

**FACULDADES INTEGRADAS**

**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO**

Diogo José Lopes Neto

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO**

Diogo José Lopes Neto

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito sob orientação do Prof.<sup>o</sup> Marcus  
Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2011

# **A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti  
Orientador

Claudio José Palma Sanchez  
1º examinador

Jurandir José dos Santos  
2º examinador

Presidente Prudente, 04 de Novembro de 2011.

Estuda, e estuda permanentemente, pois não te é lícito o acomodamento; não esqueças que toda discussão tecnológica encobre uma discussão ideológica; lê, pois, e aplica as leis criticamente; não olvides que teu compromisso fundamental é com o Direito e a Justiça e não só com a Lei.

Paulo Queiroz

Dedico este trabalho a DEUS e minha família, sustentação de minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, por me conservar firme nessa caminhada de aprendizagem, e por colocar pessoas especiais ao longo destes cinco anos que sempre me auxiliaram.

Agradeço meus pais, por sempre terem me apoiado e acreditado em mim desde o principio, por sempre terem me dado forças para que eu conseguisse alcançar meus objetivos. Por todas as preces, carinho, amor e dedicação que tiveram sempre comigo, todo meu amor e afeição.

Agradeço aos meus professores responsáveis por minha formação. Por todo empenho e dedicação, por todas as horas despendidas conosco.

Aos meus amigos, a quem agradeço por todo carinho, apoio, e sincera amizade, tenham certeza jamais me esquecerei de vocês. Espero sempre revê-los. A vocês, todo meu carinho.

Ao meu Orientador Professor Marcus Vinicius, pelo qual tenho grande admiração, agradeço por toda dedicação, estímulo, que foram essenciais para a realização deste trabalho. Obrigado por me socorrer nos momentos de dúvidas, por me indicar o caminho a ser seguido para a realização do presente trabalho. Um grande abraço e felicidades sempre.

Aos meus examinadores, pelo apoio que me deram ao aceitar este encargo.

A todos que contribuíram direta ou indiretamente para mais esta vitória. A todos vocês, muito obrigado.

## RESUMO

A infiltração de agentes, modalidade de investigação criminal, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.034/1995, alterada pelas Leis 10.217/2001, Lei 10.409/2002 (Lei de Tóxicos) e pela Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Certo foi que com a introdução de tal modalidade investigativa para o combate às organizações criminosas (*latu senso*) muitas dúvidas surgiram quanto a sua aplicação, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio não tratou o tema com a devida cautela. Dentre as divergências apontadas pelos operadores e estudiosos do direito, pode-se elencar como de vital importância a referente à responsabilidade penal do agente infiltrado pelo cometimento de crimes enquanto imerso em uma organização criminosa. Todavia, para a apreciação de tal omissão, que é o foco do presente trabalho, primeiramente, faz-se necessário trazer apontamentos iniciais relevantes ao tema. Desse modo, buscou-se demonstrar de forma sucinta e superficial de temas correlatos ao foco do trabalho, quais sejam, crime organizado (analisando sua evolução legislativa e principalmente esclarecendo à necessidade de sua definição legislativa) e infiltração de agentes (elucidando seu conceito, objetivos, modalidades e as diferenças existentes entre o agente infiltrado e o agente provocador). Após esta breve explanação, passou-se a analisar a responsabilização do agente infiltrado, sendo certo que tal análise deve impreterivelmente passar pelas hipóteses de isenção, eis que crucial para o deslinde da problemática. Dessa forma, possível fundar-se, seja a título informativo ou até mesmo como hipótese de solução, nas legislações internacionais, para tanto foi trazido aspectos relevantes de diferentes tratamentos dados por alguns países, como é o caso do *undercover agente* (agente infiltrado), norte-americano; da Lei 101/2001 portuguesa; da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Lei de Procedimento Criminal) espanhola e do ordenamento jurídico argentino. Todavia, antes mesmo de podermos nos valer dos ensinamentos das legislações estrangeiras, imperioso se faz analisar o tratamento do ordenamento jurídico pátrio sobre a questão. Destarte, tentou-se avaliar a conduta do agente sob a ótica da teoria finalista do delito, tendo em vista que a existência de responsabilidade penal decorre da existência de uma conduta delituosa. Ainda, como forma de validar a isenção da responsabilidade, importante se faz destacar a possibilidade de se aplicar os preceitos da política criminal, tendo em vista a finalidade e importância de sua atividade de investigação. Vale destacar, por fim, que a matéria tratada está aberta para solução, admitindo-se, portanto, outras hipóteses.

