicidade, ou, ainda que em desconformidade com a lei penal, esteja em consonância com a ordem normativa, e ausente estará a tipicidade. Para essa teoria, a tipicidade penal resulta da junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante: tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante. (...) Finalmente, a tipicidade penal (adequação penal + antinormatividade) é a fusão da tipicidade legal com a tipicidade conglobante. Não basta, pois, a mera tipicidade legal, isto é, a contrariedade do fato à lei penal. É necessário mais. A conduta do agente, contrária à lei penal, deve violar todo o sistema normativo. Em suma, deve ser antinormativa. (MASSON, Cléber. **Direito Penal**: parte geral, vol. 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 417).

Assim, como contribuição para a discussão, porém, quebrando a tradição brasileira de afirmar a obrigatoriedade do exercício da ação penal de todos os fatos que chegam ao conhecimento do sistema de justiça, o que ocorre com o agente infiltrado é um maior espaço de discricionariedade persecutória para clivagem (limpeza, separação, refinamento, filtragem) dos fatos de que tenha tomado parte o agente infiltrado, porque na imputação desses fatos, esbarramos na difícil tarefa de promover responsabilização penal daquele que atua em conjunto com agente de Estado, procurando oferecer um passo adiante na discussão do tema, sem pretensão de esgotar as infinitas possibilidades casuísticas, mas sim no escopo de oferecer uma espécie de sintonia fina para critérios gerais consagrados na doutrina e em legislações alienígenas.

5.4 Caso prático de infiltração policial no Brasil e aplicação da clivagem dos fatos criminosos praticados por a organização criminosa por parte do Ministério Público

A seguir, traremos caso prático de infiltração policial no Brasil realizado no âmbito da Polícia Federal, em que será analisada a solução adotada pelo Ministério Público quanto a imputação dos atos praticados pelo agente infiltrado em que interferiu no curso causal dos fatos. Ressalte-se a restrição de acesso às informações nesses processos, levando em consideração que a infiltração policial é uma técnica classificada como sigilosa.

Escolhemos esse caso, por entender ser emblemático e relevante para abordar a clivagem dos fatos, que é uma questão superinteressante para que se possa observar onde se pode, a partir dele, construir argumentos jurídicos e se tornar de uma forma mais clara os pontos considerados relevantes para tratar a forma como deve ser feito; possíveis desdobramentos que tenham a prática da infiltração e como isso vai impactar no processo penal, na análise da prova.

Nesse sentido, utilizaremos o caso tal como colhido e anotados por Mateus Coutinho, na Revista Época, em outubro de 2017,³⁴³ com o objetivo de demonstrar a aplicação da clivagem dos fatos trazidos pelo agente infiltrado no caso concreto, conforme veremos a seguir. Ressalte-se que optamos por trazer o caso *ipsis literis* para que não haja perda e/ou mudança de informações ou interpretações que possam desvirtuar os casos.

Este caso é bastante pertinente com o que estudamos, por isso foi escolhido para ser analisado. Trata-se de um caso de infiltração policial, institucionalizado na Operação Pesos e Medidas – da Polícia Federal –, deflagrada em 17 de outubro de 2017, com o objetivo de desarticular grupo criminoso que atuava no Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) no estado de Goiás, exigindo vantagens indevidas a proprietários de postos de combustíveis para não os fiscalizar.

Essa Operação foi instrumentalizada por meio do Inquérito Policial Federal nº 215/2017, e autorizada por a 5ª Vara da Justiça Federal em Goiânia, no bojo da Ação Penal nº 32407-74.2017.4.01.3500. A seguir, será exposto o caso, conforme noticiado na Revista Época e, em seguida, faremos a análise da atuação do parquet.

³⁴³ COUTINHO, Mateus. Delegado da PF vira técnico do Inmetro para desmontar quadrilha de fiscais. **Revista Época**, Rio de Janeiro, 20 out 2017. Caderno Política. Disponível em: <<https://epoca.oglobo.globo.com/politica/noticia/2017/10/delegado-da-pf-vira-tecnico-do-inmetro-para-desmontar-quadrilha-de-fiscais.html>> Acesso em: 10 Ago 2022.

“Delegado da PF vira técnico do Inmetro para desmontar quadrilha de fiscais

“Em 14 de julho de 2017, Michel Silva cruzou o portão de grades baixas enferrujadas da Rua 148, sem número, para seu primeiro dia de trabalho na sede da Superintendência do Inmetro, em Goiânia. Nomeado para um cargo, Michel trazia em seu currículo um apadrinhamento político do PRB que o tornou bem-vindo na repartição. O rapaz, não mais de 40 anos, iniciou um curso de formação para poder atuar como técnico de metrologia e fiscalizar postos de combustíveis no estado. Boa-praça, articulado, em pouco tempo Michel não só cumpria sua nova tarefa, **como foi convidado a integrar o grupo que comandava um esquema de corrupção e cobrança de propinas em postos de gasolina de Goiás**. Instituto Federal ligado ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, o Inmetro tem, entre outras, a missão de fiscalizar as bombas de combustíveis para que o consumidor receba no tanque o que pagou em litros. Apenas em Goiás, há 1.620 postos, com bombas que precisam ser calibradas periodicamente. **Era aí que Michel e a gangue atuavam, inventando multas por problemas inexistentes e exigindo um pedágio para não as formalizar**. A vida de barnabé corrupto escondia uma identidade secreta. Por trás do codinome Michel estava um delegado da Polícia Federal (cujo nome tem de ser preservado) que se infiltrara no órgão federal em uma missão sigilosa com outro tipo de fiscalização em mente: a dos servidores do órgão suspeitos de achacar donos de postos de combustíveis no estado.

