



LUCIANO ANDRÉ DA SILVEIRA E SILVA

O AGENTE INFILTRADO

Estudo comparado da legislação da Alemanha, Brasil e Portugal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

JUNHO DE 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO



LUCIANO ANDRÉ DA SILVEIRA E SILVA

O AGENTE INFILTRADO
Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

Junho/2015

DEDICATÓRIA

A DEUS QUE “FAZ MAIS QUE PEDIMOS OU PENSAMOS” EM NOSSAS VIDAS. A ELE TODA HONRA E TODA GLÓRIA POR TUDO QUE VIVI EM COIMBRA.

À DOROTH, MINHA ESPOSA. OBRIGADO PELO SEU AMOR, PELO ENCORAJAMENTO, MUITAS VEZES APENAS COM UM OLHAR.

**AOS MEUS FILHOS GABRIEL E MARIANA - PRESENTES QUE DEUS ME DEU. QUE O MEU EMPENHO E DEDICAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DESSE MESTRADO SIRVA DE EXEMPLO PARA VOCÊS.
AMO-VOS.**

AGRADECIMENTOS

Ao Sr. Doutor Manuel da Costa Andrade, a quem tive a honra de tê-lo como professor e agora orientador da presente dissertação. Pelas preciosas orientações e conversas que tivemos em seu gabinete e, principalmente, no bar da nossa faculdade de direito, sempre acompanhados de um café.

Aos senhores professores Doutor PEDRO CAEIRO, Doutora CLÁUDIA SANTOS e Doutora ALEXANDRA ARAGÃO, meus professores no primeiro ano do mestrado.

A minha família, meus amigos no Brasil e em Portugal, pelo apoio, encorajamento e por toda a ajuda, com valiosas “dicas” que ajudaram-me a construir o meu percurso durante a investigação jurídica.

A Polícia Militar do Distrito Federal por tudo que me tem proporcionado. Na pessoa do Cel JOOZIEL DE MELLO FREIRE - Comandante Geral da PMDF (2013) e ao Cel RR CIVALDO FLORÊNCIO DA SILVA - Corregedor Geral da PMDF (2013 - 2015), pela confiança a mim conferida. Não esquecerei!

“OS GOVERNOS, QUANDO NÃO TEM PÃO PARA DAR, DÃO LEIS PENAIS”

Manuel da Costa Andrade

aula de 21.03.2014

“NÃO SABENDO QUE ERA IMPOSSÍVEL, FOI LÁ E FEZ”

Jacques Cocteau

LISTA DE ABREVIATURAS

AI - Agente Infiltrado

CF - Constituição da República Federativa do Brasil - 1988

CRP - Constituição da República Portuguesa

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

MP - Ministério Público

RJAE - Regime Jurídico das Acções Encobertas

StPO - Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal Alemão)

TC - Tribunal Constitucional

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| DEDICATÓRIA | 3 |
| AGRADECIMENTOS | 4 |
| RESUMO | 5 |
| EPÍGRAFE | 6 |
| LISTA DE ABREVIATURAS | 6 |
| ÍNDICE | 7 |
| INTRODUÇÃO | 9 |
| PARTE I | |
| 1. A prova no contexto do Estado democrático de direito | 12 |
| 1.1 O que são métodos ocultos de investigação? | 12 |
| 1.2 A prova no Processo Penal | 13 |
| 1.2 As <i>exclusionary rules</i> | 16 |
| 1.3 A <i>Beweisverbote</i> do sistema alemão | 19 |
| 1.4 As proibições de prova | 20 |
| 2. A origem e desenvolvimento do agente infiltrado | 25 |
| 2.1 Breve desenvolvimento histórico do agente infiltrado | 25 |
| 2.2 - Um meio extraordinário de investigação | 27 |
| 2.3 - Os problemas trazidos pela globalização e a sociedade de risco | 29 |
| PARTE II | |
| 3. O agente infiltrado na Alemanha, Brasil e Portugal | 35 |
| 3.1 O agente infiltrado na Alemanha | 35 |
| 3.1.1 Contexto na Alemanha sobre métodos probatórios | 35 |
| 3.1.2 A definição do agente infiltrado | 36 |
| 3.1.3 Requisitos para a utilização do agente infiltrado | 37 |
| 3.1.4 Autorização para o emprego do agente infiltrado | 39 |
| 3.1.5 A utilização da Legende no âmbito de atuação do agente infiltrado | 40 |
| 3.1.6 Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado | 42 |
| 3.2 O agente infiltrado no Brasil | 44 |
| 3.2.1 Um pouco do contexto brasileiro | 44 |
| 3.2.3 A competência e os requisitos da infiltração | 48 |
| a) Competência para a realização da infiltração | 48 |
| b) Autorização judicial | 50 |

| | |
|--|-----|
| 3.2.4 A preparação da operação | 52 |
| 3.2.5 O sigilo da operação e os direitos do agente infiltrado | 52 |
| 3.2.6 A responsabilidade penal do agente infiltrado | 54 |
| a) A prática de crime pelo agente infiltrado na qualidade de co-autor | 56 |
| b) A prática de crime pelo agente infiltrado na qualidade de partícipe | 57 |
| c) A prática de crime pelo agente infiltrado na qualidade de autor direto | 57 |
| 3.3 O agente infiltrado em Portugal | 58 |
| 3.3.1 O desenvolvimento e afirmação na legislação do agente infiltrado | 58 |
| 3.3.2 O Regime Jurídico das Ações Encobertas - definição e aspectos gerais | 59 |
| 3.3.3 Os requisitos para a utilização do agente encoberto | 61 |
| 3.3.4 O controle da ação encoberta | 63 |
| 3.3.4 Portugal <i>versus</i> Teixeira de Castro no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH | 65 |
| 3.3.5 A utilização uso de terceiros em ações encobertas. | 67 |
| a) Falta de preparação para atuar | 68 |
| b) Inexistência de compromisso legal com a polícia | 69 |
| c) Confiabilidade precária na atuação de terceiros | 69 |
| d) O uso de terceiros e as proibições de prova | 70 |
| 3.3.6 A responsabilidade penal do agente encoberto | 70 |
| 3.4 Comparando os ordenamentos jurídicos apresentados | 74 |
| PARTE III | |
| 4. As características peculiares do agente infiltrado em face do Estado de Direito Democrático | 78 |
| 4.1 Dignidade da pessoa humana | 78 |
| 4.2 Princípios de direito que são restringidos pela utilização do agente infiltrado como método (oculto) de investigação | 81 |
| 4.2.1. Princípio de presunção de inocência | 81 |
| 4.2.3 Direito à intimidade e direito à privacidade | 90 |
| 4.3 O agente infiltrado como manifestação da expansão do direito penal | 93 |
| 4.4 O problema da (in) definição de crime organizado | 96 |
| 4.5 O princípio da proporcionalidade como critério de equilíbrio face os direitos fundamentais | 100 |
| Conclusão | 105 |
| Bibliografia | 109 |

INTRODUÇÃO

A partir dos anos 70 do século passado, os métodos ocultos de investigação¹ foram se firmando em vários ordenamentos jurídicos. O agente infiltrado como um método oculto de investigação surge como uma das mais polêmicas técnicas de investigação, tendo em vista a utilização do engano e da dissimulação como características principais da atuação de um agente infiltrado. A sua proximidade conceitual do proibido método de prova que é o *agente provocador* aliada a alguma incerteza de seu *modus operandi*, acentuam ainda mais os pontos polêmicos que giram em torno dessa figura jurídica cada vez mais presente no combate a criminalidade organizada no século XXI.

A sociedade pós industrial que vive uma realidade de um mundo globalizado, com mercados financeiros cada vez mais integrados, devido, principalmente, à massificação da comunicação na era da internet, deparou-se com um novo tipo de criminalidade: global, organizada e detentora de recursos financeiros e tecnológicos jamais vistos em outras épocas. Para fazer frente a esse tipo de criminalidade, o agente infiltrado é concebido como uma poderosa arma que o Estado tem em face do crime organizado e a criminalidade grave. A abordagem do tema do agente infiltrado no contexto da investigação criminal conduz-nos ao tema das proibições de prova, tema que por si só já possui nuances e dificuldades que já foram objeto de inúmeros trabalhos acadêmicos².

O núcleo desta dissertação será o estudo comparado do instituto do agente infiltrado nos planos internos alemão, português e brasileiro. A escolha desses três sistemas jurídicos deveu-se a fatores dogmáticos, haja vista a importância tradicional que se tem nos estudos e desenvolvimentos da ciência penal na Alemanha que, em larga medida, tem contribuído e até influenciado o ordenamento interno português o que merece

¹ Quanto à distinção entre **meios de prova** e **métodos de obtenção da prova**, Germano Marques da Silva define os primeiros como meios diretos de convencimento da entidade decidente; encontram-se previstos no art. 128º e ss. do CPP e caracterizam-se “pelas suas aptidões para, através da percepção, formar, fundamentar um juízo.” Os métodos de obtenção da prova são formas de obter meios de prova; “são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova” e encontram-se previstos no art. 171º e ss. do CPP, bem como em legislação extravagante, como é o caso do agente infiltrado. Vide SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, II, 3ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2002, p. 99 e 209, respetivamente.

² Destaca-se o estudo de Bending, em 1903, e o Encontro de Juristas alemães em 1966 que teve como tema as proibições de prova. Em Portugal, “Das Proibições de Prova em Processo Penal”, de Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Almedina Editora, 2013 (reimpressão).

uma reflexão para apreender as características principais desse método de prova. O ordenamento brasileiro foi escolhido tendo em vista ser o país natal do autor da dissertação, e um estudo comparado a partir do ordenamento jurídico de dois países do continente europeu, justifica-se pela tentativa de compreensão de como tem-se desenvolvido este tema do agente infiltrado no direito interno brasileiro.

É uma tarefa difícil e, até certo ponto, arriscada discorrer sobre um sistema jurídico estrangeiro, tendo em vista as diferenças internas que há entre os diversos ordenamentos e dos naturais e normais obstáculos que há para a correta percepção do sentido e significado de uma norma penal estrangeira, que expressam os valores culturais, sociais e históricos de uma nação. Entretanto, este estudo comparado, serve para demonstrar os parâmetros e tendências no plano interno, e dentro de uma visão sistêmica, projetá-lo no plano internacional, aprendendo e adotando aquilo que foi exitoso, e evitando os caminhos, mas também aprendendo com estes, naquilo que levou a fracassos³.

A utilização do agente infiltrado como meio de investigação, que historicamente tem seu desenvolvimento conceitual ligado ao do agente provocador, parte, neste contexto, de uma prática que era vista com desconfiança pela doutrina e jurisprudência para uma posterior visão e aceitação nos diversos ordenamentos jurídicos, que a partir da segunda metade do século XX foi adotada como instrumento de investigação contra a criminalidade ligada ao tráfico de drogas e que atualmente tem especial atuação no combate à criminalidade organizada, com ênfase ao tráfico internacional de estupefacientes, armas e o terrorismo.

Os métodos ocultos de investigação e a prova no contexto do estado democrático de direito serão objeto de uma breve apresentação no capítulo I, seguida de análise sobre a experiência norte americana e alemã no tratamento das provas e também o tema das proibições de prova nos ordenamentos jurídicos em estudo.

No capítulo II será apresentado o desenvolvimento histórico do agente infiltrado, seu caráter de método extraordinário de investigação e como a globalização numa sociedade de risco influenciou a adoção deste método de investigação em diversos países.

³CHOUKR, Fauzi Hassan, “Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”: Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2006, pág. 21.

No capítulo III, o principal capítulo da presente dissertação, será realizado o estudo comparado do agente infiltrado nos ordenamentos internos alemão, brasileiro e português, com análise dos vários aspectos que se extraem da legislação, tais como requisitos de emprego, âmbito de atuação, responsabilidade penal do agente infiltrado e etc.

No capítulo IV as características peculiares do agente infiltrado no estado democrático de direito serão o objeto de estudo, analisando-se os direitos e princípios que são restringidos pelo emprego do agente infiltrado, o problema da definição do crime organizado e como o princípio da proporcionalidade pode ser um parâmetro de equilíbrio para a utilização do agente infiltrado. O método de investigação escolhido foi a pesquisa bibliográfica, típico da investigação jurídica, da legislação, doutrina e jurisprudência, com análise dedutiva que culmina com as conclusões da investigação realizada.

PARTE I

1. A prova no contexto do Estado democrático de direito

1.1 O que são métodos ocultos de investigação?

Os métodos ocultos de investigação caracterizam-se pela intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas (alvo de investigação criminal), sem que estas tenham conhecimento do fato nem o percebam. Por causa disso, continuam a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma inocente, fazendo ou dizendo coisas de sentido, muitas vezes, auto-incriminatório ou incriminatório daqueles que com elas interagem ou comunicam. De forma simplificada e reducionista, os meios ocultos de investigação levam as pessoas atingidas - normalmente o suspeito - a “ditar” inconscientemente para o processo “confissões” não esclarecidas nem livres⁴.

A interceptação de telecomunicações - escutas telefônicas - pode ser considerada como a primeira forma oculta de investigação. Com o advento e a massificação da utilização do telefone e do telemóvel, esse poderoso e invasivo meio de investigação passou a ser utilizado por praticamente todos os países. A cada autorização judicial para a interceptação telefônica de determinada pessoa, uma quantidade indeterminada de pessoas acabam sendo devassadas em sua intimidade e privacidade, direta ou indiretamente. E isso para não entrar em linha de conta com as constelações qualificadas em que, no contexto das ações encobertas, se induzem as pessoas à prática de crimes pelos quais vão depois ser perseguidos (agente provocador)⁵.

O agente infiltrado é outro método oculto de investigação, que tem como características principais que o remete a esta classificação, a ocultação da qualidade do agente policial que está realizando a atividade de infiltração, ou ação encoberta como é chamada em Portugal, bem como a utilização de identidade fictícia ou falsa. Sua atuação junto ao investigado ou arguido, limita-se a descoberta de provas de autoria e da

⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente no Verão Passado - A reforma do Código de Processo Penal”, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pág. 106.

⁵ Idem, pág. 105 e 106.

materialidade de ilícitos penais, sem o qual não poderiam ser alcançadas pelos métodos convencionais de investigação.

Além da interceptação telefônica e do agente infiltrado, outros métodos podem ser considerados como métodos ocultos, tais como, a interceptação de mensagens eletrônicas (email), SMS, voz ou imagem, gravação ambiental e acústica que sejam realizadas sem que o indivíduo contra quem são realizadas essas ações, saiba ou mesmo suspeite de tal prática⁶.

1.2 A prova no Processo Penal

A palavra prova, etimologicamente, tem sua origem na palavra *probo* - do latim *probatio e probus*. Nela vem implícita a ideia de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

No direito processual, a prova, na acepção de uma atividade probatória, consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Ou seja, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa⁷.

Todavia a atividade probatória, que no sistema acusatório em vigor na Alemanha, Brasil e Portugal está a cargo dos participantes processuais – Tribunal, Ministério Público, arguido, assistente e partes civis - não pode ser realizada a todo custo. O direito à prova, como todo direito natural, não tem natureza absoluta, estando sujeito a limitações porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico⁸. O Estado não pode permitir nem aceitar que, no curso de uma persecução penal, sejam utilizados meios ilícitos ou ilegais. Disso derivam a denominação das provas ilegais, podendo ser

⁶ Tudo, de resto, se conjuga no sentido de o recurso às formas ocultas de investigação ir continuar a aumentar, ao ritmo do progresso e das inovações tecnológicas. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Métodos Ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)*”:Coimbra, Justiça Penal Portuguesa e Brasileira - Tendências de Reforma, 2007, pág. 104.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de, “Curso de Processo Penal”: Rio de Janeiro, Editora Ímpetus, volume único, 2013, pág. 555.

⁸ O art. 5º, inciso LVI da Constituição Brasileira prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” O art. 125 do CPP Português - “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. Art. 136 da StPO.

estas ilícitas — quando contrariem regra de direito material, ou ilegítima — quando contrariem norma de direito processual⁹.

A busca pela verdade é o objetivo primordial no processo penal. Mas que verdade é perseguida no processo penal? FERRAJOLI¹⁰ nos apresenta o conceito de verdade material como aquele que está relacionado ao modelo substancial de direito penal. Corresponde à verdade absoluta, sem limites legais, verificáveis por qualquer meio, sem atentar para a rigidez das regras processuais. O autor italiano alerta que a busca pela verdade material pode dar lugar a arbitrariedades. De outra parte, a verdade formal vincula-se ao modelo formalístico, apurada com respeito às regras processuais e às garantias da defesa. Seria uma verdade “mais controlada”, quanto ao método de aquisição da prova, mais reduzida porém com relação ao conteúdo, comparativamente com a verdade material. Portanto, a verdade formal é a verdade processual ou judicial, estabelecida por meio de provas e procedimentos probatórios, enquanto a verdade material, denominada verdade histórica, empírica, é aquela relacionada ao mundo dos fenômenos reais, alcançada, por vezes, por meios diversos de provas. Assim, na verdade processual valem mais os meios do que os fins e na verdade material os fins justificam os meios.

Sem descuidar das garantias legais do investigado, o Estado, por meio dos seus órgãos formais de controle - Tribunal, Ministério Público e Polícia - empenha-se para a aplicação da lei no caso concreto. Todavia esta atividade da busca pela verdade não poderá ser feita a todo custo, mas deve ser realizada cumprindo e observando os limites impostos pela lei.

O recurso à investigação por métodos ocultos - com os meios e técnicas próprias desta modalidade probatória - não podem sacrificar os bens jurídicos e os direitos fundamentais dos investigados. A verdade que o processo penal persegue, não é a verdade absoluta ou ontológica, mas sim a verdade judicial, prática e processualmente válida¹¹. A investigação criminal disciplinada pelas garantias constitucionais, dentro daquilo que é possível e adequado as suas finalidades, é um avanço no que se refere a um processo penal garantidor. Essas garantias constitucionais são entendidas como o conjunto, o arcabouço

⁹ Denominação utilizada eminentemente no Brasil.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal”; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 43 e ss.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Processual Penal”: Coimbra, Coimbra editora, 1º volume, 1974, pág. 194.

instrumental penal para a proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado, de forma que preconiza uma postura ética do Estado para com o indivíduo submetido a constrição de sua liberdade, preservando-lhe sua condição de dignidade humana no processo penal¹².

Os direitos fundamentais, que são os direitos humanos protegidos pela ordem constitucional, ou os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente¹³, passaram por um longo processo histórico até chegar aos dias atuais com a expressão que hoje possuem. A primeira função dos direitos fundamentais - sobretudo dos direitos, liberdades e garantias - é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos). Essa proteção dos cidadãos se dá numa dupla perspectiva: primeiro num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo ingerências na esfera individual e, numa segunda perspectiva, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar lesões por parte dos mesmos (liberdade negativa)¹⁴.

Esse processo remonta ao século XVII. Na Inglaterra, o processo de fundamentação, positivação e posterior “constitucionalização dos direitos e liberdades” começou a ser consignado, num primeiro momento, na *Petição dos Direitos*, em 1628, seguida da *Declaração de Direitos*, de 1689 e num conjunto de atos do Parlamento entre os quais se conta o célebre *Habeas Corpus Act*, de 1679. Inicialmente os ingleses, depois americanos e franceses, iriam qualificar de “constitucionais” esses direitos e liberdades jusfundamentais reconhecidos a cada cidadão numa determinada ordem jurídica individual e concreta. A **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789, já previa claramente: “Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não resulte assegurada... não tem constituição” (art. 16º). As constituições da liberdade, como assim chamava Montesquieu no século XVIII, são sobretudo pensadas como uma reflexão em termos de direito natural racionalista. “o fim de toda a associação política é a conservação

¹² Bobbio considera que há um “progresso” na construção e futuro dos chamados direito humanos, ao afirmar que do ponto de vista da filosofia da História, o atual debate sobre direitos humanos pode ser interpretado como um sinal premonitório do progresso moral da humanidade. Cfr. CHOUKR, Fauzi Hassan, *cit.*, pág. 12.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”: Coimbra, Almedina Editora (7ª edição), 2003, pág. 393.

¹⁴ Idem, pág. 408.

dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. 2º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789)¹⁵.

Devido ao princípio da soberania nacional reinante na Europa no século XIX, o respeito a esses direitos foi limitado unicamente no Estado que os instituía. Mais tarde, no século XX assistimos à proliferação de numerosas convenções de caráter regional. Destacam-se a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, adotada pela Assembléia Geral da ONU de 10 de dezembro de 1948; a **Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, de 04 de novembro de 1950 e os seus diversos protocolos adicionais; os **Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos e Sociais**, de 1966; a **Carta Americana dos Direitos do Homem e dos Povos**, de 28 de junho de 1981, e a **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**, aprovada na Cimeira de Nice, em 07 de novembro de 2000, integrada ao Tratado de Lisboa de 01 de dezembro de 2009. Como resultado dessas declarações temos uma aplicação supranacional dos direitos e garantias do indivíduos, que podem recorrer a um dos organismos ou jurisdições internacionais que assim podem obrigar por diversos meios, os Estados signatários a cumprir o que foi previsto nessas convenções.

Os direitos e liberdades jusfundamentais, tradicionalmente, vinham concebidos com a ideia de que atuariam como limites mais ou menos intangíveis à intervenção dos poderes públicos na vida dos cidadãos. Do lado do Estado, traduzia numa obrigação de *no facere*. Sob este ponto de vista, todas as disposições do *Bill of Rights* britânico de 1689, ou da declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os quais representavam uma enumeração mais ou menos exaustiva dos domínios em que a decisão dos poderes públicos não poderia penetrar¹⁶.

1.2 As *exclusionary rules*

O país precursor no tratamento da prova obtida por meio ilícito foi os Estados Unidos da América, ainda no século XIX, diante da inadmissibilidade da utilização dessas

¹⁵ QUEIROZ, Cristina, “Direitos Fundamentais - Teoria Geral”: Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 17 e ss.

¹⁶ Ainda assinala-se que esta disposição constitucional do *no facere* pode ser observada nas Constituições portuguesas de 1822 e 1838 conforme QUEIROZ, Cristina, *cit.*, pág. 19.

provas num processo, adotando a regra das *exclusionary rules*¹⁷. Sua origem está atrelada a ideia de que deveriam ser preservados os direitos e garantias individuais das pessoas nas diversas ações investigatórias praticadas pela polícia, incluindo principalmente aqueles direitos ofendidos em decorrência das buscas e apreensões. Assim, qualquer ação praticada pelos oficiais de Polícia que viessem a burlar os direitos e garantias constitucionais do cidadão deveriam ser considerados nulos e portanto não poderiam integrar como prova ou mesmo indício os autos do processo¹⁸. Sua construção foi fruto especialmente do resultado do trabalho dos tribunais, próprio do sistema da *common law*, diante dos conflitos concretos da própria vida, de forma que os princípios e categorias de enquadramentos dogmáticos das *exclusionary rules* são de cunho eminentemente processual¹⁹.

Tendo seu início nos casos ocorridos na esfera no âmbito da jurisdição federal, as "*exclusionary rules*" acabaram sendo difundidas também para os âmbitos estaduais. A Suprema Corte Norte-Americana fundamentou a utilização destas regras com dupla argumentação: 1- Conter as atuações abusivas por parte da polícia; 2 - Chamada de "Integridade Judicial", para a Corte não dar aprovação tácita àquelas condutas abusivas. Alguns anos após, e como consequência desta doutrina, surge nos Estados Unidos, por resultado do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, a chamada teoria (doutrina) do "fruto da árvore contaminada". Segundo essa doutrina, qualquer informação ou evidência obtida a partir ou em resultado daquela que houvera sido obtida ilegalmente, portanto, também seria ilegal, porque provinha de uma fonte "contaminada", visto que contamina todos os seus frutos. Há que se ressaltar que a teoria objetivava definir que os frutos decorrentes daquela árvore deveriam ser considerados contaminados.

É notório que frutos de outras árvores não podem, por essa razão, ser também considerados "podres". Isso significa que em termos de análise de evidência obtida em um procedimento investigatório ou em um processo, somente aquelas que dela decorrerem podem ser consideradas nulas. Como o processo é constituído de inúmeras fontes, na

¹⁷ Caso *Boyd v. US*, em 1886, onde o argumento de que a regra das *exclusionary rules* estaria implícita na Carta Política como forma de tutela dos direitos fundamentais nela previsto. Cfr. LIMA, Renato Brasileiro de, *Cit.*, pág. 596-597.

¹⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. A "Exclusionary rule" do Sistema Norte-Americano. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em nov 2014.

¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, "*Das Proibições de Prova em Processo Penal*":Coimbra, Almedina Editora, 2013 (reimpressão), pág.135 e 147.

verdade um complexo de evidências e provas de origens diversas, aquelas originárias de fontes lícitas devem ser consideradas perfeitamente admissíveis. Equívoco portanto é dizer que se existe nos autos uma prova obtida por meio ilícito, de forma que todo o processo está contaminado e deve ser anulado. Apenas e tão somente aquelas provas que decorrem daquela fonte ilícita é que devem ser anuladas e os demais são perfeitamente válidas. O processo é, dessa maneira, constituído de "várias árvores", e somente aquela que nasce podre deve ser extirpada, mantendo-se as demais²⁰.

As críticas a respeito da aplicação efetiva das "*exclusionary rules*" são conduzidas para duas questões, que tratam, em sua essência, sobre o binômio custo/benefício de sua utilização. De um lado, aqueles que são contra a aplicação da regra, argumentam que um criminoso, sob o qual há fortes provas de sua culpa, acabará se beneficiando da aplicação das "*exclusionary rules*", com um custo para o Estado e para a sociedade, portanto, um prejuízo maior do que a sua não utilização. Os que se posicionam favoravelmente argumentam que os policiais não deixam de praticar as condutas porque acreditam que as "*exclusionary rules*" são ilegítimas e mentir à corte é uma forma de evitar que sejam aplicadas. Mesmo os policiais que tencionam agir corretamente, não compreenderiam muito bem todas as regras, devido a sua complexidade. Então, puni-los não seria a melhor solução, devido a ausência da intenção de não cumprir os procedimentos legais, mas invalidar as provas por eles obtidas naquelas circunstâncias é a melhor solução.

AMELUNG²¹ resume a limitação imposta pelas *exclusionary rules* afirmando que o sistema terá, naturalmente, de dotar-se dos mecanismos necessários à disciplina da atuação dos agentes das instâncias de controle. Só que, para além de idóneas para o efeito, a subordinação do regime das proibições de provas a fins de disciplina induziria seguramente efeitos disfuncionais e perversos. Na formulação deste autor, "o recurso às proibições de valoração como instrumento de disciplina é uma expressão de resignação (*Ausdruck der Resgnation*). Explicitando melhor a situação, considera AMELUNG, em termos que dotam apreensão idêntica à declinada por Wigmore, que reagir a toda a infração dos preceitos processuais com uma proibição de valoração seria pagar um preço exageradamente elevado. Pois, o efeito primário e imediato de uma proibição de valoração

²⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. A "Exclusionary rule" do Sistema Norte-Americano. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em [http:// www. ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br). Acesso em nov 2014.

²¹ AMELUNG *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *cit.*, nota 24, pág. 145.

concebida nestes moldes não é a punição do sistema de perseguição penal ou dos seus representantes mas antes um prejuízo infligido ao Estado. Ele veria a sua pretensão punitiva posta em perigo ou mesmo pura e simplesmente precludida sempre que, em nome da proibição de valoração, se lhe pudesse retirar das mãos um meio de prova de que poderia prevalecer-se para condenar um delinquente. Ao mal já causado pela irregularidade processual acresceria um novo mal, agora pela via da proibição de valoração e que acabaria por atingir a comunidade.

Os benefícios da aplicação das *exclusionary rules* incidiriam portanto na própria polícia, uma vez que, esta poderá preparar melhor seus policias por meio de uma formação mais consistente nos aspectos processuais de sua atuação.

1.3 A *Beweisverbote* do sistema alemão

A *Beweisverbote* tem origem e desenvolvimento diferente das *exclusionary rules* americana, sendo construída a partir de estudo e desenvolvimento lógico e eminentemente teórico, alicerçado nos direitos individuais - materiais constitucionais dos cidadãos, sobretudo com o intuito de protegê-los (*Rechtstaatlichkeit*), e visando uma construção sistemática do direito das proibições de prova. Tem estrutura baseada fundamentalmente na proteção da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da inviolabilidade do segredo de correspondência, das telecomunicações e do domicílio. São, pois, meios processuais de imposição da tutela do direito material, buscando a prevenção da danosidade social garantida pela preservação dos bens jurídicos individuais constitucionais. Diferentemente das *exclusionary rules*, não busca a prevenção pela repressão; mas sim a análise do caso concreto em termos comparativos com a situação de direito e garantia individual que se procurou proteger, em evidente análise de valoração. É o que, na verdade, os alemães chamam de princípio da proporcionalidade constitucional - ou *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Significa dizer que em análise comparativa de âmbito constitucional - violação/proteção de direito - há que se aferir qual tem maior peso para então se viabilizar a conclusão a respeito da proibição ou não da apresentação e apreciação da prova em juízo.

O processo penal alemão conforma-se ao paradigma do processo acusatório integrado por um princípio de investigação. A partir da fase de acusação é o juiz que detém o domínio do processo e assume a responsabilidade última pela investigação das provas

sobre que há de assentar a condenação ou absolvição do arguido. O contraste com o processo americano revela-se aqui ostensivo. Para um Ministério Público exclusivamente interessado na condenação, responde o direito alemão com uma instância cuja ação obedece a estritos critérios de legalidade e objetividade. Como responde à passividade do juiz americano com um julgador armado de poderes autônomos de investigação e prova. Em síntese, as proibições de prova no direito alemão não representarão mais do que “meios processuais de imposição da tutela do direito material”, sendo que as limitações da atividade de polícia não podem ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência, das proibições de prova²².

1.4 As proibições de prova

Num Estado de Direito Democrático, a produção de provas no processo penal está diretamente limitada pelas demarcações contidas no texto constitucional. Estes limites estão condicionados ao respeito ao intocável **princípio da dignidade humana**, o que na prática da perseguição penal se dá com a proibição de produção de provas que utilizam meios ou métodos que vão de encontro a dignidade humana. As proibições de produção probatória limitam as atividades das autoridades de investigação penal no esclarecimento de delitos, e as proibições de utilização de provas impedem que os tribunais penais realizem uma valoração de conjunto sobre o material probatório. Assim as proibições probatórias confirmam que a verdade (processual), de acordo com as famosas palavras do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Budensgerichtshof*), não deve ser investigada “a qualquer preço”²³, senão que deve considerar os interesses individuais previamente indicados. Ao mesmo tempo, as proibições probatórias servem para a proteção de averiguação da verdade, posto que impedem a utilização de informações incompletas, indiretas ou distorcidas²⁴.