**Palavras-Chave:** Crime Organizado. Agente Infiltrado. Responsabilidade Penal. Isenção. Princípios.

## ABSTRACT

The infiltration of agents, modality of criminal investigation, was inserted into the Brazilian legal system by the Law 9.034/1995, and amended by Laws 10.217/2001, 10.409/2002 (Toxic Law) and Law 11.343/2006 (Drug Law). Certainty was that with the introduction of such investigative modality to fight against criminal organizations (*lato sensu*) many doubts came up about its application, given that the legal national rights did not address the issue with the caution due. Among the differences noted by the operators and legal scholars, it can be cast as of vital importance regarding the criminal liability of undercover agent for committing crimes while immersed in a criminal organization. However, to appreciate this failure, which is the focus of this monograph, first, it is necessary to bring the initial notes relevant to the topic. This way, we look for demonstrate briefly and superficially issues related to the focus of the monograph, which are, organized crime (analyzing its legislative developments and especially the need to clarify their legal definition) and infiltration of agents (clarifying its concept, objectives, modalities and the differences between the undercover agent and the responsibility of the undercover agent and the agent provocateur). After this brief explanation, we started to analyze the responsibility of the undercover agent, been right that such analysis must imperatively pass by the hypotheses of isention, since it is crucial for disentangling the problem. This way, it is possible to do the foundation, either for information or even as a chance for a solution, in international law, for it was brought relevant aspects of different treatments given by some countries, such as the undercover agent (undercover agent), American, the Portuguese Law 101/2001, the Ley de Enjuiciamiento Criminal (Criminal Procedure Law) Spanish and the legal system of Argentina. However before we can avail ourselves of the teaching of foreign law, it is imperative to analyze the treatment of the legal national rights about the question. Therefore, we tried to evaluate the agent's conduct in the light of the final theory of the crime, considering that the existence of criminal liability arises from the existence of a criminal conduct. Still, as a way to validate the isention from liability it is important to highlight the possibility of applying the precepts of criminal policy, in view of the purpose and importance of their investigation activity. It is worth to highlight, finally, that the subject is opened for solution, assuming, therefore, other hypotheses.

**Keywords:** Organized Crime. Undercover Agent. Criminal Liability. Exemption. Principles.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 CRIME ORGANIZADO.....</b>	<b>14</b>
2.1 Origem e Desenvolvimento .....	14
2.2 Breve Relato Sobre o Surgimento e Evolução do Crime Organizado no Brasil .....	17
2.3 Complexidade da Conceituação Jurídico-Penal.....	20
2.4 Importância da Definição do Crime Organizado.....	25
2.5 Tipificação na Legislação Pátria.....	27
<b>3 INFILTRAÇÃO POLICIAL.....</b>	<b>30</b>
3.1 Antecedentes Históricos.....	30
3.2 Conceito e Objetivos .....	31
3.2.1 Modalidades de infiltração.....	33
3.3 Agente Infiltrado X Agente Provocador .....	35
<b>4 O AGENTE INFILTRADO NO DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	<b>38</b>
4.1 O Undercover Agente e o Direito Norte Americano.....	38
4.2 As Ações Encobertas e a Lei 101/2001 de Portugal .....	43
4.3 O Agente Infiltrado no Direito Argentino.....	49
4.4 O Agente Infiltrado no Direito Espanhol .....	52
<b>5 O AGENTE INFILTRADO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>55</b>
5.1 Surgimento e Evolução .....	55
5.2 Policiais Que Podem Atuar Como Agente Infiltrado .....	57
5.3 Recomendações da Convenção de Palermo .....	60
5.4 A Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado .....	61
5.4.1 A responsabilidade penal de acordo com a doutrina brasileira .....	62
5.4.2 A teoria finalista do delito e o código penal .....	67
5.5 A Isenção da Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado: Limites e Possibilidades .....	72
5.6 O Agente Infiltrado Como Testemunha .....	84
<b>6 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES .....</b>	<b>86</b>
6.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	86
6.2 Princípio do Contraditório .....	87
6.3 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais .....	91
6.4 Princípio da Publicidade Processual .....	92
6.5 Direito à Intimidade .....	95
6.6 Presunção de Inocência. Vedação da Produção da Prova Contra Si Mesmo ( <i>nemo tenetur se detegere</i> ).....	96
6.7 Princípio da Proporcionalidade.....	100