A revista ÉPOCA teve acesso aos documentos sigilosos da investigação, uma das pioneiras no uso de agentes infiltrados. Em uma trama com um quê do filme Donnie Brasco, de 1997, interpretado por Johnny Depp, que retratou a vida do agente do FBI que se infiltrou na máfia em Nova York, uma estrutura de inteligência foi mobilizada. O Núcleo de Inteligência da Polícia Federal em Goiás, dois juízes federais e duas unidades da Procuradoria da República no estado atuaram no episódio que levou à criação e ao monitoramento do personagem que conseguiu assumir o cargo graças a uma decisão judicial. A medida da Justiça corrigia a nota que o verdadeiro Michel Silva havia obtido em um concurso para o órgão realizado em 2015. O fato chamou a atenção de outros servidores e, por isso, Michel espalhou a versão de que possuía indicação política por trás. O Donnie Brasco tupiniquim não poderia existir sem este incremento: um funcionário público com padrinho político.

A história do delegado da Polícia Federal no órgão durou 71 dias. Michel pôde se aproximar das entranhas da corrupção envolvendo servidores públicos federais. Ele conseguiu declarações de seus colegas temporários admitindo que a cobrança de propinas, de R\$ 200 a R\$ 6 mil, era uma prática comum entre os responsáveis pela fiscalização do Inmetro. O trabalho culminou na Operação Pesos e Medidas, desencadeada pela Polícia Federal na terça-feira (17 de outubro de 2017). Em um diálogo de 11 de setembro de 2017, o infiltrado conversa explicitamente sobre propinas com um fiscal do órgão identificado como “Fernando”. “Corro risco de algum outro metrologista me colocar numa fria? De ele me envolver e eu sair dali algemado?”, indagou Michel. O interlocutor sugeriu cautela, mas lhe deu senha para prosseguir.

Michel mapeou meticulosamente a estrutura do órgão e os locais onde a PF poderia encontrar provas das irregularidades, como os computadores em que eram registradas as fiscalizações fraudadas. Vantagem considerável para os investigadores em tempos nos quais os grampos da Lava Jato acenderam o alerta nos corruptos. “Os mecanismos tradicionais de

investigação estão se exaurindo, como os grampos telefônicos. Hoje em dia ninguém mais usa celular, as pessoas usam aplicativos como WhatsApp e Telegram (que não são pegos em grampos), e essa é uma ferramenta nova de investigação que permite driblar isso”, comentou o procurador da República responsável pela investigação, Raphael Perissé.

Risco a que todo infiltrado está sujeito, **o delegado teve de cometer crimes**. Em fiscalizações de radares de velocidade instalados em rodovias, serviço que também está no escopo do órgão, por ordem de seu superior no Inmetro, **ele alterou as leituras de aparelhos fiscalizados para que elas batessem com os dados enviados pelas empresas que geriam os equipamentos. Na prática, ele deixou de checar se alguma infração havia passado batido pelas empresas que administram os radares**. No papel de infiltrado, contudo, Michel estava protegido pela lei e não pode ser punido. Toda a atividade de Michel era reportada em relatórios semanais encaminhados à Justiça e ao Ministério Público.

Em um dos momentos mais tensos, Michel pediu e conseguiu autorização judicial para andar armado, já que alguns integrantes da quadrilha que achacava os postos carregavam armas. O Núcleo de Inteligência da Polícia Federal recomendou ao delegado que encerrasse a infiltração porque **o delegado saía em missão de recolher propina** com a gangue armada. Em uma manifestação encaminhada à Justiça em setembro, Michel reconheceu que estava “sob perigo concreto”. Mas desobedeceu à recomendação da Inteligência “haja vista que não se me afigura que haverá outra melhor sorte na colheita de provas do ilícito que se investiga, o que justifica o sacrifício de vidas”, afirmou.

As ações de infiltração se encerraram no dia 23/09/2017, tendo a Autoridade Policial, após conhecer o itinerário de fiscalização de alguns investigados, se lançado a campo visitando os postos de combustíveis que teriam sido por eles fiscalizados ao longo dos últimos anos (aparentemente as fiscalizações são anuais), ocasião em que coletou depoimentos de vários donos de postos de combustíveis que confirmaram as supostas práticas criminosas pelos fiscais do INMETRO cuja prisão preventiva postulou, frisando que outros tantos proprietários de postos se negaram a depor temendo represálias dos fiscais.

Tais ocorrências forçaram a Polícia Federal a solicitar a medida cautelar de infiltração, o que também foi autorizado pela Justiça Federal de Anápolis-GO, mas, para surpresa de todos a lotação do agente infiltrado ocorreu na Superintendência em Goiânia-GO, com o objetivo de submeter o novo “servidor” a curso de formação, o que não pôde ser contornado pela via judicial sem comprometer as investigações.

Ocorreu que, com a fortuita prisão em flagrante em dezembro de 2016 de dois fiscais do INMETRO de Goiânia-GO na cidade de Goianira-GO, pela Polícia Civil, quando supostamente eles estariam pedindo propina ao dono de um posto de gasolina para não autuarem aquela empresa, os demais fiscais do INMETRO se colocaram em estado de alerta, o que foi captado pela escuta telefônica judicialmente autorizada.