Na Alemanha²⁵, é tradicional a distinção entre proibições de provas, que tutelam valores internos, e simples regras de produção de prova, que tutelam um valor externo, disciplinando apenas o procedimento de realização da prova, como, por exemplo, as regras

²² ANDRADE, Manuel da Costa, *cit.*, pág. 139 e ss.

²³ BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; 38, 214, 220.

²⁴ AMBOS, Kai, “*Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*”; in *Política Criminal*, vol. 4, nº 7, 2009, pág. 8.

²⁵ CORREIA, João Conde, “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”: *Revista do CEJ*, IV, 2006, pág.183 e ss.

que regulam a instrução ou o depoimento de uma testemunha, que foram introduzidas no § 136a, do StPO. A lei de Processo Criminal de 1877, inicialmente, se deu por certo como algo evidente a posição de sujeito do imputado, razão pela qual foi recusada uma regulação expressa. Não obstante, as experiências com o Direito Penal Nacional-Socialista, em especial ao desprezo da autonomia da livre determinação do indivíduo, muito rapidamente tornou-se imprescindível a necessidade de regulação legal com o propósito de assegurar a liberdade de decisão individual e, em consequência, a proibição de determinados métodos interrogatórios e a limitação de uso de nova tecnologia para preservar a autonomia individual (detector de mentiras, narcoanálise). Neste sentido, se introduziu em 1950, entre outros, o §136a na StPO, como norma central para o fortalecimento dos direitos fundamentais do imputado, bem como do Estado de Direito²⁶.

A doutrina dominante distingue, debaixo do conceito geral de proibições de prova, entre proibições de produção de provas (*Beweiserhebungsverbote*) e proibições de utilização de provas (*Beweisverwertungsverbote*). As proibições de produção de prova regulam ou limitam o modo de obtenção das provas e as proibições de utilização regulam o uso judicial das provas que foram obtidas. Dentro das proibições de produção probatória se distingue entre proibições de temas probatórios, proibições de meios probatórios e proibições de métodos probatórios. As proibições de temas probatórios impedem a obtenção de provas sobre atos determinados (“temas”), por exemplo, antecedentes penais já eliminados do Registro Central Federal (§51 da Lei de Registro Central Federal). As proibições de meios probatórios impedem a utilização de meios determinados, como por exemplo, uma testemunha que usa o seu direito de não declarar.

As proibições de métodos probatórios impedem um certo modo de obtenção de prova, por exemplo, um método de interrogatório proibido conforme o §136a da StPO ou qualquer modo de obtenção de prova que possam configurar-se como um atentado direto à dignidade da pessoa humana²⁷. Também é possível diferenciar proibições absolutas e proibições relativas. As absolutas tem validade geral, e as relativas limitam à obtenção de provas no sentido de que somente algumas pessoas determinadas estão facultadas para ordenar ou realizar uma produção probatória determinada, de forma que outros sujeitos

²⁶ AMBOS, Kai, *cit.*, pág. 4 e 5.

²⁷ GOSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de Prova no Processo Penal da República Federal da Alemanha”: COIMBRA, Revista Portuguesa de Ciência Criminal 2, 1992, pág. 422.

estariam proibidos de sua produção. Estas têm validade para quase todas as medidas coercitivas que, em princípio, somente podem ser ordenadas por um juiz²⁸.

Há um consenso, de forma geral, na doutrina alemã, de que uma proibição de utilização de prova não depende, em sentido formal, de uma expressa codificação. Todavia destacam-se as proibições escritas de utilização de prova, as previstas no §136a da StPO, o engano, como os casos do “espião” na cela - um agente da polícia disfarçado ou um informante colocado junto com um preso numa cela, com a pretensão de extrair informações sobre determinado crime - vigilâncias de telecomunicações e gravações secretas (§100, §477), uso de extração de sangue ou células do corpo (§81), intervenções corporais e extrações de sangue em menores de idade, o qual depende de consentimento do responsável (§88,c, III), dados pessoais obtidos que sejam gravados através de meios mecânicos (§477, II), proibição de utilização de objetos vinculados a uma interrupção de gravidez encontrado no consultório médico (§108, II); informações pessoais, obtidas por meio de um agente infiltrado, usados conforme previsão de delitos do § 110a (§477, II, 2, 3)²⁹. Do lado das proibições não escritas de utilização de prova é necessário uma fundamentação material, já que não se baseiam numa prescrição legal.

Diferentes teorias disputam a solução correta das suposições que subjazem no conflitos de ponderação, tal como a teoria do âmbito ou esfera de direitos (*Rechtskreistheorie*) e a teoria do fim de proteção da norma (*Schutzzwecklehre*)³⁰.

No direito processual português, as proibições de prova emergem como um sistema de equacionamento e solução de problemas específicos, cujo *out-put* confronta o regime dos recursos com uma complexidade que lhe cabe, em momento diferente e ulterior. Os preceitos relativos às proibições de prova terão, noutros termos, de ser lidos também com os olhos atentos às sugestões e ensinamentos da doutrina: já na doutrina portuguesa, já na doutrina alemã, de que é aquela em larga medida subsidiária, de forma que o direito processual português privilegia a dimensão material-substantiva das proibições de prova³¹.

O art. 32º, nº 8 da CRP, prescreve que “ são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na

²⁸ AMBOS, Kai, *cit.*, pág. 5 e 6.

²⁹ Idem, pág. 9 a 25.

³⁰ Bis Idem, pág. 25 e ss.

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa, “Das Proibições de Prova em Processo Penal”: Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (reimpressão), pág. 193 e ss.

vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. A palavra nulidade, que aqui tem um sentido simbólico, não técnico, por que aqueles meios de prova jamais podem ser utilizados. Dessa forma, as nulidades processuais remetem, num propósito mais modesto do que as proibições de prova, a vícios formais, isto é, inobservância das prescrições legais estabelecidas para a prática dos atos processuais, podendo ser nulidades sanáveis ou insanáveis, como as que são previstas no art. 119º do CPP Português.

As consequências das violações de uma proibição de prova estão entre a proibição de produção e a proibição de valoração, ou seja, o legislador constitucional e ordinário proibiram a produção dessas provas (presentes no art. 32, nº 8 da CRP, art. 126º do CPP português), e caso tenham sido produzidas, proíbe sua valoração no processo. As provas proibidas não podem ser utilizadas, devendo ser tratadas como se não existissem no processo. Essa proteção, para além de tutelar os direitos, liberdades e garantias individuais de um determinado sujeito, tutela os interesses da própria comunidade, nomeadamente que o processo penal decorra segundo as regras de um Estado de direito.

No Brasil o art. 5º, inciso LVI, da CF dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. A doutrina brasileira tem classificado a prova proibida em prova ilegítima a qual seria a prova que afronta norma de natureza processual, como depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 do diploma processual (sigilo profissional), ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios, conforme art. 158 do CPP. O outro tipo é a prova ilícita que consiste na prova vedada em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, tais como as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, ou que violem norma constitucional ou de direito material, por exemplo, uma confissão obtida com o emprego de tortura, violação de domicílio e interceptação telefônica ilegal.

Com a publicação da lei nº 11.690/2008, que alterou o art. 157 do CPP, o norma passou a ter a seguinte redação: art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Ao contrário do que vinha sendo apregoado na doutrina e na

jurisprudência brasileira, a lei encerrou na denominação de “provas ilícitas” tanto as ofensas a normas de direito material como processuais³².

São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa, tais como, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI, inviolabilidade no sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, X), que impedem a produção de prova que venha a violar sua proibição, havendo a responsabilização criminal dos responsáveis por estas violações.

Nem o texto constitucional, nem outra norma legal traz o conceito de prova ilícita, ou obtida por meios ilícitos, sendo seu conceito construído pela doutrina e pela jurisprudência³³. ADA PELLEGRINI, afirma que a redação dada ao art. 157 do CPP, pela lei nº 11.690/2008 ao definir prova ilícita como aquela “obtida em violação a normas constitucionais ou legais”, não parece ter sido a melhor opção, uma vez que, a falta da distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP³⁴. Em caso de verificação de ocorrência de prova ilícita, esta será desentranhada dos autos por decisão do tribunal e será inutilizada, sendo facultado às partes acompanhar o incidente (§3º, do art. 157 do CPP).

A prova ilícita por derivação, que é a prova lícita obtida por um meio ilícito, tendo sua origem da doutrina do *Fruits of Poisonous Tree*, tem sido utilizada na jurisprudência, a partir de 1996, com decisão do Supremo Tribunal Federal, baseando-se nessa teoria³⁵. Todavia, nem sempre, tem se observado uma padronização na jurisprudência na aplicação

³² CAPEZ, Fernando, “Direito Processual Penal”: São Paulo, Editora Saraiva (17ª edição), 2010, pág. 344 e ss.

³³ Segundo Renato Brasileiro de Lima, a doutrina nacional sempre se baseou na lição do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal e distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos. Cfr LIMA, Renato Brasileiro, “Curso de Processo Penal”, pág. 593.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCE, Fernando “*As nulidades no processo penal*”: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 125.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro, *cit.*, pág. 599.

da prova ilícita por derivação, havendo uma restrição dos tribunais em admitir o nexo de causalidade entre a prova ilícita e as que forem decorrentes dela³⁶. Importante destacar que as vedações a produção de prova ilegítimas (direito material), nem a lei, nem a jurisprudência fazem distinção da qualidade do agente que viola o preceito constitucional ou legal. Não importa se é membro da polícia, se um particular, se um inimputável. Se este violou as normas de produção de prova, estas não se prestam para a atividade probatória³⁷.

Cabe aqui uma observação sobre o processo penal no Brasil. O atual Código de Processo Penal brasileiro data do ano 1940. Na época em que foi produzido, o Brasil passava por um momento político de exceção (ditadura de Getúlio Vargas), fato que se refletiu na inspiração fascista do Código de Processo Penal. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, de caráter democrático e sob a égide do estado de direito, o código processual deve ser interpretado à luz da constituição e nunca o contrário. Ressalte-se que algumas mini-reformas foram feitas no código processual penal e inúmeras leis foram promulgadas, modificando artigos, criando e mudando institutos, tornando o Código de Processo Penal um diploma “emendado”, e o processo penal sendo regido por várias leis especiais, criando um verdadeiro processo penal descodificado, o que acabou criando anacronismo, desfigurando-o³⁸.

2. A origem e desenvolvimento do agente infiltrado

2.1 Breve desenvolvimento histórico do agente infiltrado

A gênese do agente infiltrado, enquanto método de investigação, está ligada historicamente à figura do agente provocador, que surge na França, no *Ancien Régime*, onde era conhecido como *agent provocateur*. Na França, o *agent provocateur* atuava nas atividades de espionagem política do regime absolutista francês, onde organizava

³⁶ LOPES JR., Aury, “Direito Processual Penal”, 9ª edição, 2012, pág. 2000.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro, *cit.*, pág. 611.

³⁸ Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário, são as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988. Cfr. LIMA, Renato Brasileiro de, *cit.*, pág. 5 e ss.

atentados, promovia distúrbios, com o objetivo de criar um ambiente psicológico para fundamentar medidas persecutórias contra os inimigos do regime absolutista³⁹.

Também era comum a utilização dos “espions de police” na atividade de polícia parisiense, sob responsabilidade do inspetor de polícia, que tinha sob seu comando vários outros subinspetores. Estes “espiões” facilitavam o trabalho de seguir, escutar, informar, mas também de provocar e prender malfeitores sob vigilância. Eram utilizados em todos os setores da criminalidade, especialmente para descobrir autores de furtos, combater jogos de azar, vagabundagem, os complôs políticos, enfim, em todos os campos que implicassem métodos secretos de investigação. Esta prática, que já era utilizada desde antes da revolução francesa, passa, após aquela revolução, a ser empregada pelo governo para poder se libertar de sujeitos incômodos, mas que não haviam provas para sua condenação⁴⁰. Muitos desses subinspetores de polícia que servem os inspetores, são oriundos das classes mais baixas da população parisiense. Vários são reclusos que negociam a sua liberdade a troco de cooperação, em especial pela “infiltração” em locais perigosos. Outros subinspetores provém de níveis sociais mais elevados, tudo dependendo do *milieu* onde o subinspetor devesse se “infiltrar”.

Entre 1799 e 1815, os “*mouches*” como eram chamados os espiões da polícia atingem o seu apogeu: diz-se que Fouché tinha só em Paris, 10 mil colaboradores, que iam desde os domésticos introduzidos nas casas, introduzidos em cabarés, aqueles que frequentavam a alta sociedade, os tribunais, prisões e ainda os “infiltrados” entre pequenos comerciantes⁴¹.

Embora, o absolutismo francês destaque a figura do *agent provocateur*, seria um erro limitar seu aparecimento a esta fase ou período da história ou a um único lugar. Dell’Andro⁴² afirma que “é de todos os tempos e de todos os lugares a existência de

³⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso, “El agente encubierto com médio extraordinário de investigación”: Bogotá, IBÁÑEZ, 2013, pág. 288.

⁴⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal”: Coimbra, Livraria Almedina, 1999, pág. 19 e ss.

⁴¹ Idem, pág. 21. Desta exposição evidencia-se o relacionamento entre o agente provocador e a polícia. A polícia precisa destes para prender suspeitos e aqueles precisam da polícia para ganhar sua liberdade ou outros benefícios, tais como recompensas.

⁴² Enciclopedia del diritto, 1958, pág., *apud* SOUZA, Suzana Aires de, “Agent Provocateur e meios enganosos de prova - algumas reflexões” in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág 1223 -1224.

indivíduos que, pelos fins mais diversos instigue outros ao crime para que se verifique a punição dos instigados”.

2.2 - Um meio extraordinário de investigação

Todavia, desde os anos 70 do século XX, o agente infiltrado foi se consolidando nos ordenamentos jurídicos e na jurisprudência de muitos países, especialmente nos Estados Unidos da América, sendo empregado como meio de investigação junto a organizações criminosas, por exemplo, as máfias que atuavam em cidades como Nova York. O agente infiltrado consistia portanto, num agente policial que infiltrava-se nas entranhas do crime organizado, com a ocultação de sua identidade, com o fim de obter provas contra os criminosos, identificar autores, mentores e o *modus operandi* da organização criminosa.

Tem-se consolidado na doutrina alguns requisitos para o emprego do agente infiltrado, destacando-se o seu emprego na qualidade de meio extraordinário, devendo ser empregado somente nos casos de grave criminalidade, de caráter organizado, com crimes punidos com alta pena privativa de liberdade. Destaca-se também o emprego de agente infiltrado na investigação de organizações criminosas ligadas ao tráfico internacional de estupefacientes, com características de nível elevado de organização criminal, onde há repartição de funções, corrupção de agentes públicos e, principalmente, onde o emprego de técnicas convencionais de investigação não consegue alcançar seu objetivo, relacionadas a materialidade do (s) crime (s) e sua autoria.

Importante frisar que, por se tratar de meio extraordinário de investigação, a infiltração de agentes acaba adentrando na esfera de direito e garantias individuais, nomeadamente o direito à privacidade e à intimidade, de forma que a restrição desses direitos deverá ser feita sobre rígido controle do princípio da proporcionalidade do emprego deste meio de investigação, originando dessa forma o seu caráter restrito de aplicabilidade, em especial à investigação do crime organizado.

Na verdade a introdução da figura do agente infiltrado e de outros meios de investigação ocultos, fenômeno que vem ocorrendo nos diversos ordenamentos nacionais⁴³, foi adotada para fazer frente ao crime organizado, nomeadamente as atividades

⁴³ Desde a década de 80 que a instituição do agente infiltrado tem vindo a cristalizar-se na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus e latino americanos. Cfr. ONETO, Isabel, “O agente infiltrado - Contributo

ligadas ao tráfico de estupefacientes, terrorismo e, mais recentemente, ao crime de branqueamento de capitais. O tráfico de estupefaciente consiste na produção e comercialização (inclui-se aqui todas as ações de vender, ter na posse, distribuir, estocar e etc) de substâncias proibidas nos diversos ordenamentos jurídicos. O terrorismo tem sua origem em tempos remotos⁴⁴, sendo utilizado largamente na revolução francesa pelos jacobinos como instrumento de poder. Mas a face atual do terrorismo consiste na prática de atos de violência que causem a morte do maior número possível de pessoas, aliados a danos materiais, com o objetivo de espalhar o terror na população. Esses atos terroristas são praticados por grupos ideologicamente motivados que buscam a satisfação de seus interesses organizacionais. A corrupção, por sua vez consiste, na atuação de grupos organizados que agem principalmente junto à administração pública com o objetivo de, através de meios ilegais e fraudulentos, obter ganhos financeiros, corrompendo funcionários públicos, fraudando licitações, ou atuando junto ao mercado financeiro, nacional ou internacional, buscando assim obter seus lucros por meio de atividades ilegais⁴⁵.

A característica comum das condutas criminosas relacionadas acima está ligada à dificuldade probatória, quando somente são empregados em sua elucidação os métodos tradicionais de investigação. Os grupos organizados impõem um rígido código de silêncio aos seus membros, de forma que extrair informações de eventuais detidos sobre o *modus operandi* e sobre os outros membros da organização criminosa é uma tarefa praticamente impossível sob o manto dos métodos tradicionais de investigação. Neste sentido, a utilização de métodos ocultos de investigação, como a infiltração de agentes, torna-se uma necessidade causada pelo fenômeno da criminalidade organizada.

para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas”: Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 11. Em Portugal o Decreto - Lei nº 430/83, alterado pelo Decreto-Lei nº15/93, por fim alterado pela lei nº 101/2001. No Brasil primeiramente a Lei nº 9.034/95, revogada pela Lei nº 12.850/2013. Na Alemanha a Lei contra o tráfico ilícitos de estupefacientes e outra manifestações da criminalidade de 1992, que introduziu os §§ 110a a 110e do StPO (Código de Processo Penal alemão).

⁴⁴ O terrorismo consiste no “uso sistemático de violência para criar um clima de medo generalizado numa população e dessa forma atingir um determinado objetivo político” – definição genérica e competente da *Britannica Concise Encyclopedia*; <http://www.veja.abril.com.br>- acesso em novembro de 2014.

⁴⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Op. Cit.*, pág 413 e ss.

2.3 - Os problemas trazidos pela globalização e a sociedade de risco

O fenômeno da globalização trouxe à humanidade oportunidades nunca antes exploradas na economia, na ciência, na comunicação, nas relações sociais, entre outros. Junto aos benefícios vieram também os problemas e perigos criados pela globalização. Ela foi intensificada nas duas últimas décadas pelo uso massivo da internet aliado à mundialização dos mercados financeiros, no qual uma ação tomada por um país ou uma empresa do outro lado do mundo é rapidamente sentida do outro lado. Isso ocorre, às vezes, de forma catastrófica, como foi na crise desencadeada num dia de domingo⁴⁶ com a falência do banco de investimentos norte-americano *Lehman Brothers*, a qual seus resultados são sentidos até os dias atuais a nível internacional. Essas são facetas que caracterizam o mundo atual.

Podemos falar ainda na ação dos *médias*, que diariamente bombardeiam os lares com imagens e reportagens apresentadas na televisão, com cenas de violência, guerra, homicídios, isto sem falar em filmes e séries policiais que abundam nos canais televisivos, vendendo a violência como produto de entretenimento. Acrescente-se a esta lista o terrorismo e o crime organizado (tráfico de drogas, de seres humanos, pornopedofilia e etc), que trazem uma perspectiva ainda mais sinistra dos tempos atuais. Tal situação gera a sensação de medo e insegurança nas pessoas em geral.

Com a evolução das tecnologias de informação, e demais avanços fruto da globalização, que também estão à disposição das redes criminosas, resultou na incapacidade de cada Estado, sozinho, com a soberania limitada pela sua própria fronteira, se impor perante esta criminalidade pós - globalização. Com a progressiva abertura das fronteiras dos países membros da União Européia, o controle interno das fronteiras entre os países da União, passou a ser realizado somente nas fronteiras externas. A abertura das fronteiras foi iniciada com a assinatura, em 14 de junho de 1985, do Acordo de Schengen, com quatro países signatários (Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e países baixos). Portugal e Espanha aderiram em 1990. Desde então, a adesão de países europeus aumentou chegando até a presente data (2015) ao número de vinte e oito países-membros, e este número tende a aumentar. A fim de responder à abertura das fronteiras, foi assinada a

⁴⁶No dia 14 de setembro, a direção do banco Lehman Brothers comunicou que iria pedir a concordata do banco depois de o banco Barclays ter desistido da compra do Lehman Brothers. Retirado de www.publico.pt/economia/noticia. Acesso maio de 2014.

Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (19 de junho de 1990), que introduziu as medidas compensatórias ao controle fronteiriço, nomeadamente o SIS (Sistema de Informação Schengen), que permitiu a troca de informações sobre dados de pessoas e informações das administrações nacionais. Ficou claro que a abolição das fronteiras e a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais traria problemas novos para a segurança interna de cada estado. Isto se deve principalmente porque à abertura das fronteiras não se viu uma agilidade institucional e operacional das diversas formas de cooperação em matéria penal⁴⁷.

Com os avanços trazidos pela industrialização em massa, aliados à globalização dos meios de comunicação em especial pela massificação do uso da internet, é preciso questionar se os problemas do ponto de vista do direito penal foram mudados, intensificados, ou são os mesmos, havendo somente uma percepção diferente sobre eles? Debruçando-se sobre este novo paradigma global, questiona-se se isso implicará no abandono do paradigma penal e a sua substituição por outro. Figueiredo Dias⁴⁸, escrevendo sobre a sociedade do risco, discorre:

“...aquela idéia (sociedade do risco) anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribui e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida”.

A conclusão de Figueiredo Dias é que o direito penal liberal ainda possui o instrumental necessário para fazer frente aos incontornáveis problemas da sociedade de risco, respeitando os valores comunitários da vida, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, de forma que a dogmática penal pode evoluir no sentido de dispor de novos

⁴⁷ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O Princípio do Reconhecimento Mútuo e o Mandado de Detenção Europeu”, Coimbra, Revisa Portuguesa de Ciências Criminais, 2004, pág. 3332.

⁴⁸Dias, Jorge Figueiredo, “Temas fundamentais de Direito Penal- 6º Tema: O direito penal na sociedade de risco”: Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 158.

instrumentos para os problemas do século XXI, mas compatíveis com o Estado de Direito e democraticamente legítimas⁴⁹.

O sociólogo alemão ULRICH BECK, em sua obra *Sociedade de Risco*⁵⁰, trouxe um conceito que não nasceu no âmbito da dogmática jurídica, mas rapidamente foi erigido como um dos principais temas do direito penal. A sociedade de risco é então caracterizada por Beck como a sociedade no estado atual em que vivemos. Esta sociedade, evoluiu, do ponto de vista sociológico, em muitos momentos da história, sempre conviveu com riscos, onde aqueles que vivem nas sociedades pós-modernas são suscetíveis a riscos de dimensão e volume tal, que passa a ser esta a característica da sociedade moderna.

A obra *Sociedade de Risco*, escrita em 1986, tratava dos riscos da modernidade, sendo estes vários e impressionantes, nomeadamente os acidentes nucleares, as contaminações hídricas e dos solos, turbulência dos mercados financeiros, desigualdades sociais, crime organizado e etc. Paulo S. da Matta⁵¹ ainda assim o diz:

“E escrevendo Beck em 1986, ainda não pôde fazer uso de fenómenos como as crises financeiras mundiais de 2009, os atos terroristas do 11 de setembro de 2001 no EUA, do 11 de março de 2004 em Madrid, e de 7 de julho de 2005 em Londres. Estes *riscos*, diga-se, serão ainda mais horríficos do que aqueles atrás enunciados, quanto mais não seja pela *imediatez* das consequências respectivas, patentemente mais afletivos a curto prazo do que os problemas das chuvas ácidas, da degradação da camada de ozono, etc.”

Em seu trabalho, Beck afirma que os problemas da sociedade atual não são os mesmos que os descritos pela sociologia de momentos históricos anteriores. Ele defende a ideia de que a modernidade desenvolvida apresenta-se atualmente em um estágio de desenvolvimento mais avançado no qual emerge um novo tipo de destino paralelo em função do perigo. A obra tem como objetivo compreender os conteúdos do desenvolvimento histórico da modernidade nas últimas duas ou três décadas – especialmente na, então, Alemanha Ocidental.

Nas últimas décadas a doutrina despendeu bastante tempo à procura dos novos e incontornáveis problemas trazidos ao direito penal pela sociedade de risco. A questão que foi trazida é a seguinte: para se tutelar esses novos riscos, o direito penal atual (de matriz

⁴⁹ Idem, pág. 170 e ss.

⁵⁰ BECK, Ulrich, “*La sociedad del Riesgo - Hacia una Nueva Modernidad*”, Barcelona, Paidós Básica, 1986.

⁵¹ MATTA, Paulo Saragoça da, “*O Direito Penal na Sociedade de Risco*”, RPCC, Coimbra, 2010, pág. 514.

iluminista liberal) estaria preparado para lidar com esta realidade, no sentido que ele, o direito penal, confrontado com sua própria incapacidade ou limitação para lidar com os novos problemas, ou seja, os grandes riscos muitas das vezes de alcance global: Este direito penal atual estaria apenas apto a lidar com o riscos menores, conforme vem lidando nos últimos dois ou três séculos.

De forma sintética, a sociedade de risco seria, então, fruto de um novo paradigma da era industrial tardia, resultado de excessos cometidos por uma evolução “a todo o custo” da tecno-ciência calculadora e centrada na economia e proveniente de decisões humanas – mesmo que independente da intenção subjacente dela - tem sido as causadoras de uma *pandora* de riscos, invisíveis, incalculáveis, ilimitados (especialmente e também temporalmente bem como no número de potenciais vítimas), que não podem ser objeto de seguro, e que vão além das fronteiras físicas ou geográficas, culturais, provocando a igualdade na diferença de todos aqueles que vivem a aventura da vida. Esta situação tem a tendência de provocar sentimentos de insegurança, incerteza e medo nas pessoas e nas organizações que são reflexos do caminho obscuro que estamos a tomar, acelerada pelas catástrofes causadas pela mão do homem⁵².

Em 1993, em sede de escrito monográfico, CORNELIUS PRITTWITZ, tratou do assunto Direito Penal e Risco (*Strafrecht und Risiko*)⁵³, de forma até então inédita. Na obra, PRITTWITZ questiona até que ponto estaria o direito penal tradicional, com seu instrumental liberal e ainda ligado ao Estado Democrático de Direito de cariz garantista ligados ainda à tutela de bens jurídicos, pronto para enfrentar os modernos riscos da vida (atômico, químico, ecológico ou de técnica genética). PRITTWITZ ainda defende que para lutar com o direito penal contra os riscos da modernidade, terá que se preservar o conceito de bem jurídico e também as tradicionais regras de imputação próprias do direito penal. Entretanto, nas situações onde não for possível aplicá-los, não deve atuar o direito penal.

A “Escola de Frankfurt”, representada por W. HASSEMER, NAUCKE e P.A. ALBRECHT, acolheram e radicalizaram a proposta de PRITTWITZ e HERZOG, na qual

⁵² Cfr. FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “Sociedade do Risco” e o Futuro do Direito Penal*: Coimbra, Coimbra, Almedina, 2001, pág. 69 e ss. O autor cita como exemplo das catástrofes criadas pelo homem, o acidente nuclear de Chernobyl, o caso do sangue contaminado, caso Donãna, a BSE (vacas loucas). Ainda estavam por vir os atentados terroristas do 11 de setembro nos EUA, 2004 em Madri e 2005 em Londres, crises financeiras mundiais de 2008 e etc.

⁵³ PRITTWITZ, Cornelius, “*Strafrecht und Risiko*”, 1993, pág. 384 APUD, ROXIM, Claus, “Derecho Penal – Parte General”: Madrid, Civitas, pág 61.

afirmaram que os problemas da sociedade moderna (meio ambiente, economia, processamento de dados, tráfico de drogas) - criminalidade esta resumida numa sentença: **crime organizado** – não poderia ser combatida com um direito penal preventivo. Este posicionamento traria o temor que haveria o sacrifício de certas garantias essenciais do Estado de Direito. W. HASSEMER advoga por uma redução do direito penal para um direito penal nuclear. Para resolver os problemas da sociedade moderna estes ficariam dentro da proteção de um “Direito de Intervenção”, que seria o produto de um direito penal e um direito contravencional, um direito civil e o direito público, com menos garantias ao indivíduo do que as prestadas pelo direito penal atual. NAUCKE⁵⁴ constata uma mudança no centro de gravidade do direito penal ajustado ao estado de direito diante da forte mudança social, e insiste numa mudança do direito penal ajustado ao estado de direito, mesmo que seja ao custo da prevenção. P. A. ALBRECHT diagnostica erosões do direito penal ajustado ao Estado de direito e defende uma retirada do direito penal da pretensão de controle preventivo abarcando tudo, argumentando que há formas adequadas de controle, que já estão disponíveis no direito civil, direito público e no direito social⁵⁵.

As propostas de mudança do paradigma do direito penal clássico para o paradigma das sociedades pós industriais são um resultado das mudanças advindas da evolução das necessidades das sociedades modernas caracterizadas pelo risco, ou, como no dizer de Becker, da sociedade mundial do risco. O direito penal, como ciência originada dos valores ilustrados do liberalismo e da garantia dos direitos individuais, foi construído como base em princípios, até então sólidos para responder aos problemas de sua época. Todavia, com a velocidade cada vez maior das alterações sócio-políticas das sociedades atuais, uma pessoa do século XXI, vive em um ano a experiência de vida que uma pessoa do século XIX viveria em quase toda uma vida. Essa mudança trazida a lume graças ao fenômeno da globalização, da produção industrial em massa, da comunicação instantânea que estão disponíveis hoje em dia (internet, medias televisivos), obrigou a compreensão de novos bens políticos sociais transindividuais que não podem ser negligenciados pelo direito, clamando assim pela sua defesa⁵⁶.