**7 CONCLUSÃO .....102**

**BIBLIOGRAFIA .....107**

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi elaborada com base na metodologia de trabalho de monografia de conclusão do curso de direito, objetivando a obtenção do grau de bacharel em direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

Propõe-se com o presente trabalho abordar um tema de crescente relevância jurídico-penal, qual seja a responsabilidade penal do agente infiltrado por crimes cometidos enquanto imerso em uma organização criminosa.

Com a entrada em vigor da Lei 9.034/1995, as organizações criminosas (*lato sensu*) passaram a ter um tratamento diferenciado no nosso ordenamento jurídico. Uma dessas novidades trazidas foi a infiltração de agentes. A partir do momento que a citada norma trouxe consigo uma nova modalidade de investigação, infiltração de agente, nascem juntamente inúmeras divergências ou incertezas a respeito de sua utilização. Pode-se focar na responsabilidade penal do agente infiltrado pelo cometimento de crimes no exercício de sua função, ou melhor, infiltrado em uma organização criminosa. Tal discussão possui grande relevância, pois sem um tratamento correto sobre o tema, têm-se dois resultados não adequados às necessidades investigativas e até mesmo contrários a preceitos basilares do nosso ordenamento jurídico, quais sejam, ou se anula um importante meio de combate às organizações criminosas, ou surge um representante do estado imune às leis.

É desta problemática que surge a necessidade da presente pesquisa, pois é somente assegurando a utilização desta medida investigativa de forma segura e condizente com a nossa legislação que garantiremos segurança jurídica para a sociedade, ao agente e a todo operador jurídico.

De tal modo, a referida segurança jurídica será garantida com a resposta de um questionamento imprescindível: qual a responsabilização penal do agente infiltrado que comete crimes enquanto inserido em uma organização criminosa?

Constata-se, sim, ser plenamente possível chegar ao deslinde da problemática apresentada, haja vista que, mesmo sendo a finalidade do agente

infiltrado diversa daquela de cometer delitos, essa prática é um caminho quase que certo no desenvolvimento de sua atividade. Ou seja, muito improvável que com a implementação da medida o agente infiltrado não se encontre em uma situação em que será obrigado a cometer algum delito, pois aos olhos dos integrantes da organização, ele é um comparsa e como tal deve auxiliar nas atividades da organização criminosa.

Deste modo, praticaria ilícitos com o intuito, a princípio, de manter a investigação, ou até para preservar sua integridade física/vida e não para obter vantagens ilícitas. Justamente por isso que se defende o posicionamento de que existe uma solução positiva para o problema, isentando o agente da mencionada responsabilidade penal, sem, contudo, descartar sua responsabilização quando sua conduta desviar do propósito acima citado.

A prática de uma conduta delituosa, pelo agente infiltrado, provoca a análise dos elementos constitutivos do crime, bem como a possibilidade de se impor pena, razão pela qual que, se sua conduta for analisada com base na teoria finalista do delito, adotada pelo Código Penal brasileiro, pode-se chegar a um resultado mais adequado para o caso. Contudo, a resolução do problema não se resume à teoria finalista do delito, pode-se ainda, recorrer a outras temáticas, como por exemplo, a questão da política criminal introduzida pelas legislações que fazem previsão da medida, pois o intuito do legislador a prever a medida é a repressão, punição e desmantelamento das organizações criminosas, conjuntamente ao crime organizado.

Esse é o objetivo da presente pesquisa, demonstrar a responsabilidade penal atribuída ao agente infiltrado pela prática de delitos enquanto imerso em uma organização criminosa. Para tanto, faz-se necessário, inicialmente, explanar sobre temas ligados ao foco principal do trabalho, quais sejam, crime organizado, infiltração policial, como o instituto foi introduzido no direito pátrio e como as legislações correspondentes – Lei 9.034/1995, alterada pela Lei 10.217/2001, e Leis 10.409/2002 e 11.343/2006 - trataram sobre o tema, indicar e demonstrar qual é a posição do direito internacional sobre o assunto, para que assim, possa-se fazer a demonstração e apontar uma solução para a temática principal, abordando a supramencionada *quaestio*.