Seu último dia de infiltrado foi 23 de setembro de 2017. Dois dias depois, a Polícia Federal refez os caminhos dos fiscais corruptos atrás dos donos de postos que pagavam propina e não concordavam com o esquema. Muitos tiveram medo de falar com as

autoridades, mas ainda assim a PF conseguiu o depoimento de seis deles nos municípios de Goiânia, Goianira, Caturai e Anápolis. Sete fiscais e três donos de postos foram presos na operação. A articulação da Polícia Federal em Goiás para a ação de Michel começou ainda em 2016 durante uma investigação iniciada em dezembro de 2014, a partir do depoimento da proprietária de um posto de combustível em Anápolis. Temendo represálias, ela depôs anonimamente, confessou pagar propinas a fiscais do Inmetro havia 15 anos e disse que vários fiscais e até o chefe de fiscalização do Inmetro em Goiânia estavam envolvidos no esquema. A Polícia Federal começou a monitorar os fiscais suspeitos. Em 2 de dezembro de 2016, contudo, a PF viu sua investigação ameaçada porque dois fiscais do Inmetro, Divino Antônio da Silva e Carlos Alberto Araújo, foram presos em flagrante pela Polícia Civil ao achar um dono de posto em Goianira, no interior do estado. Os dois foram soltos após oito dias. Pouco depois os fiscais de Anápolis descobriram uma das escutas implantadas pela PF em um veículo do órgão usado por eles. Os dois episódios deixaram a quadrilha em alerta máximo e podiam impedir o aprofundamento das investigações. Era hora de acionar o dispositivo agora permitido por lei e infiltrar alguém entre os criminosos. Michel foi chamado.

A investigação com o uso de um policial federal infiltrado só foi possível graças à Lei das Organizações Criminosas, de 2013. A nova legislação ficou conhecida por regulamentar as delações premiadas que permitiram à Lava Jato atingir a cúpula do poder político. Diferentemente das colaborações, contudo, os agentes infiltrados só podem ser utilizados quando não houver outra forma de conseguir provas. Lançar mão deles representa um risco muito maior aos investigadores, como ficou registrado no caso de Michel. O procurador-geral do Inmetro, Daniel Almeida de Oliveira, informou que o órgão sempre esteve aberto a auxiliar nas investigações, mas que a denúncia de irregularidades veio de fora do Inmetro e a investigação estava em segredo de Justiça e, por isso, o órgão não pôde fazer nada até então.

A PF não comenta investigações em andamento. A advogada Ana Paula Aris, que defende os fiscais Carlos Alberto Araújo e Divino Antônio da Silva, classificou a prática como uma forma de “coroar a traição”. “A infiltração de agentes é o método mais invasivo de investigação. Envolve conquista de confiança e é coroada com a traição, é absolutamente desleal”, disse. O instrumento, ainda novo no Brasil, começa a ser posto à prova.”

Analisando o caso, notamos que o Ministério Público realizou a clivagem (limpeza) dos fatos em que o agente infiltrado interferiu no curso causal, praticando crimes em concurso com os integrantes do grupo criminoso, conforme se pode inferir da sentença judicial abaixo:

Justiça Federal
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS
5ª VARA

SENTENÇA TIPO: "D"
Autos nº 32407-74.2017.4.01.3500
Classe 13.101: PROCESSO COMUM - JUIZ SINGULAR
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: DIVINO ANTÔNIO DA SILVA e outros

S E N T E N Ç A

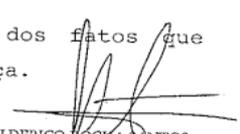
O Ministério Público Federal ofertou denúncia em face de DIVINO ANTÔNIO DA SILVA, CARLOS ALBERTO ARAÚJO DE MENDONÇA, JONAS CAVALCANTE, EDSON SOUZA e WILLIAN SANTOS DUARTE, devidamente qualificados nos autos, imputando-lhes a prática das condutas descritas no art. 2º, §4º, II, da Lei 12.850/13 e art. 316, c/c art. 69, ambos do Código Penal e, apenas em relação a JONAS, no art. 317, §1º, do Código Penal.

Relata a inicial acusatória que os acusados, na condição de servidores do INMETRO, no período compreendido entre 2009 e 17/10/2017, se associaram a fim de obter vantagem indevida, mediante a prática dos crimes de concussão.

A denúncia detalhou cada um dos fatos que serão analisados no decorrer desta sentença.

SFPR

1


ALDERICO ROCHA SANTOS
Juiz Federal

Nota-se, que não houve imputação quanto aos fatos praticados por o agente infiltrado, que não foi arrolado na denúncia. Neste caso, o Ministério Público moldou o caso penal de maneira a singularizar os fatos que independessem da interferência do agente infiltrado no curso causal, para que a ação penal relacionada aos fatos típicos praticados pelo agente infiltrado não se convertesse na sua inclusão na denúncia e, conseqüentemente, ter que sopesar a responsabilização do integrante da organização criminosa, a depender da maior ou menor interferência no curso causal do agente.

Assim, valendo-se do maior espaço de discricionariedade para oferecer a denúncia, decorrente da técnica especial de obtenção de prova: infiltração de agentes –, mitigando a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o Ministério Público realizou a clivagem (limpeza) dos fatos em que o agente infiltrado interferiu no curso causal, cingindo-se, apenas aos fatos em que não interferiu.