⁵⁴ APUD, ROXIM, Claus, Derecho Penal – Parte General: Madrid, Civitas, pág 61.

⁵⁵ Idem, pág. 62.

⁵⁶ OLIVEIRA, Eduardo Sanz de Oliveira, “Direito Penal do Risco e o Estado Democrático de Direito: Uma Visão Crítica do Direito Penal Econômico frente ao Princípio da Subsidiariedade” – Tese de Mestrado apresentada a FDUC, Coimbra, 2006, pág.78 e 79.

Neste contexto de necessidades de defesa da sociedade de crimes (nem sempre “novos”) que tiveram sua capacidade de danosidade social aumentada pelas (novas) características anteriormente citadas da sociedade de risco globalizada, é que o agente infiltrado surge como um meio que o legislador entendeu ser mais capaz e adequado para enfrentar os desafios trazidos pelo crime organizado e/ou criminalidade grave.

PARTE II

3. O agente infiltrado na Alemanha, Brasil e Portugal

3.1 O agente infiltrado na Alemanha

3.1.1 Contexto na Alemanha sobre métodos probatórios

A Alemanha foi um dos primeiros países da Europa continental a se debruçar sobre a questão das proibições de prova, já com Beling⁵⁷, em 1903. Desde então o cuidado e a crítica quanto aos meios e métodos permitidos na perseguição penal esteve presente não só na doutrina, mas também na jurisprudência. Com a sofisticação dos métodos de ação da criminalidade organizada, em especial o tráfico de drogas e num segundo momento o terrorismo, o legislador alemão introduziu em seu sistema jurídico, no ano de 1992, a Lei para o combate do tráfico ilícito de estupefacientes e outras formas de criminalidade organizada⁵⁸ que introduziu alterações no §110 do Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozeßordnung - StPO*), introduzindo ali a figura do agente infiltrado (*Verdeckter Ermittler*).

Para além de sua importância do desenvolvimento da ciência penal e processual penal, a Alemanha sempre foi um país dos mais importantes no contexto europeu. Com quase 82 milhões de habitantes⁵⁹ a Alemanha recebe diariamente em suas fronteiras o fluxo de pessoas, bens e serviços de todos os outros países que fazem parte do espaço *Chengen*, livre, portanto, de qualquer controle fronteiriço. Como não poderia deixar de ser, o tráfico internacional de estupefacientes e as demais formas de criminalidade grave também estão presentes na sociedade alemã, fazendo com que a pressão sobre uma eficiência maior na prevenção e repressão penal do Estado fosse sentido também na legislação processual germânica. Dessa forma, ganhou previsão legal a figura do agente infiltrado, como nova arma do estado contra as atuais formas de delinquência, cuja

⁵⁷ BELING, Ernest Von, “*La prohibiciones probatorias*”, Editoria Temis, Bogotá, 2009.

⁵⁸ Lei ORGKG de 15 de julho de 1992 - Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und Anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG.

⁵⁹ Dado disponível em www.dw.de, acessado em jan 2015.

complexidade excederem a capacidade dos meios de provas tradicionais, fator que obrigou o Estado a aperfeiçoar os seus métodos e meios de investigação.

3.1.2 A definição do agente infiltrado

O conceito de agente infiltrado⁶⁰ está previsto no §110a, II, da StPO, que o define como “membros do serviço policial que atuam, debaixo de um identidade alterada (*legende*), outorgada por um período limitado de tempo”⁶¹. Do conceito citado estão excluídos, portanto, os membros da polícia que tenham se infiltrado somente como decorrência de uma ocasião, bem como os V-mann. O *Große Senat des Bundesgerichtshofs* define *V. Mann* “como a pessoa que, por diversos motivos, seja para esclarecer o crime, ou para denunciar os agentes, seja útil ao impedimento e esclarecimento do crime e cuja identidade seja mantida secreta à disposição das entidades de instrução em cuja dependência tal pessoa opera”⁶². São pessoas estranhas ao quadros oficiais da polícia, mas que colaboram com a polícia habitualmente e são utilizadas por ela em suas tarefas de investigação.

Além dos V-Mann, há ainda a figura dos colaboradores ou informantes, que são figuras também não policiais que ocasionalmente, por estarem no local ou ouvirem sobre determinado crime, prestam serviço a polícia, ajudando a esclarecer aqueles delitos sobre os quais tem alguma notícia ou informação.

A doutrina alemã⁶³ adverte sobre a grande importância dos V-Mann, já que os órgãos encarregados da persecução penal não devem tentar evitar as limitações a que se encontra submetido o agente infiltrado. A consequência imediata disto seria a impossibilidade de utilização das informações obtidas pelos V-Mann já que estes não fazem parte do rol de pessoas previstas no §110a da StPO a atuar como agentes infiltrados. Todavia esta interpretação restritiva da aplicação do homem de confiança é objeto de

⁶⁰ No idioma alemão, o termo utilizado no §110a da StPO, é *Verdeckter Ermittler*, que numa tradução literal, significa “investigador disfarçado”, termo que é traduzido para o inglês como *undercover investigator*. Por questão de estilo, usaremos o termo *agente infiltrado* para se referir ao *Verdeckter Ermittler*.

⁶¹ As citações do StPO do presente capítulo serão resultado da nossa tradução, baseada na versão em inglês da StPO, disponível em www.direitoalemao.com, acessado em março de 2015.

⁶² MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *Cit.*, pág. 28.

⁶³ Nack, Armin, “*Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*” pag. 421 *apud* GUARILIA, Fabricio, “*La importancia del Agente Encubierto - Nuevo Protagonista en el Procedimiento Penal*” *Tribuna de Periodista*, Buenos Aires, 2006, pág. 3.

discussão. Os V-Mann, por não estarem previstos na norma supra, estariam liberados de algumas proibições que pesam sobre os membros da polícia, tais como adentrar no domicílio do investigado, que, no caso da polícia, careceria de uma autorização do juiz de instrução (§110c). O agente infiltrado se vê limitado por uma série de princípios básicos, inerentes a sua função, princípios que não estariam submetendo necessariamente o V-Mann, de forma que os ingressos irregulares no domicílio dos investigados e interrogatórios “informais”, poderiam ser aproveitados no procedimento processual. Estas “saídas” obtidas graças a utilização dos V-Mann são criticadas⁶⁴, especialmente tomando-se o horizonte do processo penal justo (*Due Process, faire Verfahren*). Não resta dúvida que as normas de recolhimento de provas são destinadas aos órgãos estatais da justiça penal, não abarcando portanto particulares e, é também sem dúvida que, sendo a atividade de investigação dirigida pelo Estado, aquelas regras são de absoluta aplicação, mesmo que o Estado se sirva de particulares para execução da investigação.

3.1.3 Requisitos para a utilização do agente infiltrado

A lei alemã definiu alguns requisitos para a utilização do agente infiltrado, estabelecendo um catálogo de delitos, não como o projeto inicial que queria estabelecer um *numerus clausus* de delitos - como o adotado em Portugal na Lei nº 101/2001, de 25 de agosto - mas incorporou nos números 3 e 4, cláusulas gerais que permitem a incorporação de outros delitos. A atuação do agente infiltrado é admitida nas seguintes situações: a) Quando alguns dos fatos puníveis enumerados nos números de 1 a 4⁶⁵, de considerável significado, tenha sido cometido, ou exista suspeita de seu cometimento. b) Para o esclarecimento de delitos punidos com penas privativas de liberdade mínima de 1 ano, ou superior, sempre que sobre a base de ato determinados exista o perigo de reincidência. Para ambas situações, o esclarecimento por outras vias, deve apresentar-se como impossível ou dificultoso (cláusula de subsidiariedade, tal qual prevista no § 100a - interceptação de comunicações a distância). c) Para o esclarecimento de delitos punidos com pena privativa

⁶⁴ Por todos, ANDRADE, Manuel da Costa, “*Métodos Ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)*”, pág.102. O autor refere-se a tal prática “como situações que suscitam particular perplexidade quando o recuso ao *Hörfal* ou ao *V. Mann* é sistematicamente feito como expediente para contornar, ultrapassar ou inocuizar os exigentes e garantísticos regimes do interrogatório formal.

⁶⁵ “§110a... 1. In the sphere of illegal trade in drugs or weapons, of counterfeiting money or official stamps; 2. In the sphere of national security (sections 74a and 120 of the Courts Constitution Act);3. On a commercial or habitual basis; or 4. By a member of a gang or in some other organized way.”

de liberdade com pena mínima de 1 ano, ou superior, sem perigo de reincidência, “quando o especial significado do ato exija a intervenção e outras medidas resultariam inúteis (segunda cláusula de subsidiariedade).

Os fatos puníveis descritos nos números 1 e 2 são aqueles cometidos “1. No âmbito de tráfico de estupefacientes e de armas, de falsificação de dinheiro e valores” e “2. No âmbito da proteção do Estado (remissão aos §§74a, 120 da lei de Organização dos Tribunais). Os números 3 e 4, conforme já dito, não se refere a tipos penais específicos, mas englobam modalidades de execução. Assim permitem o emprego do agente infiltrado nos fatos cometidos: “3. De forma profissional ou habitual” e, “4. Por membro de um bando (ganguê) ou grupo de outro modo organizado”. O BGH, em sua jurisprudência, já se pronunciou que **atua de forma profissional** quem deseja adquirir, através de um atividade reiterada, um contínua fonte de recursos, de determinada duração temporal e certa quantidade. Quanto a forma habitual o BGH, se pronunciou no sentido que através de uma inclinação adquirida com o exercício, talvez até inconsciente, se dedica a pratica reiterada de delitos⁶⁶.

Quanto ao conceito de bando ou gangue, é suficiente que duas pessoas tenham se unido para o cometimento reiterada de delitos. O problema reside na expressão “ou grupo de outro modo organizado” . Como a lei que introduziu o §110a no CPP alemão trata da “luta contra a criminalidade organizada”, tendo em conta os mesmos fins dessa lei, estaria de acordo com uma interpretação teleológica que o citado termo implica a formação de um determinada estrutura com certa vocação de permanência no tempo, consolidada independente da permanência ou não de determinados integrantes. Essa imprecisão da norma permite múltiplas interpretações. Contudo é possível afirmar que, em favor da citada tese, que o conceito de gangue compreende já o mínimo de possibilidades de aplicação da regra. O termo “...de outro modo organizado...”, deveria se dirigir a um grupo de conceitos que vão além daquele conceito. Os casos de co-autoria e participação ficariam fora da abrangência da previsão do nº 4, por não poderem ser subsumidos ao conceito de gangue, nem a fórmula mencionada. Isto acaba tendo efeitos práticos importantes, porque, a princípio, se existem elementos suficientes que **não** se trata de uma

⁶⁶ GUARILIA, Fabricio, *cit.*, pág. 5.

ganguê, nem outro tipo de organização, a introdução de um agente infiltrado não pode ser permitida, conforme §110a, 4⁶⁷.

Outro ponto importante a se esclarecer é ao que se refere o legislador com o conceito “crimes (*criminal offense*) de considerável significado”, que se refere ao primeiro grupo de casos que autorizam a intervenção de um agente infiltrado. A literatura alemã que se tem ocupado do tema, não conseguiu estabelecer uma fronteira clara. Tem se recorrido, muitas vezes, a fórmula “criminalidade particularmente perigosa”, ou se tem sustentado que o conceito compreende aqueles crimes que afetam sensivelmente a paz jurídica, ou que são aptos para prejudicar consideravelmente a sensação de segurança jurídica da população. Portanto, para que seja possível o emprego de um agente infiltrado nesses casos, entende-se que seja, ao menos no caso de criminalidade média, sempre tendo em vista o respeito pelo princípio de proporcionalidade em cada caso específico.

O último pressuposto para o emprego do agente infiltrado, segundo o §110a é a existência da *suspeita de um começo de execução do delito (Anfangsverdacht)*. Dessa forma, não é possível a intervenção do agente infiltrado no campo prévio da suspeita, de forma que sua utilização no âmbito preventivo não é permitida.

3.1.4 Autorização para o emprego do agente infiltrado

O §110b, determina que para o início de uma operação com o emprego de agente infiltrado dar-se-á depois de autorizado pelo Ministério Público daquele país. Devido a configuração das competências da Polícia e do Ministério Público, a iniciativa para o emprego do agente infiltrado está nas mãos da polícia, de forma que o Ministério Público (doravante MP) não pode determinar ou requisitar o emprego do agente infiltrado. O MP pode permitir ou não a intervenção. Somente numa única hipótese a Polícia poderá iniciar o emprego do agente infiltrado, que é no caso de “perigo na demora”, aliada à impossibilidade da decisão do Ministério Público ser obtida a tempo. Presentes esses pressupostos, a Polícia estará autorizada a iniciar a intervenção com o agente infiltrado. O Ministério Público deve manifestar-se quanto à autorização ou não da continuidade da intervenção no prazo de três dias. Caso não haja a autorização para a continuidade da intervenção, a mesma deverá ser interrompida imediatamente. Esta interrupção não impede

⁶⁷GUARILIA, Fabricio, *cit.*, pág.5.

que, havendo o consentimento do MP, a intervenção com o emprego do agente infiltrado ocorra posteriormente. Cabe questionar quanto às informações ou conhecimentos obtidos pelo agente infiltrado durante o período, que, *a posteriori*, não foi convalidado pelo Ministério Público. Para essa questão existem duas posições. A primeira, defendida por NACK⁶⁸, seria a favor de seu aproveitamento, já que a Polícia até aquele momento era competente para a decisão. Entretanto, requer-se alguns pressupostos: se a determinação do Ministério Público se baseia em meras considerações de oportunidade, mas não discorda da aplicabilidade do emprego do agente infiltrado, então seria permitido. Em caso de discordância quanto aos requisitos previstos no §110a, por terem sido ignorados pela Polícia no momento de ordenar a intervenção, então, os conhecimentos ali coligidos não podem ser valorados no processo penal, pela aplicação das regras gerais. Caso a autorização do Ministério Público venha a caracterizar-se como irregular, esta também deverá conduzir numa proibição de valoração probatória⁶⁹.

3.1.5 A utilização da Legende no âmbito de atuação do agente infiltrado

O §110a, número 2 autoriza que o agente infiltrado utilize uma falsa identidade (*legende*), nas atividades relacionados a sua intervenção. Ele poderá realizar todo tipo de transações legais, tais como, fundar sociedade, realizar negociações e etc., desde que relacionadas a sua missão, e de forma individual. A lei não determinou quais seriam os documentos que podem ser utilizados debaixo da falsa identidade, mas a doutrina entende que todos os documentos necessários ao bom desenvolvimento da intervenção podem ser disponibilizados ao agente infiltrado, sendo eles documento de identidade, passaporte, autorização para dirigir e etc. Inclusive poderão ser realizadas alterações físicas no agente infiltrado, em casos de extrema necessidade⁷⁰. A lei não autoriza que registros públicos sejam alterados. Neste caso a intervenção deve ser tomada de cuidados tendo em vista o nível de organização da grupo criminal visado, tendo em vista a possibilidade de acesso a banco de dados públicos para conferir a veracidade daquele documento apresentado pelo agente infiltrado.

⁶⁸ Nack, Armin, “*Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*” pág. 457, *apud* GUARILIA, Fabricio, “*La importancia do Agente Encubierto - Nuevo Protagonista en el Procedimiento Penal*” Tribuna de Periodista, Buenos Aires, 2006, pág. 6.

⁶⁹ Idem, pág. 458.

⁷⁰ RUDOLPHI, Hans-Joachim *el al*, “*Systematischer Kommentar zur strafprozeßordnung und zum Gerichstverfassungsgesetz*”: Frankfurt am Main, Luchterhand, 1998, pág. 151.

Utilizando sua falsa identidade o agente infiltrado poderá ingressar no domicílio de particulares investigados, de baixo de certos requisitos ou pressupostos. Para isso, exige-se a autorização do juiz, ou o consentimento da pessoa afetada, conforme §110, c da StPO. O agente infiltrado deve abster-se de utilizar outros meios para ocultar sua identidade e favorecer seu ingresso no domicílio, como, por exemplo, fazer passar-se por empregado de empresa que presta algum serviço junto a casa da pessoa investigada⁷¹.

As críticas doutrinárias quanto à entrada no domicílio do investigado pelo agente infiltrado, por meio da utilização de *legende*, estão fundadas no fato de que esta medida prevista no §110, c da StPO entraria em confronto com o art. 13 de lei fundamental alemã, que protege a integridade espacial da casa, como manifestação da esfera privada. Mesmo que haja o consentimento do afetado, este estaria viciado pelo uso da *legende*, ou seja, ele não sabe que está colocando na esfera íntima de sua morada alguém que, na verdade, não é quem ele pensa ser. E que ainda irá extrair informações que poderão ser utilizadas contra afetado no tribunal. Mesmo que a resposta a este tipo de crítica, baseada no direito fundamental à privacidade do lar poderia ser limitados conforme previsão do número III, do art. 13 da *Grundgesetz-GG*, como “possibilidade de restrição de direitos para evitar um perigo comum para a vida humana, ou para fins preventivos”, não poderia ser aceita uma vez que a atuação do agente infiltrado não seria no âmbito preventivo, mas repressivo, além do que, uma reserva qualificada como a presente no art. 13 da lei fundamental não toleraria uma limitação invocada na capacidade funcional da administração da justiça alemã⁷².

Não é diferente a questão do complexo problema em torno da conversas semelhantes a interrogatório que um agente infiltrado mantém com o investigado no curso de uma intervenção. Como não é plausível exigir do agente infiltrado o dever de advertência previsto no §136 e 136a da StPO, devido o caráter óbvio de uma intervenção em método oculto, parte da doutrina entende que deverá remeter ao domínio das proibições de valoração de conhecimentos obtidos dessa forma, por violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Se considerar o conflito entre o §136 e o §110c apenas como concorrência de normas, este poderá ser solucionado como a aplicação dos princípios de

⁷¹ Idem, pág. 155.

⁷² FRISTER, Helmut, “Zur Frage de Vereinbarkeit Verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, em “StV”, 1993, nº 3, p. 151. ss. *apud* GUARILIA, Fabricio, *cit.*, pág. 7.

lex posterior e lex specialis. Entretanto, esta solução contraria a opinião da maior parte da doutrina e principalmente a jurisprudência do BGH, segundo o qual sustenta que o dever de advertência se vincula diretamente ao princípio de que ninguém se encontra obrigado a, no procedimento penal, declarar contra si mesmo, princípio que o tribunal deduz da dignidade humana, do direito a personalidade, e da máxima do devido processo⁷³.

Uma segunda argumentação reside na ideia de que o diálogo entre o agente infiltrado e o investigado não constituiria um interrogatório, mas num questionário informal e, portanto, não estaria sujeito as disposições do §136 da StPO. O perigo desta argumentação está, com fim de evitar a proibição de valoração, na expansão do âmbito do questionário informal à custa do interrogatório. Esta tem sido a solução adotada pela Suprema Corte dos EUA para evitar a proibição de valoração de declarações prestadas a um *undercover agent*, obviamente sem a prévia advertência exigida pela corte a partir do caso *Miranda versus Arizona* (princípio consagrado na 5ª Emenda). Segundo a Corte os *Miranda Right* estariam ligados a uma *police-dominated atmosphere* na qual o investigado está detido ou privado de sua liberdade de um modo significativo, o que não é o caso de um investigado ou mesmo uma testemunha que desenvolve um diálogo com um agente infiltrado⁷⁴. Esta tese contudo não encontra respaldo na estrutura normativa vigente da StPO. Conforme a dogmática processual penal alemã assinala, o único processo comunicativo entre um órgão processual e um particular que a StPO admite é o interrogatório, que deve ser um procedimento regido pela transparência. O processo penal clássico não conhece um interrogatório encoberto. Desta forma, um diálogo similar a um interrogatório deverá conduzir a uma proibição de valoração probatória.

3.1.6 Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado

Existe um consenso, *de lege lata*, de que o agente infiltrado não poderá cometer delito durante sua intervenção. Todavia caso isto aconteça, como nas chamadas provas de fidelidade, ocasião em que o agente infiltrado tem de cometer algum delito como prova de que quer fazer parte da organização criminosa em que está infiltrado, tem se admitido a possibilidade de que a ação seja justificada segundo o §34 - estado de necessidade

⁷³ BGHSt, 38, 227 *apud* GUARILIA, Fabrício, *cit.*, pág.7.

⁷⁴GUARILIA, Fabrício, *cit.*, pág. 9. Também é esta a posição defendida por Costa Andrade, *in Métodos ocultos de investigação -(Pläydoier para uma teoria geral)*, pág. 112 e ss.

justificante, do Código de Penal (*StGB - Strafgesetzbuch*) ou eventualmente justificada pelo §35 - Estado de necessidade desculpante, do mesmo diploma legal. Estas normas seriam aplicadas somente em casos excepcionais.

É importante ressaltar os perigos nos quais entrariam em admitir dentro da ponderação de valores inerentes ao estado de necessidade justificante e ao desculpante, outros valores distintos ao representados pelo bens jurídicos (individuais ou coletivos) em jogo, como ocorreria se fosse defendido a aplicação do §34 da *StGB* no casos onde o agente infiltrado sacrifica um bem jurídico determinado para evitar ser descoberto, colocando com fator de colisão um perigo concreto para um bem jurídico vinculado ao autor, a terceiros e a coletividade, senão ao muito mais abstrata capacidade funcional da administração da justiça penal. Tal opção seria de duvidosa compatibilidade com um direito penal ainda hoje orientado, fundamentalmente, para proteção de bens jurídicos.

Por outro, lado o caráter de membro da Polícia do agente infiltrado restringe sensivelmente as possibilidades de aplicação do §34 e o §35 do *StGB*, nomeadamente o âmbito da omissão de dever de atuar em defesa de bens jurídicos. Primeiramente porque segundo a tese dominante, os integrantes das forças policiais devem tomar riscos para sua vida e integridade na missão da proteção da sociedade, não podendo alegar, portanto, o estado de necessidade, pois vulnerariam este dever, e que no caso do §35, a existência de um dever institucional, que colide com a suposta exclusão do § 35, conduziria também a uma restrição das possibilidades de subsunção, pela aplicação da cláusula de subsidiariedade⁷⁵.

Diante da restrição que o §110 impõe a ação do agente infiltrado e ainda, o entendimento da maior parte da doutrina de que ao agente infiltrado é vedada a pratica de qualquer ação antijurídica, durante sua atuação, entendemos que esta fica extremamente limitada, em especial, no combate às ações de organizações criminosas em que o agente infiltrado venha a atuar. Basta-nos questionar que tipo de atividade irá desenvolver um agente infiltrado que desenvolve a investigação no âmbito de uma organização criminosa que se dedique ao tráfico de estupefacientes. Acreditamos que dificilmente o agente infiltrado terá êxito em descobrir informações que levem ao tribunal os culpados e desmontem a estrutura da organização criminosa ora investigada, se ele não tiver uma

⁷⁵ GUARILIA, Fabrício, *Cit.*, pág. 9 e 10.

proximidade ou até mesmo vier a participar de algumas das ações ilegais desenvolvidas pelas pessoas que compõem o grupo criminoso visado.

A lei que introduziu os §110a, b, c e d, tinha o escopo do “combate ao tráfico de estupefacientes e a outras formas de criminalidade organizada”. A dogmática e a jurisprudência alemãs têm se posicionado pela correta ponderação dos bens jurídicos atingidos pela ação de um agente infiltrado. Não se admite, em nome de uma justiça penal funcional que a conduta antijurídica de um agente infiltrado no curso de uma investigação seja considerada justificada, sob o amparo de uma inexigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade, de forma que se coloque “a justiça seja como princípio do Estado Democrático de Direito”⁷⁶.

3.2 O agente infiltrado no Brasil

3.2.1 Um pouco do contexto brasileiro

O Brasil possui dimensões continentais. Tem mais de 8,5 milhões de km quadrados de território, e sua população já ultrapassou os 200 milhões de habitantes. Também seus problemas são grandes, como suas dimensões física e populacional. Em 2012 a OMS estimou que foram cometidos 64.457 homicídios no país, número que o torna o primeiro colocado no mundo em homicídios absolutos, ficando em 11º lugar no cálculo homicídios/população⁷⁷. Os dados da OMS apontam que os homicídios no Brasil estão relacionados às favelas e que 65% desses homicídios tem relação com o tráfico de droga.

A Constituição Federal de 1988, no art. 144 traz a relação dos órgãos policiais existentes no Brasil. A Polícia Civil é a corporação que é responsável por executar a atividade de polícia judiciária no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. Cada um dos 26 Estados e o Distrito Federal possuem uma Polícia Civil, dirigidas por um delegado de polícia de carreira e subordinada ao seu respectivo governador; a Polícia Militar é o órgão encarregado da realização do policiamento ostensivo e preventivo para a manutenção da ordem pública e ainda a realização de atividade de polícia judiciária militar. Essas corporações são comandadas por oficiais de carreira do respectivo quadro. Tal qual às Polícias Cíveis, cada estado da federação e o Distrito Federal possuem a sua Polícia Militar, também subordinadas ao governador dos estados e do Distrito Federal. A Polícia Federal é

⁷⁶Idem, pág. 11.

⁷⁷ Segundo relatório da OMS/PNUD/UNODC, disponível em www.who.int, acessado em janeiro de 2015.

o órgão que executa a atividade de polícia judiciária em âmbito federal em crimes contra a ordem política e social, bens, serviços e interesses da União, da suas entidades autárquicas e empresas públicas⁷⁸.

3.2.2 O desenvolvimento da figura do agente infiltrado na legislação brasileira

A lei que inicialmente previa a figura do agente infiltrado no Brasil, foi a Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/2001. Neste diploma legal, eram abrangidos, além do agente infiltrado, outros métodos ou procedimentos de investigação, quais sejam: a ação controlada; acesso a dados bancários, fiscais e eleitorais; a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e a respectiva análise. No projeto inicial, o agente infiltrado estava previsto no inciso I, do art. 2º, com o seguinte conteúdo: “art. 2º. A infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao artigo 288 do decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, de cuja ação se preexclui no caso de antijuridicidade”. Além de não dispor sobre a prévia autorização judicial para a infiltração, este inciso autorizava o agente a cometer crimes, fato que o levou a receber o veto presidencial⁷⁹. Devido esta situação foi editada a lei nº 10.217/2001, que, entre outras alterações e modificações, inseriu o inciso V, no art. 2º da lei 9.034/95, prevendo ali a figura do agente infiltrado. Neste artigo estava previsto que a atuação do agente infiltrado, seria “mediante circunstanciada autorização judicial”.

A lei nº 9.034/9 não trazia nenhuma previsão sobre os requisitos, sobre a duração, nem sobre os deveres e as garantias e a responsabilidade do agente infiltrado. Não obstante o fato de no *caput* da lei trazer a denominação “Lei do crime organizado”, sendo que não havia nela uma definição sobre crime organizado trazendo sérios problemas para sua aplicabilidade no caso concreto. Numa visão garantista, esta lei pode ser considerada como letra morta. Não podendo ser aplicados os meios de investigação por ela propostos para

⁷⁸ Além das três corporação citadas, o art. 144 da Constituição Federal Brasileira, prevê ainda os Corpos de Bombeiros Militares, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Rodoviária Federal e o Departamentos de Trânsito, como componentes do sistema de segurança pública brasileiro.

⁷⁹ A fundamentação das razões que levaram ao veto presidencial estão na mensagem presidencial ao Congresso Nacional nº 483 de 03 de maio de 1995.

elucidar certos crimes, simplesmente porque não há entidade - organização criminosa - quem em tese a praticaria⁸⁰.

Em ação penal movida contra dois indivíduos que respondiam ao crime de lavagem de dinheiro por meio de uma organização criminosa, a ausência de definição de organização criminosa acabou por beneficiar os dois investigados. Segundo a acusação, estes indivíduos, usando como fachada uma organização religiosa, utilizavam-se da estrutura da organização para praticarem o crime de lavagem de capitais (branqueamento de capitais, conforme denominado em Portugal). Segundo a lei nº 9.613/98, para a configuração da lavagem de capitais havia uma série de crimes antecedentes, entre eles o de organização criminosa, na qual a ação do agente deste crime teria de ser enquadrada num daqueles crimes antecedentes, para então haver a subsunção à conduta principal, qual seja, a de lavagem de capitais. Como na época não havia definição legal do que seria uma organização criminosa, a 1ª turma do STF considerou a conduta atípica, haja vista a ausência daquela definição legal, e determinou o trancamento da ação penal⁸¹.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo - foi transposta para o ordenamento interno brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004, onde, em seu art. 20 faz menção a operações de infiltração⁸². Com a

⁸⁰ CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo, “Organizações criminosas no Direito Penal Brasileiro: O Estado de Prevenção e o Princípio de Legalidade Estrita”. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 24, 1998, pág.116.

⁸¹ Julgamento do HC 96007 de 12 de junho de 2012, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Mesmo sendo signatário da Convenção de Palermo, que trazia uma definição de crime organizado, o STF considerou que não poderia ser utilizado um tratado internacional para a tipificação de *organização criminosa*. A denúncia do Ministério Público “revelava a existência de uma suposta organização criminosa, comandada pelos pacientes, que se valeria da estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar grandes valores em dinheiro, ludibriando os fiéis mediante variadas fraudes, 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, desvirtuando as atividades eminentemente assistenciais e aplicando seguidos golpes.” No *habeas Corpus* a defesa alegou “que na própria Lei no. 9.613/98 diz que para se configurar o crime de lavagem de dinheiro é necessária a existência de um crime anterior, que a denúncia aponta ser o de organização criminosa. Para o advogado, contudo, não existe no sistema jurídico brasileiro o tipo penal organização criminosa, o que levaria à inépcia da denúncia.

⁸² “Convenção de Palermo - art. 20. 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 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.”

promulgação da lei nº 11.343/06 - nova lei de drogas, o art. 53, inciso I, previu o emprego de infiltração de agentes, com a seguinte redação.

“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, constituídas pelos órgãos especializados competentes”;

Entretanto, como na lei nº 9.034/95, a lei nº11.343/06 não trouxe mais nenhuma regulamentação ou orientação sobre o emprego do agente infiltrado, tais como, requisitos, prazos, deveres e garantias do agente policial, conforme já citamos.

Com a promulgação da lei nº 12.850, em 02 de agosto de 2013, muitos avanços foram introduzidos em relação a lei anterior. Logo no art. 1º é nos apresentada uma definição sobre organização criminosa:

§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”.