Neste contexto, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, vez que se parte de uma construção estratégica para chegar ao resultado. Para a

pesquisa foram utilizadas técnicas que correspondem ao uso de documentação indireta, por meio de consulta documental de leis e jurisprudências, bem como de pesquisa bibliográfica, a qual se deu através de artigos, livros e periódicos. Para o uso dessa técnica, contou-se com o auxílio de *sites* da *internet*, bibliotecas, dentre outros meios condizentes ao método de pesquisa proposto.

Logo, a presente pesquisa foi estruturada em sete capítulos. O segundo diz respeito ao crime organizado, enquanto o terceiro trata da infiltração policial, o quarto elucida como a figura do agente infiltrado é utilizada para combater as organizações criminosas pelo direito estrangeiro, por sua vez, o quinto capítulo concerne sobre a responsabilidade penal do agente infiltrado e por fim, com o sexto capítulo tentou-se validar a utilização da infiltração policial com base nos princípios constitucionais, os quais se passam a individualizar e, brevemente esclarecer.

No segundo capítulo, inicialmente tentou-se buscar entendimento sobre o que é crime organizado, evidenciando a importância de tal definição no âmbito jurídico-penal. Para tanto, elencou-se as principais teorias para o seu surgimento e evolução no mundo e no Brasil e posteriormente explanou sobre o seu desenvolvimento jurídico no Brasil. Após tais apontamentos históricos, tentou-se esmiuçar todas as tentativas de tipificação do tema pelo legislador brasileiro, elencando os pontos positivos e principalmente as falhas que existiam e ainda persistem em nosso ordenamento.

Por fim, tentou-se demonstrar que sem uma definição própria e específica do que seja crime organizado, as medidas coercitivas presentes em nosso ordenamento jurídico em nada serão úteis, haja vista que não poderão ser utilizadas em toda sua amplitude, pois assim estaríamos indo em sentido contrário aos preceitos constitucionais basilares que norteiam todo o nosso ordenamento jurídico.

Quanto ao terceiro capítulo, passaremos a estudar sobre a infiltração de agentes, mais precisamente sobre seus antecedentes históricos, conceito, objetivos, as modalidades de infiltração e as diferenças existentes entre o agente infiltrado e o agente provocador.

Já o quarto capítulo, do qual trata sobre o combate às organizações criminosas por meio da utilização do agente infiltrado pelo direito estrangeiro, inicia-se pelo *undercover agent* (agente encoberto) no direito norte americano, que por ser consuetudinário misto e, pela autonomia estatal frente à federal, a matéria não será

abordada em sua totalidade, tratando-se apenas do principal em matéria federal. Assevera-se que o presente ordenamento precedeu todos os demais, até mesmo o pátrio.

O segundo ordenamento jurídico estrangeiro tratado é o português, o qual através do estudo da Lei 101/2001 será possível identificar como ocorre a utilização das ações encobertas, como, também, a respectiva isenção de responsabilidade penal disposta. Por terceiro, elegeu-se o ordenamento jurídico argentino, que por sua vez abordou a matéria, sobretudo pela *Ley 23.737/89*, alterada pela *Ley 24.424/95*. Ainda, conforme se depreenderá, a *Ley 26.044* abordou uma pequena questão sobre a infiltração de agentes.

Ao posto que, ao final do capítulo, ficará demonstrado que o ordenamento jurídico espanhol dispõe sobre a infiltração de agentes como meio de investigação no artigo 282 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Lei de Procedimento Criminal). No mesmo sentido, trata acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado, conforme se observará com a redação do artigo 282, *bis*, do mesmo diploma legal.

No que concerne ao quinto capítulo, aborda sobre a figura do agente infiltrado no direito brasileiro, do seu surgimento e evolução, quem o ordenamento pátrio admite que atue como tal, sua compatibilidade com os preceitos internacionais e por fim adentrou-se no tema principal o estudo da problemática da sua responsabilidade penal. Hipoteticamente, tal celeuma surgiu juntamente com a entrada em vigor da medida de infiltração de agentes, pois ausente de qualquer regulamentação nesse sentido. A conduta criminosa fundamenta a existência da segunda parte desse capítulo, vez que trata da teoria finalista do delito em consonância com o Código Penal brasileiro e, com isso, busca-se um exame apurado da constituição do crime e da possibilidade de imputação de pena pela sua prática, alinhando tudo à conduta do agente.