6. CONCLUSÕES

O nível de sofisticação da criminalidade, especificamente no último quartel do século XX, permitiu o surgimento e difusão de organizações criminosas mundo afora e, em especial, no Brasil. Vimos que estudos recentes propõem que as organizações criminosas adquiriram poder suficiente para enfrentar o governo e disputar com ele o controle de territórios e populações.

Com efeito, assevera-se que a macrocriminalidade tem evoluído de forma constante e vertiginosa, em especial quando a gravidade une os componentes de organização e transnacionalidade. Nesse contexto, tem-se desenvolvido, como peça chave, um novo cenário dentro da “sociedade de risco” marcada por uma crise de Administração da Justiça, mais pressionada no campo penal, sendo um dos fatores dessa situação a ineficiência dos meios ou técnicas tradicionais de investigação criminal.

Na segunda parte do trabalho, verificamos que a legislação brasileira se mostrou absolutamente deficitária na institucionalização de soluções para o enfrentamento desse problema. Por isso, o Brasil, cumprindo as suas obrigações hauridas em plano internacional, editou em 2013 a Lei nº 12.850, dentre elas a previsão de uma série de Técnicas Especiais de Investigação. Entre estas encontra-se a infiltração de agentes.

Na terceira seção, demonstramos que a demanda normativa de criação desse instituto foi extraída de um mandamento – das Nações Unidas – em que o Brasil está vinculado: a Convenção de Palermo. O problema é que esse instituto trouxe características pensadas e moldadas, não necessariamente, para uma realidade como a jurídica brasileira. Por essa razão, revisitamos o que seja o marco conceitual da infiltração policial, explicitando o sentido jurídico do instituto tal como positivado no enunciado e tentamos, a partir dali, apresentar os contornos normativos do instituto na Lei nº 12.850/13.

Consequente, na quarta parte da investigação, tentamos aclarar o tema, que reclama um maior aprofundamento da legislação brasileira. Percebemos que, dos meios especiais de obtenção de prova, era imperioso diferenciar aquilo que o agente infiltrado traz como meio de prova daquilo que seja um objetivo da sua própria existência: obter outras provas. Para tanto, revisitamos o que seja o sentido de meio de prova ao cotejar e contrastar com os meios de obtenção de prova. Concluimos, assim, que a infiltração de agentes é um meio de obtenção de prova; e que estamos diante de um verdadeiro desvirtuamento do instituto, porquanto nos valhamos desse meio excepcional de obter prova e, acabamos reduzindo-o ao que sejam as declarações prestadas e colhidas pelo agente infiltrado.

Na sequência, abarcamos o debate sobre a maior ou menor responsabilização penal do agente infiltrado em relação àqueles fatos de que ele tenha tomado parte durante a infiltração. Detivemo-nos sobre a apreciação dos fatos por ele revelados e a tradução desses fatos à passagem para o que seja a atividade acusatória.

Na quinta parte da investigação, tratamos do aproveitamento das provas obtidas com a técnica especial da infiltração policial no direito processual brasileiro. Vimos as consequências da infiltração no âmbito penal e no âmbito processual penal, ao que se destaca o aproveitamento das provas colhidas por o agente infiltrado na organização criminosa se dá por meio de duas possibilidades: a) a consideração dos fatos antecedentes ou posteriores, com a responsabilização específica; ou b) na inevitabilidade de incidência de inclusão do agente infiltrado (o que, neste caso, a imputação, desde logo, terá que delimitar quais são essas balizas de atuação do agente).

Em seguida, enfrentamos o objeto principal do problema da pesquisa: a interferência do agente infiltrado no curso causal do fato criminoso e como institucionalizar o aproveitamento das provas produzidas por sua atuação no seio das organizações criminosas. Para esse fim, analisamos como se operacionaliza o aproveitamento das declarações do agente infiltrado, na condição de testemunha, como prova em processo penal e sua validade jurídica; e, a institucionalização da clivagem dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa, a depender da concorrência ou participação do agente infiltrado.

Para solução do problema, levantamos duas hipóteses: a) aproveitamento das provas que o agente infiltrado obteve interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa; e, b) aproveitamento das provas que o agente infiltrado obteve não interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa.

Destacamos que apenas a prova obtida pelo agente infiltrado, de maneira isolada, não serve para embasar uma sentença condenatória. Para que possa subsidiar uma condenação, deve estar acompanhada de outros elementos de prova que a corroborem. De outro lado, levantamos a questão fundamental acerca da possibilidade de o agente infiltrado poder ser utilizado como testemunha em fase judicial.

Ressaltamos que a Lei nº 12.850/13, ao prever os direitos do agente infiltrado, assevera que este terá seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário. Inferimos que o legislador pátrio se preocupou com eventuais represálias que poderia vir a sofrer o agente policial que se infiltrou em uma organização criminosa, mesmo após o término da operação. Concluimos que, a despeito do silêncio da lei, o agente infiltrado deve ser ouvido como testemunha em juízo. No entanto, ressaltamos que, quando o agente infiltrado testemunha em Juízo, deve ter sua identidade mantida em sigilo, a fim de proteger a si próprio e à sua família de possíveis vinganças dos integrantes da organização criminosa na qual estava infiltrado.