Ao definir organização criminosa, a lei nº 12.850/13 tentou trazer uma solução a esta lacuna de indefinição, fato que se refletia na ineficiência do combate ao crime organizado, devido ao excesso de elementos normativos do tipo e da presença de um especial fim de agir de difícil detecção. Ao exigir-se, por exemplo, uma estrutura hierarquizada e uma divisão de tarefas e que tal organização vise à obtenção de vantagem de qualquer natureza, não se pode negar a imensa dificuldade de demonstração da condição de organização criminosa, para fins de utilização dos métodos probatórios previsto nessa lei⁸³.

A lei nº 12.850/13 além de definir *organização criminosa*, apresentou no art. 3º oito meios de obtenção de provas⁸⁴, entre eles a infiltração de agentes. Passemos agora a análise pormenorizada deste meio de obtenção de prova.

⁸³ BUSATO, Paulo César, “As inovações da Lei nº 12.850/2013”: in Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 5, nº. 9, 2013, pág. 243.

⁸⁴ art. 3º...I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

3.2.3 A competência e os requisitos da infiltração

a) Competência para a realização da infiltração

A infiltração de agentes é um método de obtenção de prova excepcional. Excepcional porque, como já citado no presente trabalho, será utilizado somente em casos específicos, para a investigação de determinado tipo de criminalidade. Ele adentra à área nuclear da intimidade e privacidade dos investigados, comprimindo alguns direitos e garantias que estes possuem no processo penal. Devido essas características, o assunto *infiltração de agentes*, como não poderia deixar de ser, desperta críticas sobre sua aplicabilidade ética. Na doutrina brasileira há posicionamentos antagônicos sobre o tema⁸⁵.

O art. 10, da lei 12.850/13 assim prevê:

“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.”

Já na lei nº 9.034/95, a atividade de infiltração era de competência exclusiva de um agente do estado - sendo este agente de polícia ou agente de inteligência - não havia a previsão, portanto, da participação de terceiros estranhos aos quadros oficiais das instituições policiais encarregadas da infiltração policial. Na nova lei, a infiltração está restrita somente ao agente de polícia, vendando-se portanto a possibilidade de participação do agente de inteligência.

O termo *agente de inteligência* abrange os profissionais dos órgãos que compõe o Sistema Brasileiro de Inteligência - SISBIN, criado pela lei nº 9.883/99. Segundo esta lei, a atividade de inteligência é a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou

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; 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.

⁸⁵ Para Antônio Magalhães Gomes Filho, cuida-se “de procedimento cuja legitimidade ética e jurídica é cada vez mais contestada em sociedades avançadas, como a alemã e a norte-americana, pois é incompatível com a reputação e dignidade da Justiça Penal que seus agentes se prestem a envolver-se com as mesmas práticas delituosas que se propõem a combater”- Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, nº 13. p 01, fev 1994.

potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado (art. 2, §2º). O órgão central do SISBIN é a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, responsável pela coordenação de todo o SISBIN. A previsão de que um agente de inteligência pudesse realizar a atividade de infiltração, era de duvidosa constitucionalidade, uma vez que, é vedada a participação de agentes estranhos à autoridade policial, sob pena de violação do art. 144, §1º, IV, da Constituição Federal, e dos artigos nº 4º e 157 do Código de Processo Penal. Por este motivo, os Tribunais Superiores vêm considerando que a execução de atos típicos de polícia judiciária como monitoramento eletrônico e telemático, bem como a ação controlada, por agentes de órgão de inteligência (v.g., ABIN), *sem autorização judicial*, acarreta a ilicitude das provas dessa forma obtidas. Em exemplo desta situação, em *Habeas Corpus* referente à conhecida operação “Satiagraha”, o Superior Tribunal de Justiça considerou irregular a participação de vários servidores da ABIN e de ex-servidor do extinto SNI, em investigação conduzida pelo Polícia Federal⁸⁶.

Qual categoria profissional estaria referindo-se o termo “agente de polícia” previsto no art. 10 da lei em análise? Segundo nosso entendimento, o agente de polícia a que se refere a lei são os profissionais pertencentes aos quadros da Polícia Civil ou Polícia Federal. Estes dois órgãos são estruturados, **basicamente**, em duas carreiras distintas: Os delegados de polícia - profissionais que dirigem aquelas corporações policiais e presidem os inquéritos policiais, e os agentes de polícia - que são os profissionais encarregados de executar as atividades de investigação. Como no artigo 10 há a previsão de que cabe ao delegado de polícia a representação junto a autoridade judicial, tem-se que a atividade de infiltração é levada a cabo por profissionais das instituições a qual pertencem a figura do delegado de polícia, que são as Polícias Cíveis do Estados, do Distrito Federal e a Polícia Federal. Nos casos de crime de natureza militar, a competência para apuração pertence aos órgãos militares (Forças Armadas e Polícias Militares), de forma que a autoridade judiciária militar responsável pela apuração do crime militar poderá também representar junto ao poder judiciário pela infiltração de agentes policiais pertencentes aos seus respectivos quadros, podendo estes serem policiais militares, no caso de competência da

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de, “Legislação Criminal Especial Comentada”, Rio de Janeiro, Editora JusPodivm, 2014, pág. 560.

Justiça Militar Estadual, ou militares das forças armadas (exército, marinha e aeronáutica), no caso de crimes militares da competência da Justiça Militar da União⁸⁷.

b) Autorização judicial

Por se tratar de medida especial de investigação, a infiltração deve ser precedida de uma autorização judicial, devidamente fundamentada, em fiel observância ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, sob pena de nulidade⁸⁸. A decisão deverá ser circunstanciada, motivada, com caráter sigiloso devido à natureza do método de investigação, conforme preceitua o art. 10. Além de fazer menção do tempo de duração da infiltração, a autorização judicial deverá conter os limites de atuação do agente infiltrado, em especial, abstenção de prática de alguns crimes, tais como, crimes sexuais e violentos, como homicídios dolosos, danos, bem como autorização para prática de alguns atos preparatórios, transporte de produtos ilícitos, como drogas ou produtos roubados. A autorização judicial não é uma carta branca para o agente infiltrado delinquir, mas sua atuação deve ser feita sob uma valoração do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a busca por um equilíbrio entre liberdades e garantias *versus* persecução penal estatal⁸⁹. As diretrizes emanadas pelo juiz devem ser o mais detalhado possível, de forma que os procedimentos investigatórios praticados pelo agente infiltrado possam estar de acordo com o princípio da proporcionalidade, em face dos direitos e garantias dos investigados que poderão vir a ser violados pela ação do agente infiltrado. Neste sentido, a decisão do juiz deverá ser baseada nas informações contidas na representação do MP ou do delegado de polícia, que, conforme art. 11, deverá conter a demonstração da necessidade da infiltração, a descrição das tarefas que serão desenvolvidas pelo agente infiltrado, bem como nomes e apelidos das pessoas investigadas, e o local onde ocorrerá a infiltração.

A infiltração pode ser requisitada pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia, que neste último caso, o juiz, antes de proferir sua decisão, ouvirá o Ministério Público, tendo em vista ser este o titular da ação penal (§1º). A infiltração só será admitida no âmbito de criminalidade organizada, desde que outros meios tradicionais de investigação não sejam suficientes para o alcance dos objetivos da investigação (§2º). Tal

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ *Bis-idem*, pág. 562.

⁸⁹ FLUJÁ, Vicente C. Guzmán, “*El agente encubierto e las garantías do processo penal*”: Universidade de Castilla - La Mancha, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, pág. 4 e ss.

previsão está em consonância com recomendação da Convenção de Palermo, um vez que, por ser medida especial de investigação, a infiltração de agentes presta-se exatamente para alcançar o tipo de criminalidade grave, que os meios tradicionais de investigação não foram suficientes para fazê-lo, caracterizando-se por isso como uma *ultima ratio* da ação persecutória do Estado. Extrai-se da primeira parte do §2º que não se faz necessária a prova cabal da existência da organização criminosa, até mesmo porque, fosse isso necessário, não haveria motivo para a produção de quaisquer outros elementos de informação. Havendo fortes indícios da existência de organização criminosa, já está preenchido o *fumus comissi delict* para a infiltração de agentes. A lei exige que até a confirmação dessa fase da investigação (organização criminosa) tenham sido esgotados as possibilidades de obtenção de prova pelos meios disponíveis.

Recebido o pedido de infiltração, o juiz tem 24h para decidir, desde que já presentes nos autos a manifestação do Ministério Público. A autorização judicial deverá conter o prazo máximo para a infiltração, que poderá ser de até 6 meses. Se o juiz entender que a infiltração deve ser realizada, inicialmente, pelo prazo inferior a 6 meses (prazo máximo de cada autorização), poderá fazê-lo. Em caso de necessidade da continuidade da investigação, o prazo poderá ser renovado sucessivas vezes, não havendo limite de renovação do prazo da infiltração imposto pela lei (§3º). É importante que o pedido de renovação seja feito antes do término do prazo da autorização anterior, evitando a solução de continuidade na infiltração e, principalmente, que as provas coligidas em eventual período “descoberto” de autorização judicial. Caso isso ocorra, os elementos probatórios aí obtidos devem ser considerados inválidos, por violação a preceito do art. 10, *caput*, da lei nº 12.850/13, uma vez que, esta demanda um controle judicial prévio à infiltração de agentes. Como a autorização judicial deve ser fundamentada, entendemos que o relatório da operação deverá seguir junto com o pedido de renovação do prazo, para que de posse da informação, possa o juiz decidir⁹⁰. No curso do inquérito, o delegado ou o Ministério Público podem determinar e requisitar, respectivamente, ao agente informações sobre a operação.

⁹⁰ Em sentido contrário a necessidade do relatório para a renovação do prazo da operação, conferir LIMA, Renato Brasileiro, *cit.* pág. 564. O autor afirma que a confecção do relatório poderá frustrar a rapidez na obtenção da prova e até mesmo a própria segurança do agente infiltrado. Entendemos que tudo é uma questão da organização e acompanhamento do agente infiltrado, por uma equipe designada que vai recebendo a informação do agente no curso da operação e relatando ao delegado.

3.2.4 A preparação da operação

A infiltração de agente demanda um esforço no planejamento e na logística da operação. Apesar do silêncio da lei (não só brasileira, mas alemã e portuguesa também) sobre critérios de preparação do agente infiltrado, para a doutrina especializada a infiltração é dividida em algumas fases: 1) Recrutamento, 2) Formação, 3) Imersão, 4) Especialização da infiltração; 5) Infiltração propriamente dita), 6) Seguimento; 7) Pós-infiltração, 8) Reinserção. PEREIRA ⁹¹ ensina que o agente que será empregado numa operação de infiltração deverá passar por um adequado treinamento, a fim de internalizar sua nova “identidade” e também receber toda a capacitação necessária para o desempenho da missão, tais como técnicas de dissimulação, OMD - observação, memorização e descrição e outras técnicas próprias das operações de infiltração. Para dar suporte, acompanhar e supervisionar a atuação do agente infiltrado, é importante uma equipe de apoio, envolvendo quantos policiais forem necessários também de serem preparados.

Extraí-se do que foi apresentado até aqui uma necessidade de especialização para uma correta, legal e competente infiltração policial. Todavia é importante ressaltar que uma operação de infiltração muito longa, possui muitos perigos a se considerar. Talvez o maior perigo seja o de “contaminação” do agente infiltrado pela ambiente criminal em que se está inserido⁹². O agente infiltrado deve ser monitorado durante todo o período em que durar a operação, onde, além de informar o andamento das investigações, deve ser constantemente avaliado e acompanhado por outros policiais, a fim de poderem detectar qualquer desvio de conduta do infiltrado e também estarem em condições de efetuarem sua proteção, realizando a extração do meio onde foi infiltrado.

3.2.5 O sigilo da operação e os direitos do agente infiltrado

A lei 12.850/13 tratou de prever medidas para garantir o sigilo da operação desde o pedido inicial da autorização judicial. O pedido de infiltração é distribuído no tribunal de forma sigilosa, sem nenhuma informação sobre a operação que será desencadeada e, principalmente, nenhuma informação sobre a identidade do agente infiltrado. Somente após o término da operação, estando relatada e informado o juiz, o relatório acompanhará a

⁹¹ PEREIRA, Flávio Cardoso, *cit.* pág. 472 e ss.

⁹² Idem, pág.502 e ss. A técnica do agente infiltrado comporta, contudo, perigos vários: desde logo, se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas actividades criminosas que investiga- trecho do Acórdão nº 578/94 do TC de Portugal. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt, acesso em jan 2015.

denúncia do Ministério Público, que somente aqui, já iniciado o processo, a defesa terá acesso aos autos da operação, conforme preceitua o §2º do art. 12, da lei nº 12.850/13. A identidade do agente infiltrado deverá ser preservada durante todo o processo⁹³. Buscando-se evitar vazamentos sobre sua identidade, foi criminalizada a conduta de quem descumprir a determinação de sigilo, conforme art. 14, havendo previsão de pena de reclusão de 1 a 4 anos. A identidade do agente infiltrado somente poderá ser revelada no processo mediante decisão judicial, conforme determina a regra do art. 14, III, da lei em comento.

Em comparação com a revogada lei nº 9.034/95, houve significativo avanço no que concerne aos direitos do agente infiltrado. A infiltração numa organização criminosa compreende diversos perigos para o agente, nomeadamente a exposição de sua real identidade após o término da operação. A revelação pura e simples dos dados pessoais de um agente infiltrado no curso do processo poderá colocar não só a integridade do agente em risco, bem como de sua família, numa possível vingança da organização criminosa.

Visando resguardar a integridade do agente, algumas providências de proteção foram erigidas ao patamar de *direitos do agente infiltrado*. Os direitos se resumem em: (1) recusar ou fazer cessar a operação de infiltração, (2) ter sua identidade alterada e usufruir das medidas previstas na lei de proteção de testemunhas (lei nº 9.807/99), ter sua identidade preservada no processo, salvo decisão judicial em contrário e (3) não ter sua identidade revelada nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação sem sua autorização⁹⁴. Um agente não pode ser obrigado a atuar como infiltrado, pelo contrário, aceita voluntariamente os encargos da missão. A possibilidade de aceitar ou não o encargo de executar realizar a operação de infiltração deve estar relacionada somente a questão de sua segurança no decorrer da operação de infiltração e também a questões de legalidade de sua atuação. Portanto, se durante o decurso da operação, em caso de, por exemplo, estar correndo perigo de ser descoberto ou se vê obrigado a praticar atos que extrapolem a autorização judicial da infiltração, o agente pode por iniciativa própria encerrar a operação. Na prática, este ato se dá com a retirada do agente infiltrado do ambiente onde ocorre a

⁹³ Na Alemanha, o §110b do StPO, 3ª oração, determina que a identidade do agente infiltrado (*Verdeckter Ermittler*), será mantida em segredo mesmo após o fim da operação, com objetivo de resguardar e proteger o agente infiltrado, bem como proteger a continuidade do uso daquele agente infiltrado. O §96 da StPO condiciona o depoimento do agente infiltrado e a revelação de sua identidade à liberação do chefe da polícia.

⁹⁴ art. 14, da lei nº 12.850/13.

operação. Não se ignora o fato de em alguns casos o agente infiltrado ter de ser “resgatado” pela equipe de apoio a operação de infiltração.

Durante a infiltração o agente deve buscar identificar o maior número de fontes de provas relacionadas aos ilícitos decorrentes da organização criminosa. Ao autorizar a realização da infiltração, a decisão judicial a que se refere o art. 10, *caput*, da lei 12.850/13, deve apontar expressamente quais procedimentos investigatórios podem ser levados a efeito pelo agente infiltrado, o que, posteriormente, impedirá eventual arguição de ilicitudes das provas por ele produzidas, tais como provas documentais, apreensões, gravações ambientais, indicação de linhas telefônicas e de endereços de emails suscetíveis de interceptação, ou de bens que possam ser objeto de medidas assecutórias⁹⁵. Em caso de necessidade de haver o depoimento do agente infiltrado no processo, este poderá depor como testemunha anônima nos termos do art. 2º da lei nº 9.807/99. Esta lei versa sobre a proteção à vítimas e a testemunhas ameaçadas. Desta forma, além de ter seus dados pessoais preservados, sua voz e imagem podem ser distorcidas por sistema tecnológico⁹⁶.

3.2.6 A responsabilidade penal do agente infiltrado

A questão da responsabilidade penal do agente infiltrado é um dos temas mais controversos deste meio extraordinário de investigação. Ao se realizar a infiltração de um agente policial no seio de uma organização criminosa, a probabilidade deste vir a cometer algum ato antijurídico é considerável. Primeiro porque para conseguir se integrar na organização alvo da infiltração o agente deverá participar de suas atividades a fim de poder identificar os responsáveis pelas ações, com o objetivo de se chegar no mais alto escalão da organização, bem como obter informações o mais detalhada possível do seu *modus operandi*. Segundo, a fim de ganhar confiança dos demais membros da organização criminosa, o agente infiltrado poderá ser compelido a praticar algum crime⁹⁷.

⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de, *Cit.*, pág. 574.

⁹⁶ A previsão de proteção de testemunhas consta também da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado - Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatário (Decreto nº5.015/2004). Em seu art 24, a convenção 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. Entre essas medidas protetoras de testemunhas se incluem aquelas destinadas a “impedir ou restringir a divulgação de informações relativas a sua identidade e paradeiro”- art. 24, nº2, alínea “a”.

⁹⁷ Algumas organizações criminosas exigem que seus novos membros pratiquem crimes como, por exemplo, um homicídio, a fim de provar lealdade e também, com essa medida, evitar a infiltração de agentes policiais no seio da organização, já que estes, em tese, dificilmente praticariam um crime como o homicídio. Cfr. ONETO, Isabel, *cit.*, pág. 177; CARDOSO, Flávio Pereira, *cit.*, pág. 471;

A lei nº 12.850/13 prevê no art. 13 a situação que trata da responsabilidade penal quando o agente infiltrado vier a praticar um ilícito: 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.

O legislador adotou como parâmetro da atuação do agente infiltrado o princípio da proporcionalidade. A sua atuação tem de ser proporcional à finalidade da investigação, e em caso de haver excesso, o agente poderá ser responsabilizado pelos atos cometidos. O tema sofreu, desde o início da formulação do primeiro projeto de lei sobre organizações criminosas no Brasil (lei nº 9034/95), um intenso debate doutrinário. Várias fórmulas foram discutidas procurando afastar a responsabilidade penal do agente enquanto atuando por conta da infiltração junto a organização criminosa, a saber: exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, escusa absolutória, por razões de política criminal; excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal; atipicidade penal por ausência de imputação objetiva; e atipicidade penal por ausência de tipicidade conglobante.

Como a prática de crime no âmbito de uma organização criminosa envolve, via de regra, várias pessoas, estamos diante de uma hipótese de **concurso de pessoas**, situação em que o agente infiltrado poderá agir na espécie de **co-autor** ou **partícipe**. O próprio fato de integrar uma associação para a prática de crimes, já estaria configurada o tipo penal de **quadrilha ou bando** (art. 288 do Código Penal), mesmo antes da prática de qualquer outro crime. Conforme BUSATO⁹⁸, seria ilógico autorizar judicialmente a infiltração de um agente no interior de uma organização criminosa, para em seguida responsabilizá-lo penalmente. Participar de uma reunião com o fim de cometer crimes é mais do que evidente, sendo essa a obrigação que o agente assume quando se dispõe à condição de infiltrado. A referência ao princípio da proporcionalidade deixa muitas lacunas abertas. A pretensão em obter provas seria proporcional a quê? Seria proporcional para o objetivo da produção de provas o agente infiltrado cometer um crime de tráfico, lesões corporais ou até um homicídio?

⁹⁸ BUSATO, Paulo César, *cit.*, pág.262.

Todavia, o parágrafo único do artigo 13 ao delimitar que o “o agente não é punível...quando inexistente conduta diversa”, tenciona remeter a ação do agente infiltrado em decorrência de sua estrita atuação em consonância com a autorização judicial para uma **exclusão de culpabilidade**⁹⁹. Entretanto, tentar igualar tratando com causa de exculpação, todas as inúmeras situações em que o agente infiltrado venha a praticar, revela-se um grande equívoco. O agente infiltrado pode ser compelido a guardar uma grande quantidade de droga, bem como ser compelido a cometer um homicídio para provar lealdade à organização criminosa. No primeiro caso, poderia estar abrangida uma causa de exculpação, mas com certeza, não poderia estar o homicídio. No caso do crime da guarda da droga (um dos verbos do tipo *tráfico*), encontrar-se de acordo com o previsto no projeto de infiltração e da autorização judicial da infiltração, que conforme art. 10 deve ser fundamentada e circunstanciada, de acordo com a informação detalhada do projeto ou plano de infiltração, o agente infiltrado estará coberto pelo dever de atuação, havendo causa de excludente de ilicitude de *estrito cumprimento do dever legal*.

Vejamos as hipóteses das quais o agente infiltrado poderá vir a praticar algum crime:

a) A prática de crime pelo agente infiltrado na qualidade de co-autor

A co-autoria é a forma de concursos de pessoas que ocorre quando o núcleo do tipo penal é executado por duas ou mais pessoas¹⁰⁰. Uma das características da organização criminosa, definida no art. 1º, §1º da lei nº 12.850/2013 é a divisão de tarefas. Se o agente infiltrado praticar uma conduta criminosa em co-autoria com outros membros do grupo em que está infiltrado, há de se considerar na análise de sua responsabilidade muitos aspectos relacionados ao domínio funcional do fato, o que compreende diferentes graus de importância e envolvimento na causa delitiva. Sendo o crime já objeto da investigação criminal, onde já pairavam um juízo de suspeição a respeito de sua prática que a infiltração tinha como missão confirmar, ou seja, produzir prova pelo que já se tem uma suspeita fundada, a atuação do agente infiltrado deverá estar coberta pelo dever de atuação do agente infiltrado.

⁹⁹ Como é sabido, na legislação brasileira, excluem a culpabilidade a inimputabilidade, o erro de tipo, o erro de proibição, coação irresistível e obediência hierárquica e a exigibilidade de conduta diversa. Cfr. art. 20 a 22 do Código Penal.

¹⁰⁰ MASSON, Cleber, “Direito Penal - Parte Geral”: São Paulo, Editora Método, 4ª ed., 2011, pág. 506.

b) A prática de crime pelo agente infiltrado na qualidade de partícipe

A participação é a modalidade de concurso de pessoas em que o sujeito não realiza diretamente o núcleo do tipo penal, mas de qualquer modo concorre para o crime. A participação poder ser material ou moral¹⁰¹. Na participação material a conduta do sujeito consiste em prestar auxílio ao (s) autor (es) da infração penal. Consistiria em facilitar, viabilizar materialmente a execução da infração penal, todavia sem realizar a conduta do tipo. O partícipe que presta auxílio é um cúmplice. Parece ser exatamente esta modalidade estar coberta pela norma exculpante do parágrafo único do art. 13 da lei nº 12.850/13. Sendo uma contribuição necessariamente menor em face da autoria, a conduta principal poderá ser aquela da qual se produzirá a prova na operação de infiltração. Sendo menos grave do que a ação principal, a participação, ou seja, a cumplicidade estará de acordo com a proporcionalidade e necessidade previstos na lei. Assim todos os casos de cumplicidade isentariam o agente infiltrado da responsabilidade penal advinda desses atos¹⁰².

c) A prática de crime pelo agente infiltrado na qualidade de autor direto

Na autoria direta a decisão a respeito da prática delitiva estaria em poder do agente infiltrado, o que parece estar fora na norma de cobertura, podendo o agente infiltrado ser responsabilizado pela prática de tais ilícitos. Como as situações fáticas que um agente infiltrado pode ser obrigado a se submeter em razão da infiltração, se, eventualmente, o agente for compelido por outro membro da organização à realização do delito, pois, se efetivamente houve a vontade de terceiro, não se pode falar que o agente infiltrado foi propriamente autor direto. Neste caso seria instrumento de outro autor. Mas se está sob sua responsabilidade poder decidir ou não pela realização do delito, ainda que visando preservar seu disfarce, o agente infiltrado poderá vir a ser responsabilizado pela sua conduta. Lembremos que está entre os direitos do infiltrado fazer cessar a atuação infiltrada, conforme a previsão do inciso I do art. 14 da lei nº 12.850/13.

¹⁰¹ Idem, pág. 514.

¹⁰² BUSATO, Paulo César, *cit.*, pág. 267.

3.3 O agente infiltrado em Portugal

3.3.1 O desenvolvimento e afirmação na legislação do agente infiltrado

Portugal é um país com quase 11 milhões de habitantes num território com 92.090 km quadrados. Segundo o Relatório Anual de Segurança Interna do Sistema de Segurança Interna - RASI/SSI¹⁰³, os níveis de criminalidade apresentam um número mais concentrado nas cidades com maior número de habitantes, em especial Lisboa, Porto, Setúbal, Faro, Braga e Aveiro que concentram 69% da criminalidade participada. Entretanto o número de homicídios apresentou um total de 116 ocorrências em todo o país no ano de 2013. A cidade de Lisboa é uma das capitais europeias com menor número de homicídios nos últimos anos. Todavia, o tráfico de estupefacientes, como um fenômeno impulsionado pela globalização e também pela abertura de fronteiras no espaço *Chengen*, é um dos principais problemas da atualidade e, tem sido alvo de constante repressão pelos órgãos responsáveis em Portugal (PJ, PSP, GNR, SEF, PM). Devido a sua posição estratégica na península ibérica, com seus 943 km de costa¹⁰⁴, Portugal tem sido rota de entrada de estupefacientes provenientes do tráfico internacional. Na jurisprudência dos tribunais portugueses não são raros os Acórdãos tratando deste tipo de crime¹⁰⁵.

O Código de Processo Penal Português, proíbe as provas obtidas por meios enganosos (art. 126, n° 2, letra a), bem como as obtidas mediante a intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações, ressalvados os casos permitidos na lei, incluindo-se aqui a lei n° 101/2001 - Regime Jurídico das Acções Encobertas - RJA.E. Fora dos casos permitidos na lei, as provas assim obtidas, serão nulas, não podendo ser utilizadas no processo. Tal vedação tem como fundamento constitucional o art. 32º, número 8, onde são tratadas as garantias no processo penal.

Tem-se no Decreto-Lei n° 430/83, de 13 de dezembro, conhecida como Lei da Droga, a primeira previsão de agente infiltrado, nesta lei descrito como “funcionário de investigação policial”. O art. 52 assim previa:

“1. Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que , para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente

¹⁰³ retirado de www.portugal.gov.br, acessado em janeiro de 2015.

¹⁰⁴ Fonte: pt.wikédia.org, acessado em janeiro de 2015.

¹⁰⁵ Acórdãos do TC 431/2010, 284/2010, 09/2009, 66/20008, 604/2007, 480/2006, 195/2006, 270/2001 E 347/2001. Disponível em www.pgdlisboa.pt, acessado em 07/01/2015.

ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.”

A citada lei foi objeto de sucessivas alterações, por meio das leis nº 15/93, 36/94, 45/96, até chegarmos à lei atualmente em vigor, a lei nº 101/2001, de 25 de agosto, que foi alterada pela lei nº 60/2013, de 23 de agosto. No regime jurídico anterior, lei nº 15/93, de 22 de janeiro, a atuação do agente infiltrado era restrita somente ao crime de tráfico de estupefaciente. O RJAЕ trouxe um considerável alargamento no âmbito de crimes onde poderá ser utilizado o agente encoberto¹⁰⁶, conforme consta no catálogo do artigo 2º do RJAЕ.

3.3.2 O Regime Jurídico das Ações Encobertas - definição e aspectos gerais

A lei nº 101/2001, instituiu um verdadeiro regime jurídico para a ação encoberta, - RJAЕ, cuidou de definir, determinou o âmbito de aplicação, requisitos e também o seu modo de controle. No artigo 1º há a definição de ação encoberta, que tem como característica principal a ocultação da qualidade e identidade do funcionário de investigação criminal ou terceiro atuando sobre o controle da polícia judiciária¹⁰⁷. No art. 2º há um catálogo de crimes em que será permitido emprego do agente encoberto, de forma repressiva ou preventiva aos delitos ali previstos.

Não há previsão de que o agente encoberto seja empregado para reprimir ou prevenir os delitos praticados **somente** no âmbito de criminalidade organizada, como previsto, por exemplo, na legislação brasileira (lei nº 12.850/2013). Todavia o artigo 3º ressalva a utilização do agente encoberto em casos de criminalidade grave, fazendo alusão ao princípio da proporcionalidade.

Com a edição da lei nº 109/2009 foi ampliado o rol de crimes no qual é possível a utilização do agente encoberto. A citada lei, denominada *lei do Cibercrime*, prevê que, além dos crimes nela previstos, o agente encoberto também pode ser utilizada como meio

¹⁰⁶ O RJAЕ utiliza a denominação de *agente encoberto* para se referir ao funcionário de investigação criminal que realiza a *ação encoberta*. (art. 6, I) Não obstante o RJAЕ utilizar a expressão **ação encoberta** na maioria dos artigos do RJAЕ, optamos por utilizar o termo **agente encoberto**, por questão de unicidade de estilo e também por ser a ação encoberta resultado da atividade do agente encoberto (e também do terceiro que atue sob o controle da polícia judiciária).

¹⁰⁷ art. 1º. Consideram-se ações 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.

de investigação nos crimes onde a pena em abstrato seja superior a cinco anos, ou nos crimes com penas menores de cinco anos, mas que sejam cometidos na forma dolosa, contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes; a burla qualificada; a burla informática e nas comunicações; a discriminação racial, religiosa ou sexual; as infracções económico-financeiras; bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos¹⁰⁸.

O legislador português optou por utilizar, no artigo 1º, a denominação de “acção encoberta”, descrevendo quem pode fazer - funcionário de investigação criminal ou terceiro atuando sob controle da polícia judiciária - bem como o que caracteriza como acção encoberta - a ocultação de sua qualidade e identidade. Optou-se portanto, por não utilizar-se a expressão *agente infiltrado*, que é comumente usada na doutrina e na jurisprudência, mas o art. 6º, nº 1, usa a expressão *agente encoberto* para se referir ao agente que atue no “no âmbito de uma acção encoberta”. No RJAЕ não há qualquer classificação do tipo de infiltração (*deep cover, light cover e etc*), muito menos qualquer diferenciação conceitual entre o agente infiltrado, agente encoberto ou provocador.