É com base nisso, que no final do capítulo abordou-se sobre os limites e as possibilidades de atribuição e isenção da responsabilidade penal, onde se buscou enfatizar as hipóteses de isenção dessa responsabilidade penal frente à problemática apresentada.

Assevera-se que esse é o capítulo mais importante, pois é nele que há a apresentação do tema central da presente pesquisa, com a devida orientação para a sua solução.

Por derradeiro, mas também de grande importância, o sexto capítulo abarca sobre os princípios constitucionais, mais precisamente, tenta-se demonstrar que se utilizando do postulado normativo da proporcionalidade, a medida de infiltração de agentes, mesmo ferindo direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, é válida, haja vista que na maioria das vezes a lesão gerada nos direitos dos investigados é mínima frente aos benefícios trazidos pela infiltração.

## 2 CRIME ORGANIZADO

Antes de adentrar ao tema do presente trabalho, a responsabilidade penal do agente infiltrado, necessário se faz explicar de forma superficial o que seja crime organizado, pois a infiltração policial é destinada a obter provas para dismantelar e punir integrantes de organizações criminosas. Primeiramente, buscou-se trazer a origem desse fenômeno criminoso no mundo e no Brasil, posteriormente, tentou-se evidenciar que a conceituação de crime organizado é complexa, mas necessária e, por fim, como a legislação brasileira trata o tema.

### 2.1 Origem e Desenvolvimento

O fenômeno da criminalidade organizada é com certeza secular, sua origem é algo de difícil constatação, pois decorre de diferentes comportamentos em diferentes locais do mundo.

Antes de evidenciar as principais organizações criminosas que deram surgimento ao chamado hoje crime organizado, faz-se necessário estabelecer um parâmetro classificatório, para que assim não se faça uma análise de grupos de indivíduos que nada se assemelham com a criminalidade organizada. Eugênio Zaffaroni, apud Ana Luiza de Almeida Ferro (2009 – p. 67), afirma ser o crime organizado um fenômeno do século passado, sendo o estudo dos grupos criminosos na Antiguidade e Idade Média algo inútil, pois se assim fizéssemos estaríamos entrando em contradição com as próprias premissas classificatórias, posto que, somente indicaria o esquecimento de uma ou mais característica.

[...] é claro que quem fala de crime organizado não está se referindo a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, senão a um fenômeno distinto, que é inconcebível no mundo pré-capitalista, onde não havia empresa nem mercado na forma em que os conhecemos hoje. Remontar-se a essas antigas organizações delitivas não seria mais que mencionar formas anteriores de pluralidade de agentes ou de associações criminais que não são úteis para precisar o pretendido conceito que se busca. (ZAFFARONI, apud FERRO, 2009 – p. 67).

Em sentido contrário, Rodolfo Maia (1997), apud Ana Luiza de Almeida Ferro (2009 – p. 68), entende que o crime organizado tal o qual conhecemos hoje sofreu diversas transformações, todavia, ostenta traços característicos que remontam épocas prístinas. Assim, elenca características embrionárias indicadoras das matrizes do que pode ser atualmente chamado de crime organizado:

- a) a presença de uma pluralidade de indivíduos, normalmente pertencentes ao mesmo estrato social,
- b) minimamente articulados entre si, na fixação de suas tarefas e metas, não se exigindo maior sofisticação organizativa (muitas vezes agregados pela simples presença de uma liderança carismática), as dotadas de certa estabilidade do tempo, e que,
- c) reúnem-se para, via de regra, reiteradamente cometer violações da ordem estabelecida.

Assim, com base nessas características e considerando que o crime organizado vem ao longo do tempo se adequando as modificações da sociedade, faz-se necessário observar as organizações criminosas tanto na Antiguidade como na Idade Média, pois apresentam as tais características embrionárias apontadas acima.

A história remonta que as organizações criminosas surgiram como uma forma de lutar contra a tirania dos Impérios.

Com o passar do tempo, as organizações criminosas se desenvolveram e perderam seu interesse inicial de lutar contra o Império e começaram a ter um escopo econômico, praticando, inicialmente, durante a Idade Média, contrabandos marítimos e pirataria.