Nesse contexto, chegamos ao seguinte questionamento: todos os fatos típicos que o infiltrado trazer para a investigação vão se transformar em imputação penal? A resposta é não. Sabidamente não se deve apreciar tudo o que for trazido por ele. Então passamos a analisar as duas hipóteses de pesquisa.

Analisando a primeira hipótese – aproveitamento dos fatos que o agente infiltrado obteve interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa – verificamos que, com relação às provas obtidas pelo agente infiltrado, decorrentes dos fatos criminosos em que ele atuou ou participou, temos um problema: a responsabilização do próprio agente. Ressaltamos que o agente policial, ao se infiltrar regularmente na organização criminosa, não deverá responder pelo crime constante no art. 2º, da Lei 12.850/13. Não obstante, os crimes cuja responsabilidade cabe ser discutida, são aqueles praticados em concurso de pessoas com um ou mais membros da organização criminosa investigada.

Extraímos que todo crime realizado individualmente pelo próprio policial à margem da organização criminosa deverá ser objeto de apuração normal. O mesmo seja dito, caso seja praticado em concurso com terceiras pessoas que não os membros da organização investigada.

Constatou-se que a doutrina diverge – e continua, ainda, divergindo – a respeito da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente policial infiltrado. São

quatro correntes que tratam do assunto: 1) pela via da atipicidade da conduta, 2) pela via da causa de exclusão de ilicitude ou de antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal, 3) pela via da causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e 4) pela via da causa da escusa absolutória (exclusão da punibilidade).

Logo, para evitar esses problemas, a solução mais acertada parece ser a não imputação aos membros da organização criminosa dos fatos típicos em que o agente infiltrado tomou parte ingressando no curso causal, porque ao inseri-lo na denúncia, ter-se-ia que se debater sobre a ausência ou não da sua responsabilidade penal, o que não é de todo o desejado.

Analisando a segunda hipótese – aproveitamento dos fatos que o agente infiltrado obteve não interferindo no curso causal dos fatos criminosos praticados pela organização criminosa – verificamos que, a melhor solução seria o Ministério Público imputar o fato criminoso noticiado por ele e se utilizar do meio de prova descoberta que resultou da infiltração.

De outro lado, as provas trazidas pelo agente infiltrado em que ele não tenha interferido no curso causal, o Ministério Público poderia imputar o fato criminoso noticiado por ele e se utilizar do meio de prova descoberta que resultou da infiltração. O agente infiltrado, quando é ouvido em juízo, passa a ser uma metaprova – uma prova sobre a prova. O fato dele depor sobre a prova não afasta a sua natureza de testemunha.

Portanto, sugerimos que o órgão acusador molde o caso penal de maneira a singularizar o fato que independe da interferência do agente no curso causal, para que a ação penal relacionada aos fatos típicos praticados pelo agente infiltrado não se converta na sua inclusão na denúncia e, conseqüentemente, ter que sopesar a responsabilização do integrante da organização criminosa, a depender da maior ou menor interferência no curso causal do agente.

Assim, a sugestão é que – se valendo do maior espaço de discricionariedade para oferecer a denúncia, decorrente da técnica especial de obtenção de prova: infiltração de agentes –, mitigando a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, seja feita uma clivagem (limpeza) desses fatos em que o agente infiltrado tomou parte, cingindo-se apenas aos fatos em que ele não tomou parte e, por óbvio, devendo ter um controle³⁴⁴ sobre isso.

Portanto, pela natureza jurídica da infiltração de agentes, para poder fazer valer esse meio especial de obtenção de provas, tanto melhor que o exercício da atividade acusatória se afaste dos fatos de que tenha tomado parte o agente infiltrado. Quando isso for inviável, o próprio exercício da imputação penal terá que aclarar, desde logo, os limites, as linhas de atuação desse agente infiltrado, quando não, o caso de responsabilizá-lo penalmente.

Por isso que, ao final deste trabalho mostramos que, quebrando a tradição brasileira de afirmar a obrigatoriedade do exercício da ação penal de todos os fatos que chegam ao conhecimento do sistema de justiça, o que ocorre com o agente infiltrado é um

³⁴⁴ “O legislador prevê alguns mecanismos para a fiscalização do princípio da obrigatoriedade: a) art. 28 do CPP: em sua redação original, leia-se, antes da Lei n. 13.964/19, impunha ao juiz o exercício da função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, podendo remeter os autos do inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça caso não concordasse com a promoção de arquivamento formulada pelo Promotor de Justiça; b) ação penal privada subsidiária da pública: nada mais é do que uma importante forma de controle da inércia ministerial.” (JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 101)

maior espaço de discricionariedade persecutória para clivagem (limpeza, separação, refinamento, filtragem) dos fatos de que tenha tomado parte o agente infiltrado, porquanto na imputação dos fatos de que tenha tomado parte o agente infiltrado esbarramos na difícil tarefa de promover responsabilização penal daquele que atua em conjunto com agente de Estado. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos em que não haja a intervenção no curso causal dos fatos pelo agente infiltrado.

Nos cenários de maior institucionalidade, o uso da infiltração de antes se dá em conformidade com a ordem legal – e, nesse caso, as razões de eventual discussão quanto ao uso abusivo ou tolerado do instituto dá-se numa margem político-criminal situada na atuação legiferante.