MEIREIS¹⁰⁹, propõe uma definição onde diferencia o agente infiltrado do agente encoberto. Este autor define **agente infiltrado** como aquele agente da autoridade ou cidadão particular (mas que actue de forma concertada com a polícia), que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do(s) suspeito(s), ou então simplesmente, para a obtenção da *noticia criminis*, ganha sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos acompanhado a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, por forma a conseguir a informação necessária ao fim que se propõe. O **agente encoberto**, ainda segundo MEIREIS, é caracterizado pela absoluta passividade relativamente à decisão criminoso. Estava naquele lugar, àquela hora, como poderia estar outra agente, Mas isso foi suficiente para presenciar um crime, ou para o desencadear. Não provoca o crime nem conquista a confiança de ninguém¹¹⁰. O agente encoberto é o comumente chamado “polícia a paisana”, que frequenta bares, cafés, ruas ou qualquer espaço aberto ao público com o objetivo de

¹⁰⁸ artigo 19 da lei nº 109/2009.

¹⁰⁹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *Cit.*, pág. 163.

¹¹⁰ *Idem*, pág. 191 e 192.

presenciar algum crime ou deter alguém que o pratica¹¹¹. Todavia, segundo o art. 6º do RJAE, o **agente encoberto** não corresponde à definição proposta de MEIREIS, mas antes corresponde ao que este define como **agente infiltrado**.

Entretanto o aspecto fundamental na atuação de agente numa ação encoberta não está tanto na denominação que recebe, mas sobretudo que em sua atuação não induza ou instigue o investigado à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não tinha a disposição de praticar. A intervenção do agente infiltrado deverá se limitar a coleta de informações que, de outra forma, não poderia se chegar, buscando identificar pessoas que compõe a organização criminosa, seu modo de atuação e demais provas - isto numa atuação repressiva; ou buscando informações que possibilitem impedir a ocorrência de algum ato criminoso, como, por exemplo, o terrorismo - caso das ações preventivas. O agente encoberto, segundo descrição da RJAE, não corresponde a definição de MEIREIS, mas refere-se ao que este autor denomina de agente infiltrado.

A lei nº 101/2001 não condiciona, ao menos explicitamente, a utilização do agente encoberto como uma última *ratio* da investigação criminal. Não se exige claramente, no texto da referida lei, que tenham sido exauridos outros meios convencionais de investigação para, então, lançar-se mão deste meio extraordinário de investigação. Todavia, conforme já indicamos, a lei ressalta a proporcionalidade tendo no horizonte a gravidade do crime a investigar como requisito fundamental para a utilização do agente encoberto.

3.3.3 Os requisitos para a utilização do agente encoberto

O art. 2º indica os tipos penais em que poderá ser utilizado o agente encoberto como meio de investigação. Ali estão previstos os crimes como o Homicídio Voluntário e a Violação de Menores até crimes como Organizações Terroristas e Terrorismo, Branqueamento de Capitais, Fraude, Associação Criminosa, Corrupção, Peculato, crimes que são graves, e que por sua complexidade são de difícil investigação quando se utiliza somente os métodos tradicionais de investigação¹¹². Apesar de não estar previsto

¹¹¹ ONETO e GONÇALVES/ALVES/VALENTE propõem conceitos para definir agente infiltrado e agente encoberto, praticamente iguais aos apresentados por MEIREIS.

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Que futuro para o direito processual penal”: Coimbra Editora, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, 2009, pág. 811.

explicitamente na lei nº 101/2001, mas baseado numa interpretação teológica da norma e ainda dentro de uma perspectiva de política criminal face às consequências do fenómeno da globalização da criminalidade, em especial o terrorismo e tráfico de estupefacientes, o recurso ao agente encoberto deve ser compreendido como meio de investigação empregado na investigação de crimes cometidos no âmbito do crime organizado, afigurando-se um importante recurso do Estado na perseguição penal a este tipo de criminalidade¹¹³.

Como um método extraordinário de investigação, que restringe alguns direitos e garantias dos investigados/arguidos, tais como o direito à intimidade, direito à privacidade e o direito a não auto-incriminar-se, o legislador português cuidou de prever no artigo 3º os requisitos de utilização do agente encoberto. Primeiramente as “acções encobertas devem ser adequadas para fins de prevenção e repressão criminais identificadas em concreto”. Neste sentido deve ter-se em conta que caso não seja possível a identificação dos autores do crime, nem seu *modus operandi* e também a materialidade, ou seja, as provas do cometimento do (s) crime (s), através dos meio de obtenção de provas tradicionais¹¹⁴, então é que o agente encoberto poderá ser utilizado. Uma organização criminosa que se dedica ao tráfico de estupefacientes ou ao terrorismo poderá, em tese, praticar outros crimes, como os previstos no catálogo do artigo 2º, podendo ser múltiplos os crimes que um agente encoberto poderá se deparar numa única infiltração¹¹⁵.

No processo penal o arguido é um verdadeiro sujeito, nunca um objeto ou instrumento de prova; ele tem o seu direito de defesa e suas garantias preservados, de forma que esses direitos e garantias têm que estabelecer uma ordenação limitadora do poder do Estado, para que este não aniquile a liberdade individual ou personalidade ética¹¹⁶. Portanto, no art. 3º da lei nº 101/2001 condicionou a utilização do agente encoberto (acção encoberta) “proporcionais quer àquelas finalidades (prevenção e repressão criminais), quer a gravidade do crime em investigação”. Extrai-se do citado artigo o requisito estabelecido pelo legislador para a utilização do agente encoberto, nos

¹¹³ ONETO, Isabel, *cit.*, pág. 187.

¹¹⁴ Ao nos referirmos aos meios tradicionais de provas, reportamos àqueles previstos no Código de Processo Penal sob o título II - Dos meios de prova, nomeadamente “Da Prova testemunhal”, “Da Prova por Acareação”, “Da Prova por Reconhecimento”, “Da Reconstituição do Fato”, “Da Prova Pericial”, “Da Prova Documental”. Sob o Título III- Dos meio de obtenção de Prova, nomeadamente “Dos Exames”, “Das Revistas e das Buscas”, “Das apreensões”.

¹¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Cit.*, pág. 232; ONETO, Isabel, *Cit.*, pág. 187.

¹¹⁶ GONÇALVES, et. al., “Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal”, Coimbra, Editora Almedina, 2001, pág.105.

crimes previstos no catálogo do artigo 2º, caracterizando-a como um meio extraordinário de investigação, tendo em vista a pressão ou restrição que este faz aos direitos e garantias individuais dos investigados. Precisamente por esta característica reveste-se de excepcional cuidado, com os requisitos e limites bem definidos a serem respeitados.

Conforme observa ONETO¹¹⁷, o alto nível de especialização e complexidade que caracterizam as estruturas criminosas do novo milênio, transformadas num único sistema criminoso através de formas de associação diversificadas, dotado de um poder económico-financeiro brutal que se enraizou nos vários domínios da atividade de um Estado, minando os seus alicerces, subvertendo as regras do jogo democrático, domina as economias e os poderes políticos-partidários. Para fazer frente a este tipo de criminalidade, o Estado adota medidas de perseguição penal - como é o caso do agente encoberto - de forma a poder exercer suas funções constitucionais¹¹⁸.

3.3.4 O controle da ação encoberta

Com a reforma processual de 1987, o processo penal português passou a seguir o modelo de “quem executa não decide”, visando dessa forma proteger os direitos fundamentais das pessoas, por meio de um controle efetivo e mais seguro das ações cometidas pela polícia. A ação penal é privativa do Ministério Público¹¹⁹, assim o art. 3º da lei nº 101/2001, do nº 3 ao nº 6, determina quem são as autoridades judiciais e judiciárias responsáveis para a autorização de uma ação encoberta e também determina qual órgão é responsável pelo relatório da ação encoberta, de forma que há duas condições para o desencadeamento de uma ação encoberta. A primeira possibilidade, numa **ação encoberta** no âmbito do inquérito, depende de prévia autorização do magistrado do Ministério Público, devendo ser informado o juiz de instrução criminal. O juiz pode invalidar o pedido de autorização da **ação encoberta** num prazo de até 72 horas (art. 3º, 3).

¹¹⁷ Oneto, Isabel, *Cit.*, pág. 179 e 180.

¹¹⁸ Art. 9º da Constituição da República Portuguesa, letra b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático.

¹¹⁹ A investigação criminal, prosseguida pelos órgãos de polícia criminal, deve basear-se nos princípios de isenção e de objetividade de forma a que haja uma coerência e conexão pura entre eficiência e eficácia e justiça, está sujeita à orientação direta do Ministério Público, que dirige o inquérito que visa verificar ou não a existência de um crime, qual (is) os seu (s) agente (s) e a responsabilidade do(s) mesmo(s), verificações estas baseadas na descoberta e recolha de provas que fundamentem a sua decisão (art. 262º, 263º e 267º do CPP). Cfr. Gonçalves *et. al.*, *cit.*, pág. 89.

A segunda possibilidade é aquela em que **ação encoberta** é realizada no âmbito da prevenção criminal, e a competência para autorização é do juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público (art. 3º, 4). Todavia o nº 5 deste mesmo artigo determina que o pedido e o controle da autorização prevista no nº anterior (4), é da responsabilidade do Ministério Público, que ao nosso ver, acaba que tendo uma redação um tanto confusa, na medida em que o número 4 condiciona a autorização ao juiz de instrução criminal, e no nº 5 remete o controle e autorização ao Ministério Público.

O juiz exerce uma função de controle “externo” ao receber e analisar o pedido de autorização de uma **ação encoberta**, o que, na esteira de COSTA ANDRADE¹²⁰, o juiz deverá ponderar os argumentos que a pessoa atingida poderia invocar se tal possibilidade lhe fosse dada. Como apenas lhe chega a versão mediatizada pelos interessados na investigação, o juiz corre o risco de figurar aqui reduzido ao estatuto de *longa manus* do Ministério Público, assumindo sua versão dos fatos e chancelando as suas pretensões. Para reduzir este risco, o juiz deve escrutinar autonomamente a versão carregada pela acusação, submetendo a apreciação crítica a sua pertinência e plausibilidade. São exigências que tem o seu campo paradigmático de aplicação face aos pressupostos como a suspeita fundada e a subsidiariedade. O respeito pela reserva de juiz postula uma descontinuidade metodológica, entre o juízo adiantado pela investigação e o do juiz, que de forma autônoma e auto-referente tem de autorizar ou recusar a medida. Dificilmente se imaginaria solução mais equilibrada e sustentável. Entretanto estudos criminológicos realizados em diferente contextos, acabaram por confirmar a desconfiança difusa e generalizada quanto à eficácia da tutela preventiva cometida à *reserva de juiz*. Os dados empíricos mostram um mimetismo sistemático dos juízes de instrução quanto ao pedido da acusação, isto é, a sua propensão para, em praticamente todos os casos, decidir - tanto no *se* como na *medida* - conforme o solicitado. Isto fez com que o número de desiludidos e desencantados aumentasse, face a falência da *reserva de juiz*. A *reserva de juiz* poderá ter-se transformado num tigre sem dentes (SCHUNEMANN)¹²¹.

Esta previsão de controle judicial da ações encobertas em Portugal encontra alguma dificuldade, tendo em vista o modelo de organização e funcionamento do sistema judiciário. Sendo a ação encoberta de âmbito preventivo, o seu pedido de autorização é

¹²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Cit.*, (5), pág. 118.

¹²¹ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *idem*, pág 119.

realizado junto ao Tribunal Central de Instrução Criminal. As ações encobertas que no âmbito de um inquérito são instauradas nas várias comarcas de Portugal, têm os pedidos remetidos aos Tribunais de Instrução, que só existem em Lisboa, Porto, Coimbra e Évora, onde quem recebe o pedido é o juiz que se encontrar no tribunal. O relatório final da operação e o julgamento do processo não estarão obrigatoriamente sob responsabilidade desse mesmo juiz, o que pode acontecer por coincidência. Esta situação prejudica ou até mesmo impede que o controle pós ação encoberta se esvaia¹²².

Não obstante a dificuldade acima relatada, a autorização judicial para o início da acção encoberta conforme dicção dos números 3 e 4 do art. 3º, da lei 101/2001, propicia, desde já, a análise objetiva dos requisitos legais, em especial o carácter excepcional da medida e o exercício de juízo de proporcionalidade, o que já garante um razoável controle jurídico prévio e evita ofensas desmedidas aos direitos individuais do investigado.

3.3.4 Portugal X Teixeira de Castro no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH

O caso teve início em dezembro de 1992¹²³, quando dois agentes de PSP, atuando a paisana (sem uniformes) e numa viatura descaracterizada, abordaram V.S.¹²⁴ com a intenção de comprar haxixe. No dia 30 de dezembro os dois policias voltaram a procurar V.S., agora afirmando que queriam comprar heroína. V.S. os levou a contactar F.O., que por sua vez disse que conhecia Francisco Teixeira de Castro, sendo que este teria a heroína para lhes vender. Os agentes da PSP apresentaram 200 mil escudos para a compra da referida estupefaciente. Então Francisco se deslocou a casa de J.P.O., onde adquiriu 20 gramas de heroína. Ao retornar com a droga e apresentá-la aos agentes disfarçados, estes imediatamente prenderam em flagrante, Francisco, V.S. e F.O. A polícia levou os detidos a presença do juiz de instrução criminal, que decretou a prisão preventiva dos três cidadãos. Todavia Francisco interpôs dois *Habeas Corpus* junto ao STJ, alegando que os polícias

¹²² SOUZA, Paulo Pinto de, “Acções Encobertas. Meio enganoso de prova? Agente infiltrado e agente provocador, outras questões”: Revista do CEJ, ano 2010, nº 14, pág. 231 a 247. O autor cita aqui a opinião da juiz Maria de Fátima Mouros que já exerceu suas funções no TCIC em relação ao controle da autorização da Acção Encoberta.

¹²³ O relato deste caso, que acabou “subindo” até o TEDH, foi feito de forma detalhada na obra de Loureiro, Joaquim, “Agente Infiltrado?, Agente Provocador! Reflexões sobre o Acórdão do TEDH de 09 de junho de 1998”, Almedina, Coimbra, 2007. Neste obra Loureiro relatada o processo desde a decisão em 1ª instância até a decisão do TEDH que condenou o Estado Português ao pagamento de indenização a Francisco Teixeira de Castro.

¹²⁴ Constavam apenas as iniciais dos nomes dos investigados na fonte citada.

agiram como provocadores na compra do estupefaciente. Ambos *H.C.* foram rejeitados pelos STJ, nos Acórdãos de 11/03 e 13/05 de 1993. Em 26 de agosto de 1993, o MP deduziu acusação contra Francisco Teixeira de Castro. Os outros dois investigados, F.O. e J.P.O., não foram acusados.

Teixeira de Castro foi condenado a uma pena de 6 anos de prisão, tendo a decisão sido fundada no seguinte aspecto: “utilização de um agente infiltrado, ou mesmo provocador, não é proibida pela legislação nacional, desde que o sacrifício da liberdade individual do acusado seja justificado pelos valores a salvaguardar”¹²⁵. Em sede de recurso ao STJ, aquele Supremo Tribunal confirmou a sentença condenatória afirmando, em Acórdão de 05 de maio de 1994, que realmente houve persistência dos agentes da PSP para a efetivação da compra da droga, mas “que os agentes da PSP viram assim justificada sua persistência, dado que encontraram o arguido na posse de quantidade já significativa daquele estupefaciente”.

Teixeira de Castro, por meio de seu defensor, apresentou Requerimento ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH, contra o Estado Português, onde alegou que não foi beneficiado de um processo equitativo, já que havia sido incitado pelos agentes policiais, que como provocadores, incitaram Teixeira de Castro a cometer o crime. Em suma, o TEDH considerou que o objeto de sua análise incidiria sobre o papel desenvolvido pelos agentes da polícia, principalmente, se a sua intervenção havia sido determinante para a comissão do crime, a ponto de afetar o caráter equitativo do processo. Foi relevante para o TEDH a resposta do STJ ao segundo HC, que classificou os policiais como provocadores, bem como nas instâncias inferiores, as decisões não fizeram referência ao comportamento do arguido anterior à sua detenção, podendo assim concluir que ele estaria ou não disposto a cometer o crime mesmo sem a intervenção dos agentes de polícia¹²⁶. Neste sentido, o TEDH concluiu que o comportamento dos agentes de polícia foi essencial se não exclusivo para a origem do comento do crime e da condenação de Teixeira de Castro a uma pena bastante pesada. Assim, baseados nestes fundamentos, o TEDH deliberou que houve violação do artigo 6º, § 1, da Convenção (30 votos contra 1). O Estado Português foi condenado a pagar a título de indenização, seis milhões de escudos a

¹²⁵ *Data Venia*, a fundamentação da condenação de Francisco pelo Tribunal da Comarca de Santo Tirso, pareceu-nos, com o argumento que justifica a condenação, ter sido adotada a máxima de *que os fins justificam os meios*, o que, tão claro como o sol, afronta os princípios basilares do direito português.

¹²⁶ ONETO, Isabel, *Cit.*, pág. 133.

Francisco Teixeira de Castro e também retirar de seu cadastro criminal, qualquer anotação relacionada a sua condenação pelo crime objeto de deliberação do TEDH. Teixeira de Castro se tornava novamente um “ficha limpa”.

A decisão do TEDH revelou um entendimento que não está isento de uma observação crítica. Essa decisão do TEDH, no caso em apresso, tem de ser compreendida apenas nos exatos e estritos limites do caso concreto, sem extrapolação de largas analogias de facto, que seria geradores de acentuados riscos e incertezas em matéria e numa discussão de forte acentuação simbólica¹²⁷. A ação policial foi conduzida com boa fé, já perdurava algum tempo, tudo isso dentro de um quadro de luta contra o tráfico e o uso (à época proibido em Portugal) de estupefacientes. Os suspeitos não foram abordados aleatoriamente, mas antes faziam parte de elementos que orientavam a investigação numa certa direção. Importante destacar que Teixeira de Castro não foi alvo de nenhuma insistência por parte dos agentes, mas ao ser abordado por um terceiro, mostrou voluntariamente e imediatamente intenção de conseguir a droga, com a promessa de obter lucro com esta atividade. Não ficou demonstrada instigação, fraude, engano ou astúcia por parte dos agentes da polícia.

Destarte, a decisão do TEDH de que houve violação do art. 6º, 1º, da Convenção revelou uma perspectiva rigorosa da noção de *fair balance*, do equilíbrio entre o interesse público da investigação e repressão e o direito dos acusados, acentuado por demais em desfavor e à custa das instâncias formais de controle de primeira linha. De certo modo, abalou também, decisivamente, a jurisprudência que o Tribunal Constitucional firmara nesta matéria¹²⁸.

3.3.5 A utilização uso de terceiros em ações encobertas.

A utilização de pessoas alheias ao quadros da polícia em **ações encobertas** desperta algumas críticas por parte da doutrina¹²⁹ e jurisprudência. Os terceiros são ,

¹²⁷ GASPAR, António Henriques, “TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (Caso Teixeira de Castro C. Portugal) Decisão de 09 de junho de 1998”, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, ano 10, 2000, pág.162.

¹²⁸ Idem, pág. 167.

¹²⁹ Conforme observa PEREIRA, Flávio Cardos, *Cit.*, pág. 358 “ *Para um mejor entendimiento sobre esta problemática, basta con fijarse en la dificultad que el Estado tendrá que enfrentar al elegir el agente para se infiltrar en la banda criminal, o sea, de encontrar una persona con vocación y disponibilidad para esta tarea de investigación, que esté debidamente formado incluso en técnicas y habilidades no comunes, y que presente una fuerte carga de voluntad e profesionalismo para conseguir laborar de forma satisfactoria, en*

segundo COSTA ANDRADE¹³⁰, os **homens de confiança** (*Gewähars* - ou *Vertrauens-Männer*), abrangendo todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade. Estão incluídos neste conceito apenas os particulares (pertencentes ou não ao mundo da criminalidade).

Não são muitos países que admitem um terceiro sob o controle da polícia, como atuante numa ação encoberta. A atuação numa ação encoberta não é tarefa para amadores. Os problemas que podem decorrer da atuação destes “terceiros” que são, de uma maneira geral, a falta de preparação para atuar neste tipo de operação, a ausência de compromisso com a polícia e a pouca confiabilidade em sua atuação e os aspectos éticos-jurídicos na atuação naqueles campos que são proibidos à polícia atuar. Analisemos cada um deles.

a) Falta de preparação para atuar

A preparação de um agente policial para atuar como infiltrado começa pela seleção do candidato e continua no treinamento, que deverá ser feito no âmbito físico, intelectual e moral. O Tribunal Constitucional já posicionou-se quanto à dificuldade de realização de uma **ação encoberta**, em especial os riscos que o agente corre ao atuar na infiltração¹³¹. A linha que separa uma atuação legal da ilegal é tênue. Um agente de polícia que atua como um infiltrado irá entrar em contato com situações onde a sua formação, profissional e pessoal, será posta a prova todo o tempo. O risco de alguma ilegalidade processual ou até mesmo material ser cometido, que poderiam determinar a nulidade de todas as provas colhidas seria aumentado¹³². O terceiro que age sobre o controle da polícia judiciária, normalmente tem sua origem no próprio meio criminal. Não é possível aferir aspectos de sua personalidade, tal qual é feito com os profissionais da polícia, relacionados à dimensão ética e de honestidade que se esperam de um agente do Estado. A preparação técnica para o “terceiro” não é prevista na lei, não se sabe até que nível ou profundidade das técnicas de infiltração este pessoa poderá vir a ter acesso.

orden a alcanzar las metas de la operación encubierta. Y por supuesto, estas virtudes que deberán ser buscadas en el infiltrado son incompatibles con la selección obligatoria del funcionario estatal; ONETO, Isabel, Cit., pág. 198, también pone en relevo a ausencia de definición na lei de quem pode ser “o terceiro agindo sobre controle da policia judiciária.

¹³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Cit.*, pág. 220.

¹³¹ Acórdão 578/94. Cfr. nota 92.

¹³² PEREIRA, Flávio Cardos, *Cit.*, pág. 497.

b) Inexistência de compromisso legal com a polícia

O segundo ponto, que é a inexistência de compromisso com a polícia, toca em especial o aspecto da motivação de um terceiro que se propõe a atuar como infiltrado. Por que se arriscar? Em troca de quê? Aqui suscitamos uma questão de índole ética que desagua na questão legal. Se o policial que irá atuar como um agente infiltrado deve ser orientado no que diz respeito ao limite de sua atuação, especificamente quais as ações que ele pode e quais ele não pode realizar, até para evitar que venha atuar equivocadamente como um agente provocador, como garantir que um terceiro não tenha motivos pessoais em incriminar alguém do meio criminal, onde, em muitas situações, deste *millie* é que são cooptados terceiros para agir como “infiltrado”? A realidade tem mostrado que muitos desses “terceiros” são escolhidos de dentro da massa criminal, que sob promessa de alguma vantagem por colaborar com a justiça, aceitam este trabalho¹³³.

c) Confiabilidade precária na atuação de terceiros

Abarcando todos os pontos aqui demonstrado, a confiança que o Estado e a sociedade depositam na árdua tarefa da persecução penal, não pode, em especial um método oculto de investigação, estar sob o “obrar” de terceiros alheios ao quadro profissional da polícia. Ao nosso ver, um terceiro poderia atuar como mero informante, mas não como um agente infiltrado no âmbito de uma **ação encoberta**. A indefinição da lei com respeito a figura do terceiro é ainda mais difícil de se aceitar, uma vez que, não há mecanismos legais que permita concretizar este tipo de negociação. Países que tem o processo penal com estrutura acusatória com o princípio da oportunidade, como os Estados Unidos da América, o recurso ao informador é previsto em lei. Fora estes casos, qualquer prática de negociação com o mundo da delinquência em troca de imunidades ou favores, violaria o princípio da legalidade¹³⁴.

O RJAE não definiu como poderia ser selecionado o *terceiro* que age sob o controle da PJ. Ao se silenciar como se daria qualquer tipo de negociação entre este “terceiro” e o Estado (*bargain*), a lei não dispôs os meios para o controle do judiciário e

¹³³ Existe uma “incontornável dificuldade de crédito a conceder a palavra de um homem, marcado já por ficha policial preenchida(...), que empenha os seus próprios recursos económicos em múltiplos telefonemas diários, ao longo de mais de um mês, para redes fixas ou móveis diferentes...Se desloca de C. a Lisboa pelos seus exclusivos meios, sem receber um só tostão ou qualquer favor em troca, apenas por entende se essa a obrigação de qualquer cidadão” in Revista *Sub Judice*, citado por ONETO, Isabel, *cit.* pág. 200.

¹³⁴ *Idem*, pág. 202.

também para uma correta supervisão da polícia. A ação encoberta, levada a cabo por um terceiro, tem resultado em lacunas que em algumas situações, acabam prejudicando o bom andamento da persecução penal, desaguando na seara das proibições de prova¹³⁵.

d) O uso de terceiros e as proibições de prova

O Estado e seus agentes estão obrigados a observar determinados princípios quando executam as atividades ligadas à persecução penal, tais como o princípio da legalidade, presunção de inocência, *nemo tenetur se ipsum accusare*, lealdade, o princípio da igualdade de armas e etc. Suas ações devem estar pautadas sempre por um princípio de legalidade e, em alguns casos, de uma legalidade estrita. Alguns autores alertam que pelo fato dos particulares não estarem obrigados a respeitar tais princípios, esses poderiam estar sendo utilizados para avançar em certas direções na investigação que para a polícia seria um tanto sensível (para não dizer ilegal mesmo). Na Alemanha, onde há um cuidado de o agente infiltrado não realizar conversas semelhantes a um interrogatório e nem de atuar sob o manto do engano além da *legend*, os investigadores privados, previsto no §96 da StPO não estão sob esta restrição, de forma que podem praticar estas condutas sem ofender a norma proibitiva.

Conforme apresentado, a doutrina critica este tipo de subterfúgio, o que pode ser entendido como uma inobservância aos princípios que regem o processo penal. De outro lado a polícia pode alegar que sem esses “terceiros”, ficaria muito difícil, ou até mesmo impossível aceder a certas informações de uma organização criminosa. Portanto, a utilização de um “terceiro” na atividade de infiltração estaria fora desse controle ao qual é submetido o agente infiltrado, enfraquecendo as garantias constitucionais dos investigados.

3.3.6 A responsabilidade penal do agente encoberto

O RJAÉ isenta o agente encoberto de responsabilidade penal por actos preparatórios ou de execução de uma infração penal em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria imediata¹³⁶. Conforme já ressaltado no

¹³⁵ Em Portugal, Cfr. ONETO, *Cit.*, pág. 198. Na Alemanha, o caso Sedlmayer, Cfr. BRAUM, Stefan, “La Investigación Encubierta como Característica del Proceso Penal Autoritario” *in* La Insostenible Situación Del Derecho Penal, Granada, 2000, pág. 3 e 4.

¹³⁶ art. 6, I da lei nº 101/2001.

presente trabalho¹³⁷, a questão da responsabilidade penal do agente que atue numa acção encoberta, que eventualmente pratique crimes, apresenta alguns pontos de tensão do ponto de vista político criminal e legal.

A não responsabilização do agente encoberto por atos preparatórios, não apresenta nenhuma novidade face a previsão do art. 21º do CP, que já tratava da não punibilidade de atos preparatórios, salvo previsões da lei em contrário, como é o caso da Lei de Combate ao Terrorismo, lei nº 52/2003 de 22 de agosto, que revogou os artigos 300º (organizações terroristas) e 301º (terrorismo) do Código Penal. O nº 4, do artigo 2º desta lei determina que “quem praticar actos preparatórios de constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”. Caso o agente encoberto atue junto a uma organização terrorista, o simples ato preparatório de constituição de grupo, resultará em responsabilidade penal em desfavor do agente encoberto¹³⁸. Excetuando a autoria mediata e a instigação, temos como formas de participação a co-autoria e a cumplicidade. O RJAÉ não isenta a responsabilidade penal o agente encoberto que age como autor mediato ou como instigador.

A autoria mediata está prevista no art. 26º do Código Penal, sendo que será considerado punível “quem executar o facto...por intermédio de outrem”. É o caso onde o chamado *homem-de-trás*, atuando como o verdadeiro autor, utiliza-se de *homem-da-frente*, como executor, intermediário ou “instrumento” na prática de um crime. O princípio do domínio do fato, quando aplicado a autoria mediata, exige que todo o acontecimento (o facto, nos termos do art. 26º) seja obra do *homem-de-trás*, em especial, da sua vontade responsável, só nesta acepção se poderá qualificar o *homem-da-frente* como instrumento. Todos os pressupostos de punibilidade estão presentes na pessoa do *homem-de-trás*¹³⁹.

A Instigação está prevista no art. 26º do Código Penal, 4ª alternativa. Ela considera punível como autor “ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto,

¹³⁷ Conferir o nº 2.6 da presente estudo.

¹³⁸ Por conseguinte é aqui derogada a regra geral de impunibilidade dos actos preparatórios (art. 21º do Código Penal), que constitui corolário do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança (art. 18º, nº 2 da Constituição. O crime de “organizações terroristas”, é um crime de perigo abstracto, cuja consumação dispensa a verificação, em concreto, de um evento perigoso. O legislador presume, inilidivelmente, que as condutas de promoção, fundação, adesão ou paio ao agrupamento são perigosas. Para a punição do agente não se requer, além disso, a prática de crimes concretos. Cfr. PEREIRA, Rui, “O desafio do terrorismo: A resposta penal e o sistema de informações”, Lusíada - Revista de Ciência e Cultura, Coimbra editora, 2002, pág. 314 e 315.

¹³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal - Questões Fundamentais - a Doutrina Geral do Crime”: Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2012, pág. 775.

desde que haja execução ou começo de execução”. O agente encoberto que age como instigador torna-se o que a doutrina denomina de um agente provocador. Este, na acepção da norma do art. 26º do CP, seria unicamente quem produz ou cria de forma cabal, no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico¹⁴⁰. O agente provocador é figura proibida como meio de prova, o que remete para esta categoria, de meios proibidos de prova, por questões ético-jurídicas, conforme já referido.