Eduardo Araújo da Silva (2009 – p.10/11) aponta que os primeiros grupos de criminosos que podem ser chamados de crime organizado são: as Máfias italianas, a Yakuza japonesa e as Tríades chinesas.

Tais organizações tiveram início no século XVI como movimentos de proteção às populações rurais contra a arbitrariedade do Estado e sua falta de preocupação a essas áreas, que não recebiam nenhuma assistência pública.

Suas atividades só conseguiram obter um desenvolvimento rápido e exorbitante, pois contaram com o apoio e conivência das autoridades das regiões em que atuavam.

Cada uma dessas organizações, no entanto, apresentam um desenvolvimento e características próprias.

As Tríades chinesas surgiram no ano de 1644 (PACHECO, 2008 – p. 22) com o objetivo de expulsar os invasores do Império Ming. Seus membros eram os perseguidos políticos pela Dinastia Ming. A primeira atividade ilícita praticada por eles foi a denominada “venda de proteção” – hoje a chamada extorsão.

Inicialmente, se organizaram na cidade de Hong Kong, mas com a tomada inglesa, seus membros foram forçados a migrarem para a região de Taiwan, onde encontraram uma população solícita ao cultivo da papoula. Assim, quando os ingleses voltaram seus interesses para o cultivo da papoula, em 1880, mais de 20 milhões de chineses já a cultivavam controlados pelas Tríades.

Durante um século as Tríades e os ingleses dividiram o comércio da papoula até que o governo inglês proibiu o comércio, em todas as suas formas, do ópio. A partir de então as Tríades começaram a monopolizar o comércio de heroína.

Já a origem da Máfia italiana é controversa, existem mais de uma história para o seu surgimento, alguns historiadores afirmam que ocorreu no século XVII, outros na era Napoleônica e ainda existem os que afirmam terem surgido durante o reinado das duas Sicílias.

Segundo Mario Daniel Montoya (2007 – p. 03), a versão mais comum é de que a Máfia italiana tenha surgido no período de desintegralização do feudalismo na península itálica, quando os ricos proprietários de terra entraram em conflito com os camponeses. A Máfia surgiu como uma intermediadora entre os camponeses, aristocratas e burguesia rural, conduzindo as tensões por meio de um código específico de comportamento idealizado por ela.

Hoje a Máfia italiana se divide em três grandes organizações: a *Casa Nostra*, atualmente a maior organização criminosa da Europa e uma das mais importantes do Mundo, sua sede é na Sicília e sua criação se deu no século XIX; a *N'Drangheta*, que se diferencia das demais por ter uma estrutura horizontal, e se originou na região de Réggio Calábria; e a *Camorra*, organização criminosa originada em Nápoles, em 1820, como um meio de proteção dos indivíduos presos nas prisões dominadas pelos espanhóis (MONTROYA, 2007 – p. 17/26).

Por fim, temos a Yakuza japonesa, que surgiu em 1612, quando uma crise financeira deixou mais de meio milhão de samurais desempregados. Sem perspectiva, começaram a praticar pequenas pilhagens. Aos poucos, começaram a se agrupar, até que no século XVIII, a Yakuza já havia se transformado em uma organização criminosa propriamente dita (MONTROYA, 2007 – p. 10).

Com o passar do tempo, a Yakuza, centralizou suas ações aos movimentos sindicais, colocando sob sua tutela os operários portuários e da construção civil. Já no final do século XIX e início do século XX, se uniram com grupos ultranacionais e, com a derrota do Japão na Segunda Guerra Mundial, aproximaram-se do Partido Liberal Democrático. Hoje, trata-se de uma organização criminosa que possui grande participação na política e economia japonesa. São proprietários de diversas empresas nos mais diferentes ramos da economia, possuem jornais, revistas e escritórios nas principais avenidas, além de realizar suas reuniões em público (MONTROYA, 2007 – p. 42).

Apesar de sempre ter se dedicado à prática de extorsão e lavagem de dinheiro, o governo japonês só considerou suas ações como ilícitas apenas em 1960.

## **2.2 Breve Relato Sobre o Surgimento e Evolução do Crime Organizado no Brasil**

No Brasil, os primeiros grupos de criminosos que podem ser definidos como organizações criminosas (crime organizado), foi o movimento social denominado cangaço, que atuou especificamente no Nordeste brasileiro entre o final do século XIX e início do século XX.