Como reflexão final, chamamos a atenção do problema causado por se ficar importando essas técnicas – o que, por si só, jamais seria um problema, já que experiências legislativas e culturais podem e devem ser compartilhadas pelos povos – e tendo que fazer as adaptações – as adequações para nossa cultura processual – para a nossa prática processual penal. Contudo, essa transposição ou comunicação de diretrizes legais, sobretudo quando associadas às necessidades de políticas criminais, devem observar, pelo menos, duas grandes advertências, a saber: (a) nem tudo que se faz no exterior pode ou deve ser feito por aqui; e, (b) é possível aproveitar a experiência jurídica internacional, ainda quando não seja parte de nossa cultura ou tradição. Não é uma crítica à adoção do instituto (o instituto é necessário), e sim a questão dos cuidados, as guias que se necessita na hora de implementá-lo.

O universo das infiltrações policiais está ainda por ser melhor explorado, havendo inúmeras questões que merecem tratamento mais exaustivo e aprofundado (como a remuneração extra para o agente infiltrado; a carência para voltar a trabalhar no local, ou seja, a quarentena; a nova identidade para o agente infiltrado; apagar a memória no que tange à internet – as fotos dele, que é um aspecto importante; se o policial é obrigado a ser agente infiltrado; se só policial pode ser agente infiltrado), na medida em que o recurso tem fortes repercussões no que diz respeito às garantias do processo penal com tutela constitucional, já que estão em causa valores éticos-jurídicos que têm uma implicação não desprezível na vida dos cidadãos.

Por fim, ressaltamos que não concluímos tudo sobre esse instituto, tendo em vista sua complexidade e inúmeros vieses que o compõem, mas isso será objeto para maior aprofundamento, na sequência.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; ALVARADO, Arturo. Criminalidade e a governança de grandes metrópoles na América Latina: Cidade do México (México) e São Paulo (Brasil). In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 79-115.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANCEL, Marc. **Utilidades e métodos do direito comparado**. Tradução de Sérgio Porto. Porto Alegre: SAFE, 1981.

ANDRADE, Leonardo. **Cybercrimes na deep web: as dificuldades de determinação de autoria nos crimes virtuais**. Jus.com.br, 2015. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/39754/cybercrimes-na-deep-web-as-dificuldades-juridicas-de-determinacao-de-autoria-nos-crimes-virtuais/2>>. Acesso em: 12 Jun. 2022.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Prueba y convicción judicial em el proceso penal. Buenos Aires, 2009. Sobre los derechos fundamentales de imputado em la investigación criminal, **Revista de Derecho Penal**, núm. 14, Montevideo, 2004, p. 115.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes**. **Coordenação**: Gustavo Henrique Badaró e Petrônio Calmo. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

ARAS, Vladimir. **Técnicas especiais de investigação**. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Criminalidade organizada e procedimento diferenciado: entre eficiência e garantismo. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coords). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**, Visão Luso-Brasileira, São Paulo: 2006.

BERGMAN, Michael K. **The Deep Web: Surfacing Hidden Value**. 2001. Disponível em: <<http://brightplanet.com/wp-content/uploads/2012/03/12550176481-deepwebwhitepaper1.pdf>>. Acesso em: 12 Jun. 2022.

BÍBLIA. Português. Nova Versão Internacional. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/nvi/gn/3/1-7>> Acesso em 14 Jun. 2022.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade (organizadores). Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [CNJ]. **Recomendação nº 3**. Brasília, DF. Presidente: Ministra Ellen Gracie Northfleet, Dje. 30 de maio de 2006. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/recomendacao/recomendacao_3_30052006_23042019140017.pdf> Acesso em: 25 Jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2006]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 25 Jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em 25 Jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956.** Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1956]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm> Acesso em 25 Jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 23 Jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 25 Jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm> Acesso em: 23 Jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 63716 / SP.** Brasília, DF. Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Dje. 17 de dezembro de 2007, p. 237. Disponível em:
<[https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2763716%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2763716%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2763716%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2763716%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 25 Jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 77771 / SP.** Brasília, DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz., Dje. 22 de setembro de 2008. Disponível em:
<[https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2777771%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2777771%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2777771%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2777771%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 25 Jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 4414-AI.** Organização criminosa e vara especializada. Inconstitucionalidade parcial. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Luiz Fux, 31 de maio de 2012. Disponível em:

<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_4414_AL_1387979555766.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1656042124&Signature=1RbcE8u57o67d0lhbBxCpQT4l8%3D> Acesso em 24 Jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Inq. 2245/MG**. Brasília, DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Dje. 09 de novembro de 2007, p. 0038. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727518/inquerito-inq-2245-mg>> Acesso em: 25 Jun. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) et ali. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v. 7, n. 12, p. 213-242, jan./jun. 2015.

CAFFERATA NORES, José I. La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 35, ano 9, julho/setembro. São Paulo: 2001.

CALEGARI, André Luis e WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPRIOLI, Francesco; Il “**captatore informatico**” come strumento di ricerca della prova in **Italia**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Leandro/AppData/Local/Temp/MicrosoftEdgeDownloads/1ee60ab9-19d9-4148-8281-eb5dd5688466/Dialnet-IlCaptatoreInformaticoComeStrumentoDiRicercaDellaP-118956.pdf>> Acesso em 18 Jun. 2022.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSANI, Belén. Agente encubiertos e informantes como médios de prueba contra el crimen organizado – Um análises desde la jurisprudência de derechos humanos. In: **El crimen organizado** – Desafíos e perspectivas em el marco de la globalización. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

CASTALDO, A. **La naturaleza económica de la criminalidad organizada**. Disponível em: <<http://www.eldial.com/home/prudentia/pru57/01.asp>.> Acesso em: 09 Jun. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CONVENÇÃO das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm> Acesso em 19 Jun. 2022.