A co-autoria, nos termos da 3ª alternativa do artigo 26º, 1 do Código Penal, determina que “é punido como autor quem tomar parte direta na execução do facto, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros”. Segundo FIGUEIREDO DIAS¹⁴¹ reside na decisão conjunta a componente subjetiva na atuação de cada co-autor. Deste modo, a atuação de cada co-autor, no papel que lhe é destinado, apresenta-se como momento essencial da execução do plano comum, ou, noutras palavras, constitui a realização da tarefa que lhe cabe na “divisão de trabalho” que representa mesmo a essência desta forma de autoria. Ainda, segundo o art. 26º do CP, cada co-autor é punido na moldura penal prevista para o fato decidido e executado conjuntamente, o que não significa, no entanto, que na determinação da pena cabida ao singular co-autor não possam intervir circunstâncias que individualizem a punição face à do (s) outro (s) co-autor (es), conforme preceitua o art. 29º, que prevê que cada um dos co-autores terá sua pena aplicada na medida de sua culpabilidade¹⁴².

Ainda para ilustrar, FIGUEIREDO DIAS, utilizando-se de um exemplo clássico de JESCHECK, afirma que se a ação é fruto de uma decisão conjunta, num assalto a um banco A fica ao volante do automóvel para permitir a fuga, B desliga o alarme, C, armado, assegura a saída, D, ameaça os clientes e os empregados com uma outra arma, enquanto E esvazia as caixas e os cofres. Elementos típicos do roubo são preenchidos apenas por D e E. Entretanto todos são co-autores mesmo que nenhum deles tenha de preencher na própria pessoa a totalidade dos elementos típicos¹⁴³. A cumplicidade ou participação não abrange condutas que possam ser consideradas autor, porque não comete por qualquer forma o

¹⁴⁰DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.*,pág. 799.

¹⁴¹DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.*,pág. 792 e ss.

¹⁴²DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.*, pág. 797.

¹⁴³DIAS, Jorge de Figueiredo, pág. 825 e ss; O exemplo de Jescheck bem ilustra uma situação que, teoricamente, poderá ser uma das prováveis realidades em que um agente infiltrado venha se deparar por ocasião de sua infiltração numa organização criminosa.

delito, não pratica a ação típica e o seu comportamento não está, conseqüentemente previsto na Parte Especial Do Código Penal. O art. 27º do Código Penal, ao prever a punição na cumplicidade, alargou ou estendeu a punibilidade a formas de comportamento que, sem ele, não seriam puníveis. Na lei portuguesa a única forma de participação é a cumplicidade. O que a ação do cúmplice viola não é a proibição do comportamento autor, mas a de prestar auxílio material ou moral àquele comportamento proibido, nos termos do art. 27º, se apresentado portanto como uma categoria dependente e acessória do fato do autor¹⁴⁴.

O agente encoberto, agindo como co-autor de um ilícito penal no âmbito de atividades criminosas desenvolvidas por organização que a esta atividade se dedica, deve sempre se guiar pelo princípio da proporcionalidade de forma que suas ações não sejam desproporcionais à finalidade da investigação. A sua atuação deve ser na estrita medida para poder ganhar a confiança dos demais membros da organização criminosa com vistas a descobrir os autores, adentrar nas “entranhas” da organização, com o objetivo de identificar seus membros e recolher provas de suas atividades ilícitas. Neste sentido, qualquer atividade que o agente encoberto vier a se deparar que seja desproporcional a estes objetivos e possam vir a colocar em risco bem jurídicos mais importantes que aqueles visados pela Ação Encoberta, não devem ser realizados. Assim, alguns autores¹⁴⁵ relatam a importância da supervisão da operação de infiltração realizada por uma equipe de apoio formada por outros agentes de polícia, que terá como função supervisionar e apoiar o agente encoberto ao longo da investigação. Dessa forma também se buscará evitar desvios de condutas, ilegalidades na atuação do agente infiltrado além de servir também como apoio imediato ao agente encoberto em caso de perigo iminente de sua vida, onde poderá ser desencadeada uma ação de extração desse agente do seio da organização criminosa, como meio de deter a ameaça ou até de evitar o cometimento de conduta desproporcional pelo agente encoberto¹⁴⁶.

Eventual prática de ilícito típico pelo agente encoberto, diverso da autoria imediata e da instigação, sendo observando o princípio da proporcionalidade, é entendida, por parte da doutrina, como abrangida pela excludente de ilicitude do art. 31º, c) *cumprimento de um*

¹⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.*, pág. 825 e ss.

¹⁴⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso, *cit.*, pág. 504.

¹⁴⁶ CARDOSO, Flávio Pereira *in El Agent Encubierto*, pág. 506, cita o exemplo de alguns países que criaram as unidades especiais de agentes encobertos.

dever imposto por lei ou por ordem legítima de autoridade, do Código Penal¹⁴⁷. Na esteira ainda de Figueiredo Dias, no seio de um Estado de Direito Democrático, a relação entre os que exercem poderes estaduais e os simples cidadãos não confere àqueles um poder geral de intervenção na esfera jurídica destes e, por conseguinte, no círculo de seus bens jurídicos. No entanto, por mais que as concepções tenham evoluído no sentido desta proposição geral negativa, nomeadamente no que refere à evolução das concepções relativas ao poder de soberania e às condições do seu exercício, a verdade é que ao titular de um poder oficial são concedidos concretos direitos de intervenção cujo exercício, numa relação igualitária, seria ilícito, mas que no caso, representam o exercício de um direito (art. 31º, 2/b) ou no cumprimento de um dever (art. 31º, 2/c), e cujos fatos deste exercício resultantes, apesar de formalmente típicos, se encontram, nesta precisa medida justificados¹⁴⁸. Decerto que as situações são variadas e multifacetadas onde a atuação do agente encoberto poderá ser objeto de excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade ou outra causa de justificação. Cada situação deverá ser analisada em suas particularidades para então concluir se há ou não alguma causa de justificação. Havendo excesso ou uma atuação diversa da permitida por lei, bem como algum desvio de conduta por parte do agente encoberto, este poderá responder perante a justiça pelos seus atos, bem como as provas derivadas de alguma situação irregular, não se prestarem para fins processuais.

3.4 Comparando os ordenamentos jurídicos apresentados

Conforme foi apresentado no presente capítulo, os três ordenamentos estudados, alemão, brasileiro e português apresentam uma legislação relativamente recente prevendo a utilização do agente infiltrado na investigação de determinados crimes. É possível então destacar algumas características, que podem ser denominadas de pontos fortes e pontos fracos de cada legislação estudada. A legislação alemã adota um critério de subsidiariedade para a utilização do agente infiltrado, que pode ser resumido no âmbito de crimes graves e que não podem ser realizados por outros meios de esclarecimento. A lei brasileira condiciona o emprego do agente infiltrado no âmbito de criminalidade organizada, estando também esgotados outros meios de investigação. No caso de Portugal, optou-se por um

¹⁴⁷ Gonçalves *et al*, *cit.*, pág. 267; Meireis, Manel Augusto Alves, *cit.*, pág. 168 e Oneto, Isabel, *cit.*, pág.158.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.*, pág. 494.

catálogo de crimes onde pode ser empregado o agente infiltrado, tomando como critério de subsidiariedade a proporcionalidade de quão grave seja o crime em investigação.

Com relação a autorização para a utilização do agente infiltrado, há expressa previsão que esta deverá ser realizada por um juiz, no caso da lei brasileira¹⁴⁹, ou somente pelo Ministério Público. No caso da lei alemã e da portuguesa o Ministério Público é competente para autorizar a utilização do agente infiltrado¹⁵⁰¹⁵¹.

Pode-se questionar se Ministério Público, como órgão titular da ação penal e com poderes de autorizar o emprego do agente infiltrado, não estaria adentrando a área afeta à reserva de juiz. Acreditamos que, por ser tratar de método oculto de investigação que, conforme já dito, afeta, dentro de um limite orientado pelo critério de proporcionalidade, direitos e garantias, a autorização deveria estar a cargo exclusivamente do juiz¹⁵². Apesar da previsão contida no número 3, art. 3º da lei nº 101/2001, de que a decisão do Ministério Público de Portugal no sentido de autorizar a Acção Encoberta é informada ao juiz e este pode oferecer despacho de recusa em até 72 horas, entendemos que a lei concede ao MP poderes que são exclusivos de um juiz, conforme dicção do nº 4, art. 32º da Constituição da República Portuguesa.

O projeto de lei nº 79/III, que deu origem à lei 101/2001, previa no nº 3, art. 3 que “a realização de uma acção encoberta depende de prévia autorização da autoridade judiciária titular da direcção do processo, a proferi no prazo máximo de 5 dias e a conceder por período determinado”. Na discussão levada a cabo na Assembléia da República a intervenção do deputado Marques Mendes, que questionou que “sendo o ministério

¹⁴⁹ art. 10, da lei nº 12.850 de 02 de agosto 2013. “art. 10 A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação... será precedida de circunstanciada, motiva e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”.

¹⁵⁰ § 110 a (1) e (2) da StPO e art. 3º, nº (s) 2, 3, e 4 da lei 101/2001 de 25 de agosto.

¹⁵¹ El Ministerio Fiscal, la Fiscalía, es una autoridad de la Administración de Justicia, una autoridad autónoma dentro de la misma. No es autoridad judicial porque el ejercicio de la función jurisdiccional no le viene reconocido por el art. 92 de la Constitución alemana o GG, por la sujeción jerárquica a las disposiciones del superior, y por la falta del efecto de cosa juzgada en sus resoluciones. Pero tampoco es una autoridad administrativa pura, porque su actividad no se deriva de las exigencias de la Administración, no está orientada hacia las mismas, sino hacia la Verdad y Justicia. Cfr. COLOMER, Juan-Luis Gomez, “Sobre El Ministerio Público Alemán” pág. 784, disponível em www.aidpespana.uclm.es, acesso em abril de 2015.

¹⁵² Contudo, no decurso da investigação criminal, o juiz deverá intervir para autorizar ou conduzir actos que ponham em causa direitos, liberdades ou a intimidade do cidadão. Analisando estes três grupos de sistemas (sistema anglo-saxónico, modelo de inquirição de índole socialista e o francês) poder-se-á concluir que às polícias cabe um papel crucial na fase preparatória do processo, porque se trata de investigar, tarefa das polícias que deverá ser fiscalizada, coordenadas e orientadas por uma entidade diferente, o Ministério Público, e por um **juiz de instrução** que deverá fiscalizar e autorizar actos que colidam com direitos, liberdades e garantias do suspeito. Cfr. GONÇALVES, Fernando *et al*, *cit.*, pág. 45 e 48.

público quem coordena estas acções de prevenção, o cidadão pode não ficar a descoberto da possibilidade de haver uma qualquer intenção de colocar o agente encoberto para instigar, de certa forma, comportamentos menos adequados da parte do cidadão e depois esses cidadãos virem a ser por essa investigação acusados”, e que normas que tem a ver com factos suscetíveis de violar direitos e garantias dos cidadãos, devem sempre ser caucionadas pela autoridade judicial e não apenas pela autoridade judiciária¹⁵³.

Originariamente concebido como um órgão de ligação entre o poder judicial e o poder político, o Ministério Público é, nos termos Constitucionais, um órgão do poder judicial. A função do magistrado do Ministério Público é, porém, diferente do juiz: este aplica e concretiza, através da extrinsecação de normas de decisão, o direito objetivo a um caso concreto (*jurisdictio*);aquele colabora no exercício do poder jurisdicional, sobretudo através da acção penal e da iniciativa de defesa da legalidade democrática¹⁵⁴.

No caso da lei alemã, o MP autoriza o emprego do agente infiltrado, sem haver necessidade de submeter ao controle judicial, exceto quando o agente infiltrado precise, no curso da investigação, adentrar a residência de investigados não acessíveis pelo consentimento do investigado ou com o uso de sua *legend*. A lei alemã restringe de forma substancial o âmbito de atuação do agente infiltrado, pelo que se pode afirmar que a realização da atividade de investigação pelo agente infiltrado é bastante restrita no que concerne ao âmbito de atividades que podem por ele ser desenvolvidas, além das dificuldades próprias encontradas ao se infiltrar numa gangue ou grupo que pratique os crimes que admitem a atuação do agente infiltrado.

Quanto à utilização de terceiros sob controle da polícia nas operações de infiltração, a legislação brasileira não prevê este tipo de atuação, diferentemente da lei alemã (utilização dos V-Mann) e portuguesa que a admitem (§art.3º, lei 101/2001, de 25 de agosto). Além das observações feitas no tópico 4.3.5 , um dos motivos que justificariam a utilização de terceiros nas operações de infiltração está no fato de que algumas vedações legais que incidem sobre os agentes policiaes, não recairiam sobre estes terceiros¹⁵⁵.

¹⁵³GONÇALVES, Fernando;ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel M. G “O novo regime jurídico do agente infiltrado”:Coimbra, Almedina, 2001, pág. 86 e 87.

¹⁵⁴CANOTILHO, J.J. Gomes, *cit.*, pág. 684.

¹⁵⁵ Um exemplo seria o princípio *nemo tenetur* que, no caso de particulares atuarem, não haveria coerção do Estado “no cotemplando la auto incriminación motivada por el Estado (error). Cfr. AMBOS, Kai, *La Prohibiciones...*”pág.40.

Avançando na análise comparativa, quanto à utilização de agentes infiltrados, em fases preventivas, marca uma diferença nas legislações estudadas. No âmbito da lei brasileira, será autorizado o uso do agente infiltrado somente em casos de crimes que se subsumem à classificação de crime organizado, já esgotados os métodos ou meios tradicionais de investigação. O que justifica a restrição que será feita a alguns direitos fundamentais, ou seja, o agente infiltrado somente atuará em sede de investigação criminal em andamento, portanto, repressivamente. Entretanto, a lei alemã permite o uso de agente infiltrado, mesmo sem autorização do órgão fiscal por perigo da demora da autorização, no prazo de até três dias, fato que poderá ensejar a investigação de pessoas que não se enquadrem na previsão do §110a. A lei portuguesa nº 101/2001 permite o uso de agente infiltrado em ações repressiva e preventivas (art. 1º, 1)¹⁵⁶.

Com respeito a responsabilidade criminal do agente infiltrado em eventuais atos antijurídicos cometidos do curso da atuação, a lei alemã proíbe a prática de crime pelo agente infiltrado, mas caso haja, poderia haver causa de justificação pelo §34 - Estado de necessidade justificante, do Código de Penal (*StGB - Strafgesetzbuch*) ou pelo §35 - Estado de necessidade desculpante, do mesmo diploma legal. Não é pacífico na doutrina este entendimento, pelo que a ação do agente infiltrado na Alemanha é bem restrita quanto ao âmbito de ação numa operação de infiltração. A lei brasileira (art. 13, parágrafo único) optou por, em caso de haver ação antijurídica por parte do agente infiltrado - o que deve ser exceção, enquadrar nos casos de inexigibilidade de conduta diversa, excluindo assim a culpabilidade. A lei portuguesa, por sua vez, isente o agente encoberto da prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação, diversa da instigação ou da autoria imediata, desde que proporcional com a finalidade (art. 6º).

¹⁵⁶ La presunción de inocencia, fruto del principio del Estado de Derecho, se pervierte. BRAUM, Stefan, *cit.*, pág. 12; Manuel da Costa Andrade também entende que poderá haver emprego dos homens de confiança em finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas, “Sobre as proibições de prova em processo penal, pág. 232.

PARTE III

4. As características peculiares do agente infiltrado em face do Estado de Direito Democrático

4.1 Dignidade da pessoa humana

Embora presente no texto da lei fundamental dos três ordenamento jurídicos estudados na presente dissertação (alemã, brasileira e portuguesa), a inserção da dignidade da pessoa humana no direito constitucional positivo é um fenômeno bastante recente. Segundo Jorge Miranda¹⁵⁷, não existe, na perspectiva da evolução histórica, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Na definição do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, existe um consenso da sua vinculação com os direitos humanos e fundamentais. A dificuldade na definição da dignidade da pessoa humana está na perspectiva pela qual ela passou, habitualmente a ser definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal. Essa definição, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa. Nesse contexto, SARLET¹⁵⁸ costuma apontar para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedade democráticas contemporâneas, razão pela qual há que reconhecer que se tratar de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

Embora seja elementar que o reconhecimento de uma dignidade à pessoa humana (ao humano) não se processa apenas na esfera do direito e na medida em que pelo direito é reconhecida, também se revela evidente que o direito exerce um papel crucial na sua proteção e promoção. Tal premissa é particularmente cara ao domínio do direito penal,

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”:Coimbra, Coimbra editora, 9ª ed., 2011, pág. 194 e ss.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, “Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil”: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 21, nº102, 2013, pág. 16 e ss.

pois implica, em linhas gerais, que mesmo que alguém pratique crimes que possam ser qualificados como cruéis e desumanos, segue sendo pessoa e segue sendo titular de uma dignidade, sujeito, portanto, de um direito a não ser ele próprio tratado de forma indigna¹⁵⁹.

Numa acepção moral e jurídica da dignidade da pessoa humana¹⁶⁰, esta encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que sua intangibilidade resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, razão pela qual apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade. Assim, a dignidade deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da cumanidade de cada indivíduo. A dignidade da pessoa humana, em diversas situações no campo do direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas, como é o caso, por exemplo, da proibição da tortura, presente nas Constituição Brasileira de 1988(No título dos Princípios Fundamentais) e na Constituição Portuguesa (art. 32º).

Além dos próprios direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem em grande parte seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa humana podem, e até mesmo, devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental a dignidade, conforme lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser negada a qualquer ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que da dignidade decorre¹⁶¹.

¹⁵⁹ Idem, pág. 20.

¹⁶⁰ Está é a posição apresentada por Jürgen Habermas em *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberal EugeniK ?* pag. 62 e ss. (*O futuro da natureza humana . Rumo a uma eugenia liberal ?*) APUD SARLET, Ingo Wolfgang, *cit.*, pág. 21.

¹⁶¹ Nesse sentido quando se fala em um direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, *cit.*, pág. 25 e 26.

Sempre que a violação de um direito (seja ele expresso, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais já apresentadas, se estará em face de um direito fundamental. A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos fundamentais) quanto como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando como limite para a intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito de proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do Estado e/ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (não apenas físicas) básicas.

A dignidade então atua como um fundamento para a restrição bem como um limite impeditivo de tais restrições. Indagações de até que ponto é possível tolerar (do ponto de vista jurídico-constitucional) algumas medidas que envolvem a coleta e aproveitamento de provas invasivas da privacidade, a utilização de métodos mais rigorosos e mesmo interventivos na integridade física e psíquica para a ação preventiva da polícia em face de grave ameaça a outros bens fundamentais, são apenas uma pálida amostra das discussões travadas na doutrina e jurisprudência¹⁶².

Mesmo estando previstos na Constituição, os direitos e garantias individuais são passíveis de restrição. A restrição dos direitos, liberdades e garantias só pode ser realizada através da lei. No caso português, o art. 18º, 2 da CRP, conjugando com outros preceitos da Constituição (art. 162º, 2; 164º e 165º), a exigência da forma da lei para restrição de direitos, liberdades e garantias tem um alcance constitucional bem definido. Esta lei deve ser geral e abstrata, ou seja, deve se dirigir a um número indeterminado de pessoas ou regular um número indeterminado de casos. Com base no princípio da proibição de excesso, qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei deve ser adequada

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang, *cit.*, pág. 35 e ss.

(apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência de adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução do fins a que se destina. A necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdade e garantias não necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou pela lei. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (princípio da justa medida) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades ou garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos¹⁶³.

4.2 Princípios de direito que são restringidos pela utilização do agente infiltrado como método (oculto) de investigação

A fim de se compreender melhor o âmbito ou a dimensão de direitos e/ou garantias fundamentais que são atingidos, ou melhor, restringidos pela ação do agente infiltrado, a presunção de inocência, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, juntamente com os direitos à intimidade e a privacidade serão a seguir objeto de análise, tomando-se como ponto de partida o contexto histórico em que foram desenvolvidos. Tal análise objetiva entender se a restrição a estas garantias podem ser compreendidas por intermédios da respostas a duas perguntas: Como e por quê estes princípios e garantias surgiram no direito penal moderno?

4.2.1. Princípio de presunção de inocência

O direito processual penal é, por excelência, o direito dos inocentes¹⁶⁴. Depois da segunda guerra mundial, produziu-se na Europa a constitucionalização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana e a tutela das garantias mínimas que devem permear todo o processo judicial. Com origem que remonta ao direito romano, a presunção de inocência foi um dos atributos construídos pela Revolução Francesa, o qual não se admite que se presuma a culpa do acusado sem que exista um regular e justo processo de acordo com a regras processuais em vigor¹⁶⁵.

¹⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *cit.* pág. 454-457.

¹⁶⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Escuta telefônica - Da excepcionalidade a Vulgaridade”: Almedina editora, Coimbra, 2009, pág.37.

¹⁶⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso, “El agente encubierto com médio extraordinário de investigación”: Bogotá, IBAÑEZ, 2013, pág. 403-404.

Também no século XVIII, Beccaria¹⁶⁶ afirmava que um homem não poderia ser considerado culpado antes da sentença do juiz e a sociedade só poderia tirar a proteção pública depois que fosse decidido que ele havia violado as condições sem as quais essa proteção lhe fora concedida.

O princípio da presunção de inocência serve como um verdadeiro anteparo para a tentação de um processo penal “eficaz” caracterizado por um elevado índice de condenação. A tentação de enfraquecer este princípio aparece como uma opção atrativa, e a presunção de inocência se apresenta como um obstáculo a essa tentação¹⁶⁷. A presunção de inocência é qualificada também como um estado jurídico, um direito fundamental reconhecido constitucionalmente, além de previsto no Pacto Internacional de Direito Cívico e Político (1966), Convenção Americana de Direitos humanos (1969), Convenção Europeia de Direitos Humanos (1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

A evolução deste princípio pode ser constatada pelo reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão em face do dever estatal de exercício da pretensão punitiva, quando um cidadão for infrator de conduta tipificada como crime. Desde então, sempre foi necessário que fossem tomadas precauções para proteger a figura do cidadão, inocente de investigações e condenações injustas, levando-se em consideração a possibilidade do erro, os princípios humanistas de presunção da inocência e o *in dubio pro reo* são tomados como ditames de um procedimento penal orientado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹⁶⁸.

Segundo CASTANHEIRA NEVES¹⁶⁹, a presunção de inocência tem uma ligação direta com o preceito do “*due process of law*”, que assenta no reconhecimento dos princípios do direito material como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia. Enquanto presunção de não culpabilidade e enquanto instrumento do exercício

¹⁶⁶ BECCARIA, Cesare, “Dos Delitos e das Penas”: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2011, pág. 42.

¹⁶⁷ Reflete-se aqui o pensamento de Sanches Crespo - *La justicia en la Constitución Europea - Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* e Soto Niete, *Ética profesional y su proyección en la prueba penal*, Apud PEREIRA, Flávio Cardoso, *Op. Cit.*, pág. 406.

¹⁶⁸ BENTO, Ricardo Alves, “*Presunção de Inocência no Processo Penal*”: São Paulo, Editora Quartier, 2007, pág. 18 e ss.

¹⁶⁹ NEVES, Castanheira, “*Sumários de Processo Criminal*”: Coimbra: , 1968.

da pretensão punitiva estatal, esses dois princípios devem ser identificados como um corolário direto do devido processo legal, para que se discuta a culpabilidade, dentre o exercício das garantias da ampla defesa, do contraditório e da proibição de utilização de provas ilícitas.

Na Constituição Brasileira de 1988, a presunção de inocência está materializada no art. 5º, inciso LVII, onde estão elencados os direitos e garantias dos cidadãos brasileiros. Esta previsão constitucional traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação. Constitui-se informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana. No dispositivo constitucional, a presunção de inocência não está descrita de forma expressa, demonstrando um lacuna quanto à verdadeira amplitude da presunção de inocência, filiando-se aos padrões estabelecidos na Constituição Italiana, que não menciona a presunção de inocência e necessidade de celeridade dos procedimentos criminais¹⁷⁰.

Na Constituição Alemã, logo no artigo 1º está previsto que a dignidade humana é inviolável, que deve ser preservada e respeitada contra qualquer obrigação de autoridades estatais e ainda que o povo alemão reconhece a inalienabilidade dos direitos humanos básicos de qualquer comunidade humana, baseada na paz e na justiça. Não há portanto uma previsão expressa do princípio da presunção de inocência, mas somente juízes de direito têm atribuição de decisão sobre a admissibilidade ou não da privação do cidadão e impossibilidade da autoridade policial deter, sob a sua autoridade, alguém por mais de um dia depois de sua primeira detenção, conforme art. 104 da *Grundgesetz*, devendo o preso ser apresentado ao juiz no máximo um dia depois de sua detenção para que este analise os fundamentos e pressupostos daquela prisão. Já na lei processual alemã, StPO, a presunção de inocência é observada ao se determinar a custódia do cidadão, de forma fundamentada, discorrendo sobre os requisitos desta medida cautelar. O § 112º exige, além da fundada suspeita do cometimento do crime, o perigo de fuga, perigo de ocultação das provas, o prejuízo ao processo e a gravidade do crime. O §121 da StPO, impõe o limite de até 6

¹⁷⁰BENTO, Ricardo Alves, *cit.*, pág. 76 e ss e pág.120 e ss.

meses para a prisão provisória disciplinando as hipóteses de renovação desse prazo, demonstrando uma cautela necessária em face da dignidade da pessoa humana¹⁷¹.

Entretanto, na Constituição Portuguesa de 1976, o princípio da presunção de inocência foi elevado à categoria de direito constitucional, acrescentando que somente se atingirá esta presunção de inocência, se o cidadão for julgado em um processo criminal, dentro de um prazo célere e compatível com o exercício pleno da sua defesa, apto a contraditar todos os pontos da acusação. Esta previsão do princípio da presunção de inocência foi materializada no art. 32º, nº 2 da CRP. A previsão expressa da celeridade do processo penal já no texto constitucional é considerado um avanço em relação às constituições alemã e brasileira. No Código de Processo Penal Português estão presentes as garantias que visam preservar a presunção de inocência do arguido, especialmente as medidas alternativas à prisão cautelar, enquanto privações provisórias de liberdade do cidadão (art. 197º - 201º). Também estão previstos os limites da prisão cautelar (art. 202º), que é de 3 meses, sendo que depois de findo o prazo o juiz tem de reavaliar a necessidade de manutenção da prisão preventiva. O art. 201º autoriza a utilização de meios técnicos de controle a distância, como as pulseiras eletrônicas. A prisão preventiva extingue-se (art. 215º), se em quatro meses não for deduzida a acusação (a); oito meses se não houver decisão instrutória (b); um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1º instância, e um ano e seis meses sem que tenha havido condenação de trânsito em julgado¹⁷².

Entretanto, como acontece a todo princípio, a presunção de inocência possui seus limites impostos pelo princípio *pro civitate*, na medida em que o princípio da presunção de inocência impõe limites a ação persecutória estatal o princípio *pro civitate* impõe limites a mesma presunção de inocência para a adequada, justa e equilibrada eficácia processual¹⁷³.

¹⁷¹ BENTO, Ricardo Alves, *cit.*, pág. 78 e ss e pág. 135 e ss.

¹⁷² BENTO, Ricardo Alves, *cit.*, pág. 59 e ss e pág. 93 e ss.

¹⁷³ A aplicação do princípio *pro civitate* ocorre na estrita medida em meios normais e comuns de investigação não são suficientes para a adequada persecução penal, como é o caso do emprego de agente infiltrado, como medida extraordinária de investigação. Daí que se impõe os requisitos de ser empregado este meio somente para tipos específicos de crimes, como o crime organizado - nomeadamente o narcotráfico e branqueamento de capitais. Cfr. PEREIRA, Flávio Cardoso, *Cit.*, pág. 413.

4.2.2 Direitos de não produzir prova contra si mesmo - Nemo Tenetur se Ipsum Acusare

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*¹⁷⁴ apresenta importante dimensão no processo penal uma vez que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Em respeito a sua dignidade, as provas devem ser colhidas sem a obrigação de sua cooperação. A manifestação mais tradicional do presente princípio é o direito ao silêncio, que só teve lugar no modelo acusatório. A sua afirmação como princípio de direito processual se deu no período do iluminismo, período no qual os iluministas combateram o emprego da tortura¹⁷⁵ e o juramento imposto aos acusados. Nesta época, que foi marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais, que nos dias de hoje parecem tão sedimentadas, o princípio *nemo tenetur se detegere* apresentou-se como garantia do acusado no interrogatório. Beccaria, na clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, afirmou que há contradição entre a lei e os sentimentos naturais no juramento de dizer a verdade imposto ao acusado. O acusado começava a ser visto como parte no processo, e não mais como um objeto. Até este período de transição e afirmação do *nemo tenetur se detegere*, o processo com características inquisitórias proibia o silêncio do acusado e era permitido o uso da tortura como meio de se obter a confissão¹⁷⁶.

Importante notar que o princípio foi se firmando como direito do cidadão diante do poder estatal, limitando a atividade do Estado na busca da verdade no processo penal e, sobretudo, como medida de respeito a dignidade. O atual estudo do tema desvenda duas vertentes no processo penal: de um lado, uma vertente garantística, que reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere* a suas várias repercussões no interrogatório e nas

¹⁷⁴ Literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir. O princípio é expresso também por outras máximas latinas: *nemo tenetur edere contra se*; *nemo tenetur se accusare*; *nemo tenetur se ipsum prodere*; *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*. No direito anglo-americano recente, o princípio é expresso pelo *privilege against self-incrimination*.

¹⁷⁵ Segundo a definição contida no art. 1º CCT - Convenção Contra a Tortura (ONU), consiste em tortura “todo ato em que se inflige intencionalmente a uma pessoa, dores ou sofrimentos graves, que sejam físicos ou mentais, com o objetivo de obter dela ou de um terceiro informação ou uma confissão, de castigá-la por uma ato que tenha cometido, ou que se suspeite que tenha cometido, ou de intimidar ou coagir esta pessoa ou a outras, ou por qualquer razão baseada em qualquer tipo de discriminação, quando tais dores sejam infligidas por ação de um funcionário público ou outra pessoa em exercício de função pública, a instigação surja, com seu consentimento ou aquiescência”. Cfr. AMBOS, Kay, “*Terrorismo, tortura y derecho penal*”: Barcelona, Atelier Libros jurídicos, 2009, pág. 26, nota 19.