Os denominados cangaceiros eram os jagunços e capangas existentes nos sistema do coronelismo. Sua atuação se dava em praticar saques, extorquir dinheiro e até mesmo a prática de sequestro. Para tanto, contavam com o apoio dos fazendeiros, chefes políticos e de policiais corruptos, sendo estes, sua principal fonte de armas e munições.

Nicolina Luiza de Petta (2002, p. 21) ensina que:

Em geral, os grupos eram formados por pessoas que pertenciam às camadas mais pobres da população. Para os jovens sertanejos, juntar-se a um bando era uma forma de escapar daquela forma de vida que João Cabral de Melo Neto denominou “Severina”, na qual “se morre de velhice antes dos trinta, de emboscadas antes dos vinte, de fome um pouco por dia” (Morte e vida Severina).

Em seguida, mais precisamente no início do século XX, começa no Brasil a prática de uma contravenção criminosa que se tornou muito popular em pouquíssimo tempo, que é o “jogo do bicho”, que envolve o sorteio de prêmios a apostadores, mediante o recolhimento de apostas.

Essa infração surgiu de forma inocente, com a intenção de arrecadar dinheiro para salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Todavia, os grupos organizados perceberam que o “jogo do bicho” era uma excelente forma de ganhar dinheiro rapidamente, com isto, tomaram o controle do jogo, por meio da corrupção de policiais e políticos e, popularizaram-no, algo que perdura até os dias de hoje, de forma mais velada, mas muito presente (SILVA, 2009 – p. 09/10).

Atualmente, crime organizado pode ser entendido como a prática de diversas condutas delituosas, desde o desvio de dinheiro público para contas de particulares em paraísos fiscais, até o tráfico de animais silvestres.

Com relação à prática dessas diversas modalidades de delitos Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997 – p. 83) elucidam:

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

Por outro, lado as organizações criminosas mais recentes e violentas que atuam no Brasil surgiram nas penitenciárias da cidade do Rio de Janeiro e São Paulo.

A origem desses grupos organizados de natureza popular dentro do sistema prisional brasileiro é a característica mais marcante deste fenômeno no Brasil, sendo isto que o distingue das formas mais comuns presentes hoje no mundo.

As organizações que mais se destacam, nesse diapasão, são o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

O Comando Vermelho (CV) possui como teoria mais aceita a que afirma ter ele surgido em meados de 1980, no Instituto Penal Cândido Mendes, no Estado do Rio de Janeiro, da união de presos comuns e presos políticos. Tem como

fundadores os detentos José Carlos dos Reis Encina, o “Escadinha”, Francisco Viriato de Oliveira, o “Japonês”, José Carlos Gregório, o “Gordo” e William da Silva Lima, o “Professor” (PORTO, 2007 – p. 86/87).

Em sua essência, tem como principal atividade delituosa a prática de tráfico de entorpecentes, que é financiada pela prática de outros delitos, como tráfico de armas e sequestro. Sua estratégia de crescimento foi a mesma utilizada pelos cartéis colombianos, a de aplicar parte dos lucros obtido pela venda de drogas em melhorias à comunidade, conseguindo com isso grande apoio popular.

Sem dúvida a organização criminosa de maior relevância no cenário nacional que surgiu dentro de um presídio é o Primeiro Comando da Capital (PCC), que nasceu em 1993, na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira” de Taubaté (PORTO, 2007 – p. 73).

Originalmente, Primeiro Comando da Capital, era um time de futebol formado por alguns detentos que participava do campeonato interno do presídio. No ano de 1993, ao chegar ao final deste campeonato, porém, o time composto, entre outros, pelos denominados “fundadores” José Marcio Felício, o “Geleirão”, Cezar Augusto Roriz, o “Cezinha”, José Eduardo Moura da Silva, o “Bandeijão”, Idemir Carlos Ambrósio, o “Sombra”, aproveitaram a ocasião e em vez de jogar futebol resolveram agredir dois integrantes do time adversário, levando a morte destes (PORTO, 2007 – p. 73/74).

Este ato acabou se tornando um movimento de reivindicação contra a situação precária que se encontrava o estabelecimento prisional, surgindo a partir de então tal organização criminosa homônima do time de futebol (SALLA, 2008 – p. 365/366).