CONVENÇÃO das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (CONVENÇÃO DE PALERMO). Promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em 19 Jun. 2022.

CORDEIRO, Néfi. Pandemia, Modernidades, conflito e esperança. **Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca** [recurso eletrônico]. Org.: José de Ribamar SOBRINHO, José de Ribamar Froz, et al.. São Luis: ESMAM: EDUFMA, 2021.

CORRÊA DE CARVALHO, José Theodoro. **Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales**. Curitiba: Juruá, 2009.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

COUTINHO, Mateus. Delegado da PF vira técnico do Inmetro para desmontar quadrilha de fiscais. **Revista Época**, Rio de Janeiro, 20 out 2017. Caderno Política. Disponível em: <<https://epoca.oglobo.globo.com/politica/noticia/2017/10/delegado-da-pf-vira-tecnico-do-inmetro-para-desmontar-quadrilha-de-fiscais.html>> Acesso em: 10 Ago. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado** – comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2014.

DALLARI JÚNIOR, Hécio de Abreu; BARTOLOMEI, Carlos Emanuel Fontes. Estado, sociedade e combate efetivo ao crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Org.). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. p. 600-604.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. **La criminalidad organizada**: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

DELL'ANDRO, Renato. "**Agent provocateur**", **Encyclopedia del Diritto**, Milano, 1958.

EDWARDS, Carlos Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Modificación a la ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: **crime organizado -aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

FOLHA ONLINE. **Saiba como aconteceu o furto ao BC de Fortaleza**. 2008. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2008/08/430868-saiba-como-aconteceu-o-furto-ao-bc-de-fortaleza.shtml>> Acesso em 20 Jun. 2022.

FORNASARI, Gabriele. Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale. In: **Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia**, v. 12, n. 4, p. 897-918, ott./dic. 1999.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREIRE JÚNIOR., Américo Bedê. Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória? In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano VI, nº 36, Porto Alegre, fev.-mar./2006.

FREITAS, Eduardo de. **Grupo ETA**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/declinio-grupo-eta.htm>>. Acesso em 19 Jun. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GASPAR, António Henrique. Os novos desafios do processo penal no Século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 15, nº 2, abril/junho de 2005, Coimbra Editora.

G1. **ONU: Colômbia continua sendo o maior produtor de cocaína do mundo**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/19/onu-colombia-continua-sendo-o-maior-produtor-de-cocaina-do-mundo.ghtml>> Acesso em 20 Jun. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. **Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación**. Madrid, 2004.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **O novo regime jurídico do agente infiltrado**: comentado e anotado - Legislação complementar. Coimbra: Almedina, 2001.

GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. El agente infiltrado en España y Portugal. Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales. VV.AA. **Criminalidade organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas**. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord., Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUIMARÃES, Isaac Newton Belota Sabbá. **Agente provocador, agente infiltrado e o novo paradigma de processo penal**. Revista Ambito Jurídico, 2009. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-66/agente-provocador-agente-infiltrado-e-o-novo-paradigma-de-processo-penal/>> Acesso em 26 Jan. 2021.

GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GÚZMAN FLUJA, Vicente Carlos. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. In: CATENA, Victor Moreno; ZAPATERO, Luis Arroyo (org). **La prueba em el Espacio Europeo de libertad, seguridade y justicia penal**. Navarra: Aranzadi, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa; FONTE, Eduardo; GOMES SILVA, Márcio Alberto. **Agente policial disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas**. Conj. Disponível em: <conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas>. Acesso em: 10 Ago. 2022.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración policial y agente encubierto**. Granada: Comares, 2001.

JAMILE JOSÉ, Maria. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

LACERDA, Martins. Bicharada: como e quando surgiu o jogo do bicho? **Revista Galileu**. Ed. 187, fev/07. São Paulo, disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT954023-1716,00.html>> Acesso em: 10 Jan 2021.

LESSING, Benjamin. “Conceptualizing Criminal Governance”. **Perspectives on Politics**, vol. 19, n. 3, pp. 854-73, 2021.

LESSING, Benjamin. Governança criminal na América Latina em perspectiva comparada: Apresentação à edição especial. In: LESSING, Benjamin; MONTEIRO, Joana; MISSE, Michel (Org.). **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito Controle Social** – Rio de Janeiro – Edição Especial nº 4 – 2022 – pp. 1-10.

LIMA, Marcos Aurélio Costa de. **O uso da infiltração no Departamento de Polícia Federal.** 2009. Monografia (Especialização em Gestão de Políticas de Segurança Pública) – Academia Nacional de Polícia, Polícia Federal, Brasília, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal,** v. único. Salvador: Juspodivm, 2021.

LIMA, Sônia Silva Brito Lima. **O agente infiltrado:** o problema da legitimidade no processo penal do Estado de direito na experiência brasileira. Coimbra: Almedina, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigações preliminares no Processo Penal.** 4ª ed., Rio de Janeiro: 2006.

LOPES, Mariângela. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha. Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 89, p. 535-565, 2011.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado:** anotações à Lei n. 9034/91 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARQUES, Júnior. Métodos de investigação da criminalidade econômico-financeira, **Revista do Ministério Público,** núm. 110, ano 28, Lisboa: 2007.