¹⁷⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth “*O direito de não produzir provas contra si mesmo - o nemo tenetur se detegere*”: São Paulo, editora Saraiva, 2012, pág. 25 e ss.

provas que dependem da colaboração do acusado. De outro, a vertente que se inclina pelo recrudescimento da persecução penal, com a mitigação dos direitos e garantias individuais. Neste vertente, o direito ao silêncio sofre diversas restrições. A colaboração do acusado na produção na produção das provas passa a ser exigida ou, quando menos, sensivelmente estimulada.

Na Inglaterra o princípio *nemo tenetur se detegere* foi se desenvolvendo nos processos que corriam nas cortes eclesiásticas. Os advogados ingleses opunham-se aos juramentos prestado pelos acusados, ressaltando que estes juramentos poderiam conduzir ao perjúrio. Sustentavam que a tentação de mentir submetia os acusados a um cruel dilema: cometer o perjúrio ou revelar informações contra si mesmo. A igreja inglesa, por meio *Court of High Comission*, tinha o poder para prender e punir corporalmente. Todavia, a oposição contra a jurisdição da igreja explodiu com a Reforma. As pessoas, citadas para responder a processo perante as cortes eclesiásticas, adotavam duas técnicas: recusar-se a submeter-se a juramento *ex officio* e utilizar o *writ* de proibição e o *habeas corpus*, socorrendo-se das cortes da *common law*¹⁷⁷.

Helmholz, aponta as origens do *privilege against self-incrimination*, no final do século XVIII, como resultado do trabalho dos advogados de defesa¹⁷⁸. Nas cortes de *common law*, o acusado era praticamente obrigado a falar em sua defesa, devido ao fato de que no século XVI, praticamente não havia advogados atuando em sua defesa. A vedação de constituir advogado foi cedendo de 1696 até 1837, aproximadamente, mas até 1780 as defesas com advogado eram quantitativamente insignificantes. Do século XVI até finais do século XVIII, para a maioria dos acusados, defender-se significava responder, pessoalmente, a todos os termos da acusação. Devido à utilização da pena de morte, o acusado tinha que ganhar a simpatia do júri. Calar-se era praticamente um suicídio. No início do século XIX, o processo criminal passou por transformações significativas, não somente com a admissão mais frequente do uso do advogado, mas também com a adoção do *standard* da duvida razoável da prova (insuficiência probatória), da presunção de inocência e o desenvolvimento das regras de exclusão de provas¹⁷⁹.

¹⁷⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth, *cit.*, pág.38.

¹⁷⁸ HELMHOLZ, R. H. *et al*, “*The privilege against self:its origins and developmept*”: pág. 50 *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth “O direito....”, pág. 39.

¹⁷⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth, *Cit.*, pág. 41 a 42.

No século XIX, o *privilege against self-incrimination* tornou-se efetivo, como direito ao silêncio de acusados e testemunhas, a partir de duas outras regras: o *witnees privilege* e a *confession rule*. Além delas, outra regra era utilizada, mas com escopo diferente do *privilege*: A *desqualification for interest*. A rigor, o *privilege against self-incrimination* desenvolveu-se completamente graças a extensão analógica do *witness privilege*

Nos EUA¹⁸⁰ o direito a *privilege against self incrimination* materializados em várias leis daquela época, foi se consolidando lentamente nos séculos XVII e XVIII. O processo de consolidação do direito de não produzir provas contra si mesmo está ligado fortemente ao processo de independência. O *privilege against self-incrimination* tornou-se direito constitucional nos EUA nos anos 1770. Na Constituição da Virgínia foram apresentadas as bases para o *privilege against self-incrimination*, sendo o direito de não se autoincriminar colocado não como um direito autônomo, mas como parte das garantias. James Madison no congresso de junho de 1789, apresentou proposta de um artigo contendo uma série de garantias sobre o julgamento pelo júri e de um mais genérico, referente, ao processo judicial, mas não limitado ao júri, que acabou sendo adotado, sem modificações, que previa expressamente o direito de não ser compelido a testemunhar contra si mesmo. Este direito acabou por ser previsto no direito norte-americano, com a inclusão da 5ª Emenda que prescreve: “*No person...shall be compeled in any criminal cases to be witnees against himself*”. No século XX a consagração deste princípio do direito norte-americano se deu no célebre caso *Miranda versus State of Arizona*, onde a *Suprem Court* declarou que o *privilege against self incrimination* era estruturante do sistema acusatório que se impunha em todo o processo criminal com a determinante de esclarecimento e advertências dos direitos do arguido.

Em síntese, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Este princípio, na verdade um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, visa à proteção do indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatórios, sugestões e dissimulações.

¹⁸⁰HELMHOLZ, R. H. *et al*, “*The privilege against self:its origins and developmept*”: pág. 134 *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth “O direito...”, pág. 39.

No direito Alemão não há a previsão expressa no texto constitucional do *nemo tenetur se detegere*, ou mesmo quanto ao direito de silêncio do acusado, contudo entende-se que o princípio tem envergadura constitucional, incluído entre os direitos fundamentais, sendo vedada sua violação. Todavia, o direito processual alemão reconhece o direito ao silêncio a favor do acusado, bem como reconhece a proibição de métodos no interrogatório que possam influenciar a capacidade do acusado, tais como, maus-tratos, esgotamento, violências corporais, tortura, engano, hipnose, ameaça ou promessa de vantagem (art. 136 da StPo) .

Em Portugal¹⁸¹ o artigo 1º da CRP estabelece que a República Portuguesa é baseada na dignidade da pessoa humana. CANOTILHO¹⁸² expõe que uma República baseada na dignidade da pessoa humana, deve tomar em consideração o princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola¹⁸³), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plaste et fctor*). As experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon* , isto é, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Assim a República é uma organização política que serve ao homem e não o homem aos aparelhos organizatórios-políticos. Desta forma as vedações em matéria probatória estão elencadas no art. 32º da CRP e que no artigo 126º do CPP proíbe a tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral, hipnose, meios cruéis ou enganosos, entre outros, como meios de prova no processo penal.

No Brasil¹⁸⁴, há previsão constitucional do direito da pessoa não produzir provas contra si mesmo. Este princípio está consubstanciado no direito ao silêncio ou direito de ficar calado; direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; inexigibilidade de dizer a verdade; direito de não praticar qualquer comportamento ativo

¹⁸¹ Em Portugal o arguido é um verdadeiro sujeito processual como direitos e deveres, nomeadamente os previstos nos artigos 60 e 61 do CPP.

¹⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, pág. 225.

¹⁸³ Giovanni Pico della Mirandola escreveu em 1486 *O Discurso sobre a Dignidade do Homem*, considerado o manifesto do Renascimento. www.brown.edu - project Pico. Acesso em março de 2015.

¹⁸⁴ Constituição Federal, artigo 5º apresenta os direitos processuais do arguido, entre eles o direito ao silêncio (inciso LVIII).

que possa incriminar o acusado; direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva¹⁸⁵.

No âmbito internacional¹⁸⁶ a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, embora tenha referido a presunção de inocência e estabelecido a não utilização da tortura, não mencionou expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*. Outros diplomas internacionais de direitos humanos reconheceram tal princípio. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi reconhecido o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* entre as garantias mínimas a serem observadas em relação a toda pessoa acusada de um delito. No art. 8, §2º, g, está garantido o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declara-se culpada”.

O pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, (em vigor em 23 de março de 1976), também se referiu expressamente ao princípio em foco, estabelecendo que toda pessoa acusada de um crime tem direito a “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (art. 14, nº 03, g)¹⁸⁷.

Apesar de modernamente ter assumido um caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com o órgãos de investigação e com a autoridade judiciária, muitos ordenamentos jurídicos tem apresentado uma tendência a mitigar as garantias deste princípio, dando-se prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal de alguns tipos criminais.

Como o agente infiltrado age sob uma falsa identidade e também oculta sua qualidade de agente policial, o investigado ou o arguido, em contato com o agente infiltrado, ao desenvolver um vínculo de confiança com este, poderá vir a confessar a prática de crimes, uma vez que não imagina que está diante de um agente do estado. Assim há uma restrição a este direito construído pelo liberalismo iluminista, direito de não produzir provas contra si, de forma que esta informação dada pela própria pessoa poderá

¹⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de, *Op. Cit.*, pág. 42-46.

¹⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”. Editora Almedina, Coimbra, 2009, pág. 37.

¹⁸⁷ Idem, pág. 38.

ser utilizada contra a mesma no tribunal. Tal restrição só poderá ser justificada, na persecução penal praticada por organizações criminosas, que pela sua complexidade, os métodos tradicionais de investigação não lograram êxito na descoberta de provas. Esta opção que o legislador fez em permitir a restrição de um direito, construído a sangue nos séculos XVII e XVIII, sendo um a opção da Política-Criminal enquanto combate à grave criminalidade, em especial a chamada criminalidade organizada, tem o seu preço e não está isenta de críticas¹⁸⁸

4.2.3 Direito à intimidade e direito à privacidade

Na história da afirmação do direito a intimidade e a privacidade estão a história do da independência do próprio homem perante o Estado. O discurso no parlamento inglês, proferido por *Lord Chatam* traz-nos uma perspectiva do direito à privacidade, quando este disse que “o homem mais pobre pode, em sua casa, desafiar todas as forças da Coroa. Essa casa pode ser frágil - seu telhado pode mover-se - o vento pode soprar em seu interior - a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar - mas o Rei da Inglaterra não pode entrar - seus exércitos não se atreverão a cruzar o umbral da arruinada morada¹⁸⁹”. A origem desses direitos à intimidade e à privacidade pode ser vista a partir dos finais do século XIX, onde o homem luta pela realização de sua dignidade, através da luta contra a opressão, o arbítrio, em prol da manifestação de sua liberdade, confundindo-se, neste sentido com a idealização e a positivação dos direitos fundamentais.

O direito à privacidade e à intimidade são dois conceitos que andam muito juntos. COSTA ANDRADE¹⁹⁰ ensina que a privacidade e a sua tutela não se esgotam na inviolabilidade do domicílio. A privacidade/intimidade atualiza-se e exprime-se muito para além das quatro paredes. É juridicamente protegida contra manifestações de devassa e

¹⁸⁸ A diminuição das garantias processuais é um dos aspectos que mais rapidamente se manifestam enquanto característica do Estado punitivo. ...Hipotecam-se as garantias dos arguidos em prol de uma luta mais eficaz contra aquela criminalidade que abala os alicerces da comunidade democrática, mas que, ao fim e ao cabo, acaba por fazer esta mesma comunidade pôr em risco a democracia que assenta. Se não, o que dizer do regime especial de recolha de prova relativo à criminalidade organizada e económico-financeira. Cfr. FARIA COSTA, J., “A criminalidade em um mundo globalizado” Coimbra, Wolter Kluwer & Coimbra Editora, Direito Penal e Globalização, 2010, pág. 63.

¹⁸⁹ HANSARD, “*Parliamentary History of England, 1753-1765*” pág. 1307, *apud* Beltrão, Silvio Romero “*Direito da personalidade à intimidade*”, pág. 5, disponível em www.scrib.com, acesso em maio de 2015.

¹⁹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Domicílio, Intimidade e Constituição (Anotação Crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional)*”: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 21, nº100, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 64 e ss.

indiscrição que nada têm a ver com a ultrapassagem da fronteira física da soleira da porta. Ao se falar em privacidade e intimidade logo vem a ideia de domicílio. Neste sentido, o conceito de domicílio não se identifica com o conceito comum ou “senso comum” que esta palavra possui, mas deve ser elevado a um conceito pertinente ao mundo da “ciência jurídica”, praticada e assumida pela doutrina e pela jurisprudência. A fim de se assegurar uma esfera espacial em que a vida privada possa desenvolver-se sem perturbação, a acepção da palavra habitação deve abranger todos os espaços subtraídos à entrada do público através de uma vedação e convertidos em lugares de realização da vida privada. O que é importante aqui é a vontade exteriormente reconhecível daquele que, por sua própria decisão, submete um espaço à tutela da privacidade. O domicílio é o lugar onde se realiza o “entrincheiramento” da esfera privada em termos espaciais.

Na Alemanha, o art. 13, I, da Lei Fundamental protege a esfera privada espacial. A tutela da dignidade humana também se concretiza do direito fundamental do art. 13 da Lei Fundamental. A inviolabilidade do domicílio tem uma relação estreita com a dignidade humana e está, ao mesmo tempo, em estreita conexão com o imperativo constitucional do respeito incondicional de uma esfera do cidadão para um desenvolvimento exclusivamente privado, de forma que tem que se assegurar ao indivíduo o direito de ser deixado em paz, precisamente em sua casa. O Tribunal Constitucional Alemão manifestou-se em clarificadora asserção de que o que se está em causa na tutela da habitação, não é tanto a tutela absoluta do espaço da habitação, mas a “tutela absoluta do comportamento neste espaço, na medida em que ele represente o desenvolvimento individual na área nuclear a privacidade.

A teoria das três esferas¹⁹¹, com origem na vasta literatura alemã (*Sphärentheorie*) revestiu-se de um papel fundamental na construção e delimitação do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada. De acordo com esta teoria, este direito de personalidade compreende uma esfera íntima, a qual abrange informações de tal forma reservadas que, em regra, nunca serão acessíveis a outros indivíduos. Dentro desta esfera, podemos encontrar aspectos relativos à vida sentimental, estado de saúde ou de gravidez, vida sexual, convicções políticas e religiosas, etc. Num plano menos inacessível, mas

¹⁹¹ Trata-se de formulação teórica explicitada por Henkel durante a edição de 1957 de tradicional congresso jurídico alemão (Deutscher Juristentages, Fórum Jurídico Alemão, conferência bianual promovida desde 1860 pela Associação Alemã de Juristas, Deutscher Juristentag e.V. 11), ocorrido à época na cidade de Düsseldorf.

igualmente reservado, temos a esfera privada, que pode variar de pessoa para pessoa, uma vez que engloba os hábitos de vida e as informações que o indivíduo partilha com a sua família e amigos, e cujo conhecimento o respectivo titular tem interesse em guardar para si. Finalmente, a esfera pública, contempla os comportamentos e as atitudes deliberadamente acessíveis ao público e susceptíveis de serem conhecidos por todos, em relação aos quais não existe qualquer tipo de reserva. Em traços gerais a teoria das esferas oferece uma maior tutela aos aspectos da vida íntima do que da privada, o que, é facilmente compreensível.

Portanto existe uma área nuclear da intimidade que deve estar protegida contra toda e qualquer devassa do Estado. Ainda segundo o Tribunal Constitucional Alemão, qualquer medida de investigação, que vier adentrar a área nuclear da intimidade, deve ser suspensa imediatamente e proceder-se na destruição de todos os dados obtidos e atinentes à esfera nuclear da intimidade. Esta orientação do *Bundesverfassungsgericht* desencadeou réplicas naturais do lado da legislação ordinária, culminando no aditamento ao §100, c, da StPO, o que impôs expressamente a área nuclear da intimidade como limite intransponível à produção e à valoração de provas no contexto da intromissão oculta no domicílio, que permaneceu intocada mesmo após a edição da *Lei para a defesa face aos perigos do terrorismo internacional pelo BundesKriminalamt (Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BundesKriminalamt*. O que significa que área nuclear da intimidade está subtraída a toda balança ou juízo de ponderação, não podendo ser sacrificada em nome da realização ou prossecução de quaisquer interesses comunitários. *Nem mesmo os interesses superiores da comunidade podem justificar o seu sacrifício* - declarou o Tribunal Constitucional Alemão. Tal asserção vale mencionar, significa para os interesses e valores associados à (efetiva e eficaz) realização da Justiça Criminal, não pode ser relativizada numa ponderação com o interesses da perseguição penal segundo o princípio de proporcionalidade. Mesmo que haja formas gravosas de criminalidade que possam fazer parecer que o direito a intimidade/privacidade possam ser colocados em cheque em nome do combate a esta manifestação da criminalidade, tal intenção está vedada pelo art. I e 79, III, da Lei Fundamental Alemã¹⁹².

¹⁹² ANDRADE, Manuel da Costa, “*Domicílio, Intimidade e Constituição (Anotação Crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional)*”:Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 21, nº100, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 76, 78 e 84.

4.3 O agente infiltrado como manifestação da expansão do direito penal

Tendo sido expostos até aqui as características peculiares do agente infiltrado enquanto método oculto de investigação, extrai-se da legislação estudada, (alemã, brasileira e portuguesa) algumas características comuns. Primeiramente há um processo de “expansão” dos tipos penais onde o agente infiltrado poderá ser utilizado como método de investigação. Um exemplo clássico é o caso da lei portuguesa que partiu da possibilidade de utilização do agente infiltrado somente nos casos do crime de tráfico de estupefacientes, previsto na lei de drogas (decreto-lei nº 430/83) para um catálogo de crimes previsto no RJAE, onde o rol de crimes vai da letra *a* à letra *s*, com descrições que podem incluir mais de um tipo criminal (infracções económicas - letra *q*; relativos ao mercado de valores imobiliários - letra *s*). Tal fenómeno expansionista também está presente na lei alemã e brasileira, fato que reflete o processo de expansão que o direito penal vem experimentando a partir das últimas duas décadas do século XX¹⁹³. O direito penal e processual moderno tendem a um endurecimento e a uma deformação dos instrumentos tradicionais. Não é possível encontrar a partir dos anos 60 reformas do direito processual penal que apelem ao Estado de direito. A ênfase é dada na luta contra o crime e no endurecimento em desfavor das garantias processuais.

HASSEMER¹⁹⁴ assinala algumas questões que merecem consideração. A principal delas é que na instrução processual há uma diminuição de possibilidades de atuação com a intervenção nas comunicações, vigilância permanente, emprego de agentes encobertos, observação acústica e visual de residências. Estas formas de intervenção modificam a instrução tradicional em dois aspectos básicos: por necessidades técnicas, mas também com premeditação normativa e ampliação analógica, afetam não só o suspeito, mas também o terceiro não implicado. Deste modo, perde justificação a suspeita criminal como pressuposto clássico da medida restritiva, mas também sua capacidade limitadora da intervenção. Para que se tenha eficácia completa, estas formas de intervenção, devem ser secretas, organizadas sem o conhecimento atual do investigado. Com elas se retiram

¹⁹³Para maiores desenvolvimentos sobre o tema Cf. MELIÁ, Cancio “*La Expansión del Derecho penal.- Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”. Edit. Civitas, Madrid, 2001; GUZELLA, Tathiana Lais, “*A expansão do Direito Penal e a sociedade do risco*”: Brasília, Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, pag.3070 e ss.

¹⁹⁴HASSEMER, Winfried, “*Perspectivas del Derecho Penal Futuro*”:in Revista Penal, nº 01, 1998, pág. 38 e ss.

oportunidades de afrontar a situação e defender-se juridicamente, ao tempo que se deixa for de jogo o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Houve quem alargasse esta tendência expansionista, endurecendo ainda mais a análise, como é o caso do polémico direito penal do inimigo. Este term foi desenvolvido por GÜNTHER JAKOBS em meados dos anos 80¹⁹⁵. O direito penal do inimigo seria o resultado do direito penal simbólico, um fenômeno de neocriminalização aos qual se referem teria somente um efeito simbólico, com a criminalização de estágios prévios de lesões a bem jurídicos, como o caso da lei do terrorismo, que criminaliza o fato de duas ou mais pessoas se juntarem com a intenção de formar uma organização terrorista¹⁹⁶. É a prevenção antes do cometimento do delito-fim e intensa repressão penal. O outro elemento do qual resultaria o direito penal do inimigo seria o ressurgimento do punitivismo, este se verifica com a criação de normas penais novas, com o intuito de ver sua aplicação com toda a firmeza, ou se verifica o endurecimento de penas de normas penais já existentes¹⁹⁷,

Para JAKOBS o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que cometem erros, ou pessoas que devem ser impedidas de destruir o ordenamento jurídicos, pessoas que merecem uma coação¹⁹⁸. O direito penal do inimigo, sucintamente, teria as seguintes características principais:

- 1) Amplo adiantamento da punibilidade, o ponto de referencia é o fato futuro, em lugar de ponto retrospectivo em relação ao fato cometido;
- 2) As penas são desproporcionalmente altas, especialmente a antecipação da barreira de punição não se leva em conta para reduzir a pena;

¹⁹⁵ O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda - o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada - independentemente de se descrever o direito do risco como um “direito que já passou a ser do inimigo”, como o fez Günther Jakobs em 1985 - naquela época ainda em tom de advertência - ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente . PRITTWITZ, Cornélius, “O DIREITO PENAL ENTRE DIREITO PENAL DO RISCO e DIREITO PENAL DO INIMIGO: TENDÊNCIAS ATUAIS EM DIREITO Penal E POLÍTICA CRIMINAL” :São Paulo, Revista Brasileira de Ciência Criminal nº 47, pág. 01.

¹⁹⁶ Decisão-Quadro nº 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho. Em Portugal transposta para o plano interno pela lei nº 52/2003 de 22 de agosto. O nº 2, do art 1º da referida lei estabelece uma pena de 8 a 15 anos a quem “promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, ou a eles aderir...”.

¹⁹⁷ Esta é a análise de Manuel Cancio Meliá, in *Direito Penal do inimigo*, cit., pág. 57 e ss.

¹⁹⁸ JAKOBS, Günter, “*Direito Penal do Inimigo*”: São Paulo, Civitas Editora, pág. 42.

3) Determinadas garantias processuais são relativizadas e inclusive suprimidas.

Uma das principais características do processo penal no Estado Democrático de Direito, é a condição de sujeito processual do imputado, o qual possui direitos como o de ser acompanhado por defesa técnica, assistir interrogatórios, solicitar prática de provas e, principalmente, não ser coagido, enganado e não ser submetidos a certas tentações (§136a StPo; art. 126 CPP de Portugal e art. 157 do CCP do Brasil)¹⁹⁹. Por outro lado, em confronto a condição de sujeito com direitos processuais, aparecem múltiplas formas de coação, tais como a prisão preventiva, uma coação que visa que o indivíduo não oculte provas nem fuja. JAKOBS afirma que diante da coação física imposta pela prisão preventiva, o imputado é obrigado a acompanhar (assistir) o processo, já que está encarcerado. É assim um verdadeiro inimigo. Além da prisão preventiva o autor alemão cita como outros exemplos de coação no processo penal do “inimigo” a retirada de sangue (§81 da StPO), e a supervisão ou investigação a que é submetido o imputado no qual nada sabe e só funciona porque o imputado não as conhece, como a intervenção nas comunicações (§100 da StPO) e agente infiltrado (§110a da StPO). Assim o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. De novo, arremata JAKOBS “como no direito material, as regras mais extremas de direito processual penal do inimigo se dirigem a eliminação de riscos terroristas²⁰⁰”.

Acreditamos que o agente infiltrado de fato tenha sido um dos reflexos do movimento expansionista do direito penal da últimas décadas, direcionado à persecução penal de determinado tipo de criminalidade - crime organizado e criminalidade grave. Todavia, não acreditamos que a acepção de JACKOBS em incluí-lo dentro do conceito de direito penal do inimigo encontra respaldo dogmático, haja vista as garantias, caráter subsidiário e observância do princípio da proporcionalidade, previstas nas leis que introduziram o método investigatório do agente infiltrado nos sistemas legais estudados. A pessoa investigada pelo agente infiltrado, não é tratada como um “inimigo”, mas como um cidadão, com direitos e garantias respeitados, mesmo que em certo momento e em certa medida, restringidos pela atuação do agente infiltrado.

¹⁹⁹ Idem, pág. 39.

²⁰⁰ Bis-idem, pág. 40.

4.4 O problema da (in) definição de crime organizado

O crime organizado ou as organizações criminosas, a criminalidade grave e o terrorismo são o alvo principal da atuação do agente infiltrado, conforme se extrai no presente estudo da legislação comparada. A lei brasileira nº 12850/2013, conforme já dissemos, logo no art. 1º, define organização criminosa, e prevê, entre outros, o agente infiltrado como meio de obtenção de prova, onde será utilizado para investigar os crimes cometidos no âmbito de uma organização criminosa, sejam quais forem os ilícitos cometidos pela organização, desde que proporcionais ao emprego do agente infiltrado. A lei alemã e a lei portuguesa também condicionam o uso do agente infiltrado a critérios ligados a criminalidade grave, ou de difícil investigação pelos meios tradicionais, e em especial a persecução penal contra o tráfico de estupefacientes, armas e terrorismo - tudo no âmbito do crime organizado²⁰¹.

Entretanto o estudo, discussão e definição sobre o crime organizado está repleto de incertezas e indefinições, não obstante a legislação penal já está operando com este conceito para construção de políticas criminais, entre eles, o método oculto de investigação do agente infiltrado. BEATRIZ R. CASTANHEIRA²⁰², ao analisar o fenômeno do crime organizado, afirma que a preocupação com as chamadas organizações criminosas ganhou destaque central nessa nova ordem social (sociedade globalizada e de risco), pois, afinal, se os indivíduos perante o Estado são um subsistema, uma organização criminosa é um subsistema viciado, que ousa planejar a afronta ao dever de lealdade à ordem vigente e, por isso, desperta a necessidade de uma intervenção emergencial e excepcional. Preocupa-se com mais incriminações e agravamento de penas, afrouxamento de garantias processuais e penais, especialmente em nome do combate à criminalidade organizada, que atua preponderantemente nas áreas econômica, tributária, comércio de drogas, armas e informática. As definições sobre crime organizado, atualmente apresentadas são tão vagas que “sugerem uma direção, mas ainda não apontam um objeto”. No Brasil os estudos sobre a existência real de crime organizado são ainda muito incipientes e carentes de dados. As opiniões apontam para uma configuração ligada ao tráfico de drogas e armas, fraude contra o erário público ou contra a coletividade, furto e roubo de automóveis e carga.

²⁰¹ Lei nº 101/2001, de 25 de agosto, art. 2, letras, f, j, l; §110a do StPO, primeira oração, nº (s) 1 a 4.

²⁰² CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo, “*Organizações criminosas no Direito Penal Brasileiro: Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita*”: São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 24, 1998, pág. 100 e ss.

Existem várias tentativas em se buscar uma definição sobre o crime organizado, buscando categorizá-lo. GUARACY MINARDI²⁰³, apresenta uma definição do crime organizado, fazendo uma divisão entre crime organizado tradicional ou territorial e o crime organizado empresarial. O tradicional ou empresarial é formado por um grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de um planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso de 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. O modelo empresarial é menos definido, mais difícil de diferenciar das simples quadrilhas ou de uma empresa legal. Sua característica mais marcante é transpor para o crime métodos empresariais, ao mesmo tempo que deixam de lado qualquer resquícios de honra, lealdade, obrigação e etc. Com a globalização a esfera de indisciplina do mercado, localizada no âmbito das atividades proibidas, o crime organizado também foi “exportado” para o mercado mundial.

FERRAJOLI²⁰⁴ afirma que há ofensa ao princípio da legalidade estrita na criminalização que é feita nos tipos associativos. Reunir-se, planejar, adquirir instrumentos, são ações humanas, mas não só lesivas a terceiros e, portanto, não despertam a necessidade de intervir o Direito Penal. Querer cometer crime, planejá-lo, prepará-lo, desejá-lo intima e intensamente pode ser sinônimo de malvadeza, imoralidade, perversão, mas não é danoso. A falta de lesividade pode ser traduzida na ausência de um bem jurídico protegido, pelo menos no sentido garantista que ele deve ter, como freio a incriminação. Entretanto sabe-se que a razão da proteção seria o bem jurídico atingido pela conduta criminosa-fim da organização, que poderia se manifestar nas mais variadas formas de criminalidade grave, tais como, tráfico de estupefacientes, sequestro, lavagem de dinheiro e o terrorismo. Como é difícil identificar o bem jurídico lesado pela organização criminosa, dada as múltiplas possibilidades de cometimentos de tipos diferentes, o caminho foi a designação de um bem jurídico mais geral - a paz pública, de forma que somente assim a

²⁰³ Guaracy Minardi *apud* CASTANHEIRA, Beatriz. R, *cit.*, pág. 106.

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi, *cit.*, pág. 302 e ss.

antecipação de tutela poderá resolver-se na simples adesão e formação do grupo, mesmo que até aí não haja um ataque a um bem jurídico concreto.

Organizações criminosas e os procedimentos investigatórios, especialmente criados para sua investigação (agente infiltrado, ação controlada, quebra de sigilo bancário e de comunicações, delação premiada), concretizam o que HASSEMER²⁰⁵ chama de o novo direito penal, atribuído sem dúvida a política criminal do Direito Penal Simbólico e Funcional. As garantias penais e processuais penais são vista como obstáculos e não como garantias²⁰⁶.

Mais contundente são as críticas formuladas por ZAFFARONI²⁰⁷ sobre o crime organizado. Segundo o mestre argentino, muitos autores admitem com sinceridade a falta de definição do crime organizado, atribuindo-na, inclusive, ao domínio de uma concepção “popular”. Na Alemanha, a situação não é muito diferente, pois assinala-se com sinceridade enorme déficit de conceitos teóricos e de base empírica. O crime organizado, como categoria criminal, seria fruto da pressão do poder, da polícia, imprensa e, de certa forma, os autores de ficção. Os primeiros trabalhos importantes surgiram com a “escola de Chicago”, e Sutherland considerou que o crime organizado crescia em unidade e oposição à sociedade, por efeito da debilidade do estado. Será Cressey, muito mais tarde, quem se encarregou da versão oficial do *organized crime*. Nos anos 60, nos EUA, graças ao trabalho da Comissão Kefauver, o crime organizado foi caracterizado como uma estrutura de grande poder, centralização do mesmo, um pequeno grupo diretor e até uma estrutura paramilitar. A crença no controle centralizado dos mercados constitui o coração da doutrina e da política oficial da matéria²⁰⁸.

Na verdade não há uma sustentação fática séria, pois todos destacam até hoje a insuficiência de investigação empírica que sustente com coerência sobre o crime

²⁰⁵ “Igualmente se han desformalizado las fronteras entre el Derecho Processal Penal y el Derecho de policía, así como ente el proceso penal y los servicios secretos. Estas fronteras resultan momestas ante las exigencias impuestas pr una guerra total frente a la criminalidad con actuaciones que cada vez se incia antes (“profiláticas”). Por otro lado, se legitima a la Policía para utilizar con fines preventivos datos que son propios de al averiguación del delito con finalidades represivas. Por su parte, respecto de la criminalidad más grave, el proceso penal se sirve de datos obtenidos con métodos próprios de los servicios secretos. En estas condiciones se elimina la “separación de poderes” entre las autoridades instructoras y la Administración policial y se abre la puerta al fantas de una “policia secreta”. Cfr. HASSEMER, Winfried, *cit.*, pág. 38.