MASSON, Cléber. **Direito Penal:** parte geral, vol. 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado.** São Paulo: Método, 2015.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. "Homens de confiança". Será o caminho? In: **II Congresso de processo penal**. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 81-101.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Heinrich. Rio de Janeiro: Jacinto, 1917.

MONTEBHURRUN, Nitishi. **Manual de Metodologia Jurídica: técnica para argumentar em textos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEROS, Rócio Zafra Espinosa de Los. **El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español**. Valencia, 2010.

MONTEROS, Rócio Zafra Espinosa de Los. Implicaciones del Tratado de Lisboa en la lucha contra la delincuencia organizada. **Revista General de Derecho Penal**, n. 14, 2010.

MONTÓN REDONDO, Alberto et al.. **Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal**. 12ª edición, Valencia, 2004.

MONTOYA, Mário Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, vol. 1, n. 2, Mendoza, 2001.

MONTOYA, Mário Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas**: análisis constitucional y procesal penal. Agente provocador. Agente encubierto. Entrampamiento. Infiltrado. Informante. Arrepentido. Entrega vigilada. Protección de testigos. Escuchas telefónicas. Jurisprudencia nacional y extranjera. Anexo legislativo. 2. ed. actual y ampli. Buenos Aires: ADHOC, 2001.

MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro**. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, v. 2, 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 96.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GUILLÉN LÓPEZ, German. Entrega vigilada agente encubierto y agente provocador. Análisis de los médios de investigación em matéria de drogas. In: **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales**. Ed. Ministerio da Justicia, vol. LXI, 2008.

OLIVEIRA, Adriano. Crime organizado: é possível definir? **Revista Espaço Acadêmico**, n. 34, mar. 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm>>. Acesso em: 26 Jun. 2022.

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

ORSI, Thaylize Rodrigues. **Agente Infiltrado**: um instrumento de combate ao crime organizado na lei nº 12.850, de 2013. Dissertação (Mestrado Científico em Direito Penal e Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHECO, Denilson Feitoza: **Direito processual penal**. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2008.

PALMIOTTO, Michael. **Criminal investigation**. 4th ed. USA: CRC Press, 2013.

PAUST, Jordan J. et al. **International Criminal Law**. Cases and materials. Durham: Carolina Academic Press. 1996, p. 18 apud in BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAZ RUBIO, José Maria, et alli., La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales, Madrid, 1999.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios**. 1. ed. Córdoba: Lerner Editora, 2012.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal** - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 07. 777p.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigiadas (Controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 119-126, jan./jul. 2007. p. 18.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Crime organizado. In: **Obra em processo penal**. Organização e notas: GIL, Maria Eugênia. São Paulo: Singular, 2018.

PONTES, Arménio Claro. **Ações Encobertas** – As declarações do agente encoberto em audiência de julgamento. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2014. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/16887/1/Pontes_2014.pdf> Acesso em 09 Ago. 2022.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Cortez, 1987.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (Ministério Público). **Acórdão da Relação de Lisboa de 22-03-2011**. Agente encoberto. Agente infiltrado. Agente provocador. Proibição de prova. Prazo de interposição de recurso. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=>> . Acesso em: 13 ago. 2022.

RIFÁ SOLER, José Maria. El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim. **Poder Judicial**, n. 55, 1999.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. Agentes infiltrado e disfarçado na lei 13.964/2019: uma discussão sobre os limites da produção probatória. **Revista da Faculdade de Direito FMP**, v. 15, n. 1, Porto Alegre, 2020, p. 47-60.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal**. Tomo II. Bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal. Portugal: Rei dos Livros, 2010.

SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, ano 16, mar-abr./2008. São Paulo: RT, 2008.

SANTAMARÍA, Claudia B. Moscato de. **El agente encubierto em el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

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

SORIANO, José Ramon. **Delitos contra la salud pública y contrabando**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. A infiltração de agentes como técnica de investigação criminal. In: **Crime Organizado**. Coords. Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carreira. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Rainer Gonçalves. **O IRA na atualidade**. Brasil Escola. Disponível em:
<<https://brasilecola.uol.com.br/guerras/o-ira-na-atualidade.htm>> Acesso em 19 Jun. 2022.

SUITA PÉREZ, Nora. **La diligencia de investigación por medio del agente encubierto**. [Dir.] Pedro Martín García, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2006.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Políticas pública de proteção à vítima: um a proposta de arranjo institucional de segurança pública. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 15, nº 20, p. 32-58, jan./jun., 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Segurança pública e os dilemas de uma democracia em crise. **Justiça Criminal e Democracia** - MACHADO, Bruno Amaral (org.). São Paulo: Marcial Pons; FESMPDFT, 2013, p. 345-366.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; CANÇADO; Mayara Lopes. **Políticas públicas de proteção à vítima**: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública. *Revista Opin. Jurídica*. Fortaleza: 2015, n. 20, p. 32-58, jan./jun. 2017.

SZNICK, Valdir. **Crime organizado – comentários**. São Paulo: Leud, 1997.

TZU, Sun, **A arte de guerra**, São Paulo, 2007.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e Crime**: o Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal. Coimbra: Almedina, 2001.

YACOBUCCI, Guillermo J. Política criminal y delincuencia organizada, in **El crimen organizado**. p. 55-56.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: **Discursos Sediosos**, a1, v. 1. Rio de Janeiro: Relume/Dumará, 1996.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob os enfoques da eficiência e do garantismo**, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2020.