²⁰⁶ CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo, *cit.*, pág. 122.

²⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul, “Crime Organizado: uma categorização frustrada”: Rio de Janeiro, Revista Discursos Sediciosos, ano 1, nº 1, 1996, pág. 45 e ss.

²⁰⁸ Idem, pág. 50.

organizado. ZAFFARONI afirma que a uma tendência das agências penais em perseguirem as atividades denominadas mafiosas, de forma que o crime organizado se vincule na verdade ao mercado ilícito. Desta característica criou-se o paradigma mafioso, consolidado no segundo período pós-guerra, no qual o estereótipo italiano ou ítalo-americano, alimentado com detalhadas histórias da máfia, de suas famílias e homicídios, destacando-se a máfia *siciliana*, a *camorra napolitana*, a *honorata societa calabresa* - que representa toda a imigração do sul italiana.

Todavia ZAFFARONI escrevendo nos anos 90, baseado em estudos realizados até então, a definição e previsão nos ordenamentos internos foi bastante influenciada ou até mesmo orientada pela Convenção da ONU sobre crime organizado - Convenção de Palermo, que criou linhas definidoras do tipo penal de organização criminosa e criou parâmetros de orientação para o seu combate. Ainda não havia acontecido os atentados de 11 de setembro nos EUA, os ataques a Madrid (2003), Londres (2005) e mais recentemente os ataques terroristas a Paris (2015). Desde então as decorrências repressivas e preventivas contra as organizações terroristas, verdadeiro crime organizado, tem tido presença através do endurecimento das leis penais e processuais contra este tipo de criminalidade. A função-espada das leis no âmbito europeu tem se destacado mais em detrimento da função-escudo, conforme destaca PEDRO CAEIRO²⁰⁹.

A corrupção cometida no âmbito de agentes públicos e políticos, é um fenômeno que apresenta como característica cifras negras com dimensões particularmente elevadas, conforme observa CLÁUDIA SANTOS²¹⁰, fato que ocorre em Portugal e no Brasil. Tal realidade apresenta características onde verdadeiras organizações criminosas tem se estabelecido no interior dos órgãos públicos, dilapidando a *res pública*. Neste sentido, o

²⁰⁹ Até relativamente pouco tempo atrás, a intervenção da União Europeia (UE) em matéria penal e processual penal foi-se orientando no sentido de reforçar os aparelhos punitivos dos Estados-membros, assim privilegiando, para usar a terminologia de Christine Van den Wyngaert, a respectiva “função-espada” (proteção de bens jurídicos através da restrição das liberdades individuais) em detrimento da “função-escudo” (proteção das liberdades individuais contra o poder repressivo do Estado). Se esta tendência é congruente com o punitivismo global que se vem impondo nas duas ou três últimas décadas (e cujas raízes e razões profundas não cabe aqui discutir), a verdade é que ela tem causas imediatas e próprias na forma como os Estados-membros foram construindo a jurisdição penal da União. Cfr. CAEIRO, Pedro *et al* “INTRODUÇÃO (OU DE COMO TODO O PROCESSO PENAL COMEÇA COM UMA CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS): Coimbra, Instituto Jurídico - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - A agenda da União Européia sobre os direitos e garantias de defesa em Processo Penal e a “segunda vaga” e seu previsível impacto no direito português - Comentários, pág. 7.

²¹⁰ SANTOS, Cláudia M^a. Cruz, BIDINO, Claudio, MELO, Débora Thaís, “A Corrupção - Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal”: Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 102 e ss e pág. 152 e ss.

recente escândalo de corrupção envolvendo a estatal do petróleo brasileira - Petrobrás - onde há relatos de corrupção rondando o valor de mais de seis bilhões de reais (cerca de três bilhões de dólares), que foram desviados para o pagamento de propinas e para o pagamento de contratos irregulares com empreiteiras. Um verdadeiro caso de crime organizado nas entranhas do Estado brasileiro.

4.5 O princípio da proporcionalidade como critério de equilíbrio face os direitos fundamentais

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito tanto dos direitos quanto suas limitações²¹¹.

A proporcionalidade é o princípio no qual se analisa o bem jurídico protegido por um princípio constitucional e a medida adotada relativamente a um fim. Implica numa avaliação da constitucionalidade da medida adotada, com base na relação meio-fim, diante do bem jurídico tutelado. Essa avaliação é feita em abstrato, independentemente da aplicação da medida a qualquer caso concreto. Alguns autores brasileiros²¹² alertam para a utilização de proporcionalidade e da razoabilidade como sinônimos. A proporcionalidade está ligada, em sua origem, ao direito alemão e a razoabilidade ao direito americano. No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional brasileiro), tem utilizado os termos como sinônimos. A razoabilidade implica a análise da relação meio-fim com fundamento na situação pessoal do envolvido. Em outras palavras: analise-se a aplicação da medida, já considerada constitucional, em relação a um sujeito determinado.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pelegrini; Fernandes, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, “As Nulidades no Processo Penal”: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 112.

²¹² ÁVILA, Humberto Bergmann, “ A distinção entre princípios e regras e a redefinição ao dever de proporcionalidade, pág. 173;FILHO, Willis Santiago Guerra, “*Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*”, pág. 283 - ambos autores citados por QUEIJO, Maria Elizabeth, *cit.*, pág. 375 e 376.

No direito alemão, a partir da doutrina francesa do controle dos atos administrativos - onde o princípio da proporcionalidade se desenvolveu na esfera do direito administrativo, foi ele deduzido do princípio da legalidade, em sentido amplo - o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se do mesmo modo, no bojo do direito administrativo, vinculado às teorias de limitação do poder de polícia. A necessidade de trasladar o princípio da proporcionalidade para o processo penal manifestou-se especialmente em 1825, com uma resolução do *deutscher journalistentag*, que determinava que as medidas coativas dirigidas contra os periodistas que se recusassem a declarar como testemunha deveriam ser proporcionais às penas previstas para os delitos sob persecução. Mas o marco dessa transposição do princípio da proporcionalidade do direito administrativo para o processo penal foi a morte de um político (Dr. Höffle), durante prisão preventiva, por uma grave enfermidade, ocorrida em 1925, que provocou grande polêmica sobre a proporcionalidade na prisão provisória. A discussão passou também para o tema das buscas domiciliares e intervenções corporais. Também foi na Alemanha que o princípio alcançou seus contornos atuais, com referencia às restrições a direitos fundamentais, passando a introduzir-se nos direitos fundamentais. Isto ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, marcada pelo abuso aos direitos humanos, onde verdadeiras atrocidades foram cometidas pelos nazistas. Por obra do Tribunal Constitucional Alemão o princípio da proporcionalidade foi destrinchado em três sub-princípios: a adequação, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre danos causados e os resultados a serem alcançados)²¹³.

Em 1971, o *Bundesverfassungsgerichts*, definiu o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

“o meio empregado pelo legislador dever ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”.

O *Bundesverfassungsgerichts* tem considerado as violações ao princípio da proporcionalidade como inconstitucionais. Todavia, com relação as provas ilícitas, o ordenamento alemão veda a utilização no processo de provas obtidas com a violação de direitos fundamentais. Entretanto, pela aplicação do princípio em tela tem-se abrandado o

²¹³ QUEIJO, Maria Elizabeth, *cit.*, pág. 377 e 378.

rigor do princípio da proibição da prova obtida ilicitamente, ponderando-se os interesses e os direitos em jogo, para alcançar uma solução mais justa.

A partir do desenvolvimento do princípio da proporcionalidade no direito alemão, no que tange as restrições aos direitos fundamentais, outros ordenamentos europeus também o assimilaram, como o português, italiano e espanhol.

No direito brasileiro não existe norma constitucional expressa prevendo o princípio da proporcionalidade, de forma que há algumas divergências na doutrina quanto ao fundamento do aludido princípio. Há basicamente três linhas, sendo que uma afirma que o princípio da proporcionalidade emana do princípio da legalidade, isto porque a legalidade pressupõe harmonia entre meios e fins. A segunda linha doutrinária salienta que segundo entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade é a cláusula do devido processo legal. Uma terceira interpretação compartilha o entendimento de que o fundamento do princípio da proporcionalidade é a cláusula do devido processo legal, inscrito no art. 5º, LV, da Constituição Federal²¹⁴.

A utilização do agente infiltrado como método de prova deve ser precedida de uma análise, em especial do juiz, da proporcionalidade de sua utilização. O §110a, primeira oração, condiciona a utilização do agente infiltrado ao “*Their use shall only be admissible where other means of clearing up the serious criminal offence would offer no prospect of success or be much more difficult. Undercover investigators may also be used to clear up felonies where the special significance of the offence makes the operation necessary and other measures offer no prospect of success.*”. Como a lei alemã reservou ao MP público a faculdade de decisão de autorização do agente infiltrado, extrai-se do dispositivo citado o condicionamento de sua utilização ponderações sobre a possibilidade de sucesso e o grau de dificuldade no caso de emprego de meios tradicionais de investigação, estando implícito aqui uma valoração de proporcionalidade.

²¹⁴ O posicionamento dos autores supra mencionados, são, respectivamente, de Caio Tácito (*in A razoabilidade das Leis*, p. 7), Gilmar Ferreira Mendes (*in Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 469-475) e Paulo Armínio Tavares Buechele (*in O princípio da proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*, p. 148). Existem outros autores com linhas doutrinárias que defendem a fundamentação do princípio da proporcionalidade em outras vertentes, mas todas estão ligadas aos direitos e garantias fundamentais, presentes no art. 5º da Constituição Federal. Cfr. QUEIJO, Maria Elizabeth, *cit.*, pág. 382- 384.

A lei nº 12.850/2013, semelhantemente à lei alemã, condiciona a autorização da infiltração a uma decisão judicial, “circunstanciada, motiva e sigilosa autorização judicial (art. 10), também subsidiária a impossibilidade de obtenção da prova por outro meio (art. 10, §2º). O limite das atividades desenvolvidas pelo agente no curso da infiltração está condicionado a um critério de proporcionalidade à finalidade da investigação que, caso não seja respeitado, o agente infiltrado poderá ser responsabilizado pelos excessos praticados (art. 13).

Por fim, o RJAÉ de Portugal adota a proporcionalidade no art. 3º, 1, e art. 6º, 1, de forma que as ações encobertas e a responsabilidade penal do agente encoberto são condicionados aos critérios de proporcionalidade à finalidade da prevenção e repressão à gravidade do crime ora investigado.

ALEXY²¹⁵, defende a tese da necessidade, a qual considera que há uma conexão necessária entre direitos fundamentais e proporcionalidade. Essa relação constitui-se num dos temas centrais do debate constitucional contemporâneo. A forma mais elaborada da tese da necessidade é baseada na Teoria dos Princípios, a qual tem como fundamento a distinção teórico-normativa entre normas-regras e normas-princípios. As regras são normas que exigem algo específico e sua forma de aplicação é a subsunção. Os princípios são mandados de otimização (*Optimierungsgebote*). Regras a parte, as possibilidades de direito são essencialmente determinadas pelos princípios opostos. A ponderação (sopesamento) é a forma específica de aplicação dos princípios.

Conforme já explicitado, o princípio da proporcionalidade consiste em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Estas três idéias exprimem a idéia de otimização. Os subprincípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização quanto às possibilidades factuais existentes. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito refere-se a otimização quanto as possibilidades jurídicas existentes.

O subprincípio da adequação exclui a adoção de meios que impeçam a realização de pelo menos um princípio, sem promoverem qualquer outro princípio ou fim. Este subprincípio é uma expressão da ideia do *ótimo de Pareto*.

²¹⁵ ALEXY, Robert, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”: Lisboa, Almedina Direito, Revista da Faculdade Nova de Lisboa - O Direito, 2013, pág. 817 e ss.

O subprincípio da necessidade exige que, entre dois meios igualmente aptos ou adequados a promover um princípio P₁, deve ser adotado aquele que é menos nocivo em relação ao princípio P₂.

A proporcionalidade em sentido estrito, tal como o subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade refere-se à otimização das possibilidades factuais. A otimização das possibilidades fácticas consiste em evitar os custos que podem ser evitados. Quando há conflitos entre os princípios, a ponderação, objeto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é chamado a exprimir a ponderação das possibilidades jurídicas, que pode ser designada como Lei da Ponderação, que é uma máxima que diz “quanto maior for o grau de não realização ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da realização do princípio”.

ALEXY, ao escrever sobre a dupla natureza dos direitos fundamentais afirma que a primeira propriedade definidora é que eles são direitos positivados. Estes, além de direitos positivados na Constituição, possuem uma dimensão ideal, ou seja, estão consagrados na Constituição com a intenção de transformar os direitos humanos em direito positivo. A segunda propriedade definitiva relevante é que os direitos humanos são direitos abstratos como liberdade, igualdade, a vida e a propriedade, a liberdade de expressão e a proteção da honra. Como são abstratos, estes colidem inevitavelmente com outros direitos humanos e com bens coletivos como a proteção do meio ambiente e a segurança pública. Os direitos humanos, portanto, exigem ponderação²¹⁶.

Destarte, o princípio da proporcionalidade deve funcionar como ponto de referência e equilíbrio da ponderação dos direitos e garantias fundamentais que podem ser restringidos pela atuação do agente infiltrado. O juiz, numa verdadeira situação de “no fio da navalha”, deve decidir entre a eficiência do sistema de justiça criminal e os direitos fundamentais²¹⁷, de forma que o poder judiciário não pode agir como uma corporação²¹⁸ buscando a máxima eficiência a custo dos direitos fundamentais. Por outro lado, ao ponderar sobre os perigos e danos causados à sociedade pelas organizações criminosas

²¹⁶ Idem, pág. 831.

²¹⁷ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano, “Sobre o fio da navalha: A justiça criminal entre o a eficiência e os direitos fundamentais”: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Revista do IBCRIM, nº103, ano 21, 2013, pág. 354 e ss.

²¹⁸ No sentido mercantilista da palavra.

e/ou criminalidade grave, alguns direitos e garantias fundamentais não só podem como devem ser restringidos em prol do bem estar da sociedade.

Conclusão

Por meio do estudo comparado da legislação que introduziu o método oculto de investigação do agente infiltrado nos planos internos alemão, brasileiro e português, algumas características próprias de cada ordenamento puderam ser analisadas, destacando-se: o surgimento da legislação em cada país, a definição, autorização e controle do emprego do agente infiltrado, o âmbito de atuação e a responsabilidade penal do agente infiltrado nos eventuais atos antijurídicos cometidos no desenvolvimento de sua atividade.

Extraí-se da lei alemã um maior cuidado que é dispensado ao respeito aos direitos e garantias dos investigados, fato que pode ser observado na limitação de atuação do agente infiltrado, principalmente no restrição de atuação sob a *legende* e a estrita observação das vedações presentes no §136a do StPO. Entretanto o uso do agente infiltrado não está isento de críticas, dispensando-se especial atenção nos direitos e garantias que podem ser atingidos além dos permitidos pelo §110a, b e c da StPO.

A legislação brasileira experimentou substancial melhoria com a edição da lei nº 12.850/13 em comparação com a lei nº 9.034/95, que regulava de maneira superficial e com muitas lacunas a utilização do agente infiltrado como método de prova. Além de construir uma definição que a muito era buscada sobre o *organização criminosa*, a lei cuidou de prever limites e parâmetros da atuação do agente infiltrado, prevendo, inclusive direitos do agente infiltrado. Entretanto a opção por empregar o agente infiltrado no âmbito do crime organizado poderá enfrentar problemas no que diz respeito a amplitude e múltiplas acepções que envolvem a definição e identificação da criminalidade organizada.

A lei portuguesa que instituiu o RJAIE alargou consideravelmente o âmbito de atuação das ações encobertas. Já são comuns os Acórdãos nos tribunais portugueses relatando a ação do agente encoberto, em especial no combate ao tráfico de estupefacientes. Ainda percebe-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional os reflexos do caso Teixeira de Freitas, havendo sempre o cotejo do agente infiltrado com o agente provocador, no sentido de afastar qualquer dúvida que possa haver da atuação do agente infiltrado em semelhança do proibido agente provocador.

O uso de terceiros sob o controle da polícia em operações de infiltração (ou ações encobertas), a nosso ver, está sob uma nuvem de incertezas, conceituais e jurídicas, dada a sua pouca clareza na lei portuguesa (RJAÉ) e também na lei alemã (§110a c/c §96 do StPO). Parece-nos que o fato do terceiro ser cooptado do meio criminal onde se realiza a infiltração pode se apresentar como um fato que facilitaria o trabalho da polícia, devido o terceiro já estar “infiltrado” no meio onde decorre a operação. Caberia aqui um maior controle por meio de uma definição na lei de quem pode ser o terceiro e que contrapartidas este teria junto ao Estado ao realizar tal atividade.

Conforme demonstrado, o emprego do agente infiltrado na persecução penal restringe direitos fundamentais, direitos estes que tiveram longo percurso até apresentar suas características no Estado de Direito atual, de origem liberal - iluminista. As leis que trataram do agente infiltrado nos ordenamentos jurídicos estudados são reflexo do processo de mudança pelo qual vem passado o direito penal ocidental nas últimas três ou quatro décadas. O caráter expansionista do direito penal, com os traços do simbolismo e do punitivismo, são expressos, em maior ou menor medida, nas leis que introduziram o agente infiltrado como método de investigação nos ordenamentos internos a que nos referimos.

Há muitas lacunas conceituais e critérios de certa forma subjetivos para análise dos requisitos que autorizam o emprego do agente infiltrado, tais como, “dificuldade de alcançar os objetivos da investigação com os meios tradicionais” ou “no âmbito de crime organizado”. O controle judicial da decisão e do resultado da operação de infiltração ou ação encoberta, carece de aperfeiçoamentos. Como afeta direitos e garantias fundamentais julgamos ser imprescindível o controle judicial do pedido de autorização para a realização da infiltração, isto em nome de um processo penal firmado no modelo acusatório, com claras separações das funções judiciais e das funções relacionadas a promoção da investigação e da ação penal²¹⁹.

O respeito à dignidade humana e aos direitos e garantias dela decorrentes em relação ao acusados, é um aspecto sedimentado no processo penal. Entretanto, existe um outro aspecto, ou outro lado da moeda, que diz respeito aos funcionários do Estado, ou seja, os agentes policiais que são empregados em ações encobertas. Em nome de uma

²¹⁹ Dizemos no limite, ou seja, quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar. Cfr. SILVA, Germano Marques, “Bufos, Infiltrados, provocadores e arrendidos”, Revista Direito e Justiça, Volume VIII, Tomo I, 1994, pág. 31.

maior eficiência na luta contra determinados tipo de criminalidade, o Estado expõe seus funcionários, mesmo que estes não sejam obrigados a atuar nas ações encobertas, a situações de perigo e com risco de cometimento inclusive de ações antijurídicas. Neste sentido fica mais evidente a necessidade do emprego do agente infiltrado em caráter subsidiário e que seja dispensada a devida atenção também às condições de trabalho do agente infiltrado, começando com um treinamento adequado e uma acompanhamento por parte das organizações policiais, tribunal e MP da operação de infiltração²²⁰.

Não obstante as observações e críticas relativas ao problemas da identificação do crime organizado, a realidade mostra que este tipo de crime existe e que precisa ser investigado e seus autores processados. O terrorismo de fundamentação político-religiosa, voltou a assombrar a Europa haja vista o atentado ao jornal satírico francês *Charlie Hebdo* ocorrido em 07 de janeiro de 2015. Acreditamos que o agente infiltrado poderá vir a ser um método empregado para entrar nas entranhas desse tipo de organização, tanto para funções repressivas quanto para funções preventivas. Todavia, o respeito aos postulados do Estado democrático de direito, com estrita observância ao princípio da dignidade humana e os demais princípios dele derivados, sempre devem ser observados.

Em síntese, o uso do agente infiltrado deve ser realizado observando-se os seguintes requisitos:

1. Controle judicial em todas as fases da investigação;
2. Restrição e delimitação dos crimes no âmbito de crime organizado ou criminalidade grave, com clara demonstração da incapacidade de êxito por meio dos métodos tradicionais de investigação;
3. O uso do agente infiltrado deve ser realizado em caráter subsidiário e em estrita observação do princípio da proporcionalidade diante dos direitos, liberdades e garantias que serão restringidos. As garantias não devem ceder a favor da eficácia;
4. Melhor definição dos requisitos, critérios de atuação e benefícios legais ao “terceiro” que atue em ações encobertas;

De certo que a crítica e os estudos da doutrina, aliadas à avaliação da jurisprudência poderão trazer os recortes necessários ao agente infiltrado enquanto método de investigação. Os princípios sempre devem nortear a conformação das leis e nunca as

²²⁰ FLUJÁ, Vicente C. Guzmán, *cit.*, pág. 26.

leis devem deformatar os princípios. As restrições aos princípios devem ser limitadas, tendo o princípio da legalidade estrita e o princípio da proporcionalidade como parâmetros da atividade de investigação criminal que afetem direitos fundamentais.

Bibliografia

ALEXY, Robert “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”:
Lisboa, Almedina Editora, O Direito, 2013;

AMBOS, Kai, “La prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”: Política Criminal, Vol. 4, nº 07, 2009; _____ “Terrorismo, tortura y derecho penal”: Barcelona, Atelier Libros jurídicos, 2009;

ANDRADE, Manuel da Costa, “Das proibições de Prova em Processo Penal”:
Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (reimpressão);

_____ Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). Justiça penal portuguesa e brasileira – tendências de reforma. Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCrim, 2008;

_____ “Bruscamente no Verão Passado - a reforma do Código de Processo Penal”: Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

_____ “Domicílio, Intimidade e Constituição (Anotação Crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional): Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 21, nº100, Editora Revista dos Tribunais, 2013;

ARAGÃO, Alexandra, “Breves reflexões em torno da investigação jurídica”:
Boletim da Faculdade de Direito – Vol LXXXV Coimbra, 2009;

BECK, Ulrich, “La Sociedad del Riesgo - Hacia um nueva Modernidad”: Barcelona, Paidós Básica, 1986;

BENTO, Ricardo Alves, “Presunção de Inocência no Processo Penal”; São Paulo, Editora Quartier Lantin do Brasil, 2007;

BECCARIA, Cesare, “Dos delitos e das penas”: São Paulo, Editora, Revista do Tribunais, 5ª edição;

BRAZ, José, “Investigação Criminal – A organização, o método, a prova – Os desafios da nova criminalidade”: Almedina, Coimbra, 2010 (pag. 319 e ss);

BELING, Ernest Von, “Las Prohibiciones probatorias”: Bogotá, Editora Temis, 2009;

BELTRÃO, Silvio Romero, “Direito da personalidade à intimidade”, pág. 5, www.scrib.com;

BUSATO, Paulo César, “As inovações da lei nº 12.850/2013”: Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 5, nº 09, 2013;

BRAUM, Stefan, “La investigacion encubierta como característica del processo penal autoritário”: *in* La insostenible situación del derecho penal, Granada, 2000;

CANOTILHO, J. J. GOMES, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” Coimbra, Almedina (7ª edição), 2003;

CAPEZ, Fernando, “Direito Processual Penal”: São Paulo, Editora Saraiva (17ª edição), 2010;

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo, “Organizações criminosas no direito penal brasileiro: Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita”: São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 24, 1998;

CHOUKR, Fauzi Hassan, “Garantias Constitucionais na investigação Criminal”: Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2006;

CORREIA, João Conde, “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”: Revista do CEJ, IV, 2006;

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Processual Penal”:Coimbra, Coimbra Editora, 1974;

_____ “Temas Fundamentais de Direito Penal - 6º tema: O direito penal na sociedade de risco”: Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

_____ “Direito Penal - Questões Fundamentais - a doutrina geral do crime”: Coimbra, Coimbra editora, 2ª edição, 2012;

_____ “Que futuro para o direito processual penal”: Coimbra Editora, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, 2009;

DIAS, J. de Figueiredo e ANDRADE, M. da Costa, “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”: Coimbra, Almedina, 2009;

FARIA COSTA, J. “ A Criminalidade em um mundo globalizado”, Coimbra, Wolter Kluwer &Coimbra Editora, Direito Penal e Globalização, 2010;

FERNANDEZ, Paulo Silva, “Globalização, Sociedade de Risco e o futuro do direito penal”:Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

FERRAJOLI, Luigi, “Direito e Razão”: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002;

FILHO, Antônio Magalhães Gomes, “O Agente Infiltrado”: São Paulo, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 13, 1994;

FLUJÁ, Vicente C. Guzmán, “El agente encubierto e las garantías do processo penal”: Universidad de Castilla - La Mancha - Instituto de Derecho Penal europeo e internacional, www.oficinadederecho.net;

GASPAR, António Henriques, “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro C. Portugal) decisão de 9 de junho de 1998”:Coimbra, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Coimbra Editora, ano 10, 2000;

GONÇALVES, Fernando;ALVES, Manuel João e VALENTE, Manuel M. Guedes, “Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador- Os princípios do Processo Penal”:Almedina, Coimbra, 2001;

_____ “O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado”:Almedina, Coimbra, 2001;

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, “As Nulidades no Processo Penal”: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010;

GUARILIA, Fabrício, “La importância do agente encubierto - nuevo protagonista en el procedimiento penal” Buenos Aires, Tribuna de Periodistas, 2006;

GUZELLA, Tathiana Lais, “A expansão do direito penal e a sociedade do risco” Brasília, anais do XVII Congresso Nacional Conpedi, 2008;

GOSSEL, Karl-Heinz, “*As proibições de Prova no Processo Penal da República Federal da Alemanha*”: COIMBRA, Revista Portuguesa de Ciências Criminais 2, 1992;

HASSEMER, Winfried, “*Perspectivas del Derecho Penal Futuro*” in Revista Penal, nº 01, 1998;

LIMA, Renato Brasileiro de, “*Curso de Processo Penal*”:Rio de Janeiro, Editora Ímpetus, 2013;

LOUREIRO, Joaquim, “*Agente infiltrado, agente provocador - reflexões sobre o 1º Acórdão do TEDH de 9 de junho de 1998- Condenação do Estado Português*”; Coimbra, Almedina, 2007;

MATTA, Paulo Saragoça da, “*O direito Penal na Sociedade de Risco*”, Coimbra, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2010;

MATOS, Ricardo Jorge de, “*O princípio do Reconhecimento Mútuo e o Mandado de Detenção Europeu*”: Coimbra, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, 2004;

MASSON, Cleber, “*Direito Penal - Parte Geral*”: São Paulo, Editora Método, 4º ed., 2011;

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “*O regime das provas obtidas pelo agente provocados em processo penal*”: Almedina, Coimbra 1999;

MENDRONI, Marcelo Batlouni, “*A Exclusionary rules no sistema norte-americano*”:Âmbito jurídico, Rio Grande, IX, Nº 25, jan 2006;

MIRANDA, Jorge, “*Manual de Direito Constitucional*”:Coimbra, Coimbra editora, 9ª ed., 2011;

NEVES, António Castanheira, “Sumários de Processo Criminal”, Coimbra, 1968;

OLIVEIRA, Eduardo Sanz de Oliveira, “Direito Penal do Risco e o Estado Democrático de Direito - Uma visão crítica do Direito penal econômico frente ao princípio da solidariedade” Tese de Mestrado, FDUC, 2006;

ONETO, Isabel, “O Agente Infiltrado - Contributo para a compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas”: Coimbra, Coimbra Editora, 2005;

PEREIRA, Flávio Cardoso. “Agente encubierto como médio extraordinário de investigación”: Bogotá, Ibañez, 2013;

PRITTWITZ, Cornélius, “O Direito penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do inimigo: Tendências atuais em Direito Penal o Política Criminal”: São Paulo, Revista Brasileira de Ciência Criminal nº 47, ano 12, 2004;

QUEIRÓZ, Cristina “Direitos Fundamentais - Teoria Geral”:Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

ROXIM, Claus, “Derecho Penal - Parte General”: Madrid, Civitas, 1997;

SANTOS, Cláudia M^a. Cruz, BIDINO, Claudio, MELO, Débora Thaís, “A Corrupção - Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal”: Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano, “Sobre o fio da navalha: A justiça Criminal entre o a eficiência e os direitos fundamentais”: São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 103, ano 21, 2013;

SARLET, Ingo Wolfgang, “Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil”: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 21, nº102, 2013;

SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, II, 3ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2002;

—————, “Bufos, Infiltrados, provocadores e arrependidos”, Revista Direito e Justiça, Volume VIII, Tomo I, 1994;

SOUZA, Suzana Aires, “*Agent Provocateur* e meios enganosos de prova - algumas reflexões” in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

SOUZA, Paulo Pinto, “Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente infiltrado e agente provocador, outras questões”: Lisboa, Revista do CEJ, Nº 14, 2010;

QUEIJO, Maria Elizabeth, “O direito de não produzir provas contra si mesmo - o *nemo tenetur se detegere*”: São Paulo, editora Saraiva, 2012;

MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”: Coimbra, Coimbra editora, 9ª edição, 2011;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Escutas Telefônicas - Da excepcionalidade à vulgaridade,”: Coimbra, Almedina editora, 2009;

ZAFFARONI, Eugênio Raul, “Crime Organizado: Uma categorização frustrada: Rio de Janeiro, Revista Discursos Sediciosos, ano 1, nº 1, 1996;

Sites

www.ambito-juridico.com.br;

www.veja.abril.com.br

www.publico.pt/economia/noticia

www.direitoalemao.com

www.dw.de

www.who.int

www.portugal.gov.br

www.wikipedia.org

www.pgdlisboa.pt

www.brown.edu

Legislação Consultada

- Constituição da República Portuguesa de 1976;
- Constituição da República Brasileira de 1988;
- Constituição da Alemanha de 1949;
- Código de Processo Penal Alemão - StPO (versão em Inglês);
- Código de Processo Penal Portugues;
- Código Penal Português;

- Código de Processo Penal Brasileiro;
- Lei nº 101/2001, de 25 de agosto (Portugal)
- Lei nº 12.850/2013 (Brasil)