Todavia as autoridades só reconheceram a existência desta organização criminosa quase uma década depois de seu surgimento e início de atuação, quando em 2001, o Primeiro Comando da Capital, organizou para que de forma simultânea, os detentos de cerca de trinta estabelecimentos prisionais de São Paulo entrassem em rebelião, fato que ficou conhecido como “Megarrebelião” (SALLA, 2008 – p. 366).

É importante frisar que foi o próprio ambiente prisional que favoreceu o surgimento e a evolução desses grupos organizados no interior das prisões. A falta de condições das autoridades para manter a ordem dentro dos estabelecimentos prisionais possibilitou que esses grupos criminosos se aproveitassem de toda e

qualquer forma de obtenção de lucro dentro dos presídios como, tráfico de drogas, extorsão de familiares, controle de locais e atividades, entre outras. Além disso, essas mesmas lideranças, aproveitando da precariedade do sistema, começaram a oferecer aos detentos ajuda material dentro e fora do estabelecimento prisional, criando uma situação de dependência do preso para com o grupo (SALLA, 2008 – p. 375).

### **2.3 Complexidade da Conceituação Jurídico-Penal**

Primeiramente, é importante salientar que um crime só poderá ser considerado organizado se praticado em virtude de atividade ilícita de uma mesma natureza. Ou seja, crime organizado é somente aquele praticado por uma organização criminosa. (GOMES e CERVINI, 1997 - p. 92). Assim, o que se deve ter em mente é chegar a uma conceituação de organização criminosa e não de crime organizado, pois este é fruto daquela.

Quando da edição da Lei 9.034/1995, em seu artigo 1º, o legislador se preocupou em delimitar seu objeto de aplicação. Todavia, ao invés de apresentar no texto normativo a expressão organização criminosa fez alusão às ações de quadrilha ou bando – artigo 288 do Código Penal.

Assim, tal atitude do legislador pátrio gerou grandes dúvidas na doutrina pátria quanto ao verdadeiro objeto da supracitada norma e principalmente qual seria o conceito atribuído a uma organização criminosa. Surgiram a partir de então duas correntes doutrinárias, sendo a primeira muito bem ilustrada por Élio Wanderley e Siqueira Filho (1995 – 40):

Ora, será que as novas regras se referem à figura da quadrilha ou bando, de acordo com o conceito lançado no artigo 288 do CP, ou adotou-se aqui, a concepção vulgar das expressões? Uma organização criminosa é uma associação com mais de três pessoas, formada com o propósito de delinquir?

Portanto, para os doutrinadores que adotaram essa primeira corrente, o artigo 1º demonstrava que o objeto da referida norma, nada mais era do que o próprio crime de quadrilha ou bando, muito embora a ementa da lei tratasse de

organizações criminosas. Dentre os doutrinadores que adotaram tal corrente, Fernando Capez evidencia que em momento algum podemos considerar que as expressões organizações criminosas e quadrilha ou bando sejam idênticas, mas como o texto normativo utiliza essas expressões concomitantemente – aquela no enunciado da lei e esta no artigo 1º - devem se equivaler como sinônimas. Desta forma, entende-se que a Lei 9.034/1995 tratava dos meios investigativos e de provas para a repressão do crime de quadrilha ou bando (CAPEZ, 2006 – p. 88).

Em contrapartida, Willim Douglas, Geraldo Prado e Abel Fernandes Gomes, em sua obra *Crime Organizado e suas conexões com o Poder Público*, aderem à outra corrente quando comentam que “obviamente [...] não podemos considerar toda quadrilha ou bando espécie de organização criminosa” (2000 – 50). Assim sendo, estes doutrinadores não admitem que os referidos termos sejam postos em posição de equivalência, bem como defendiam a inaplicabilidade da lei ante a lacuna deixada pelo legislador, tendo em vista que o Projeto de Lei 3.516/89 que deu origem a Lei 9.034/1995 não pretendia equiparar quadrilha ou bando com organização criminosa. Como forma de resolver tal disparate legislativo, defendem a aplicação do disposto no artigo 278 do anteprojeto de reforma à parte especial do Código Penal, o qual descreve as características de uma organização criminosa, até que o legislador pátrio defina com clareza o objeto de aplicação da Lei 9.034/1995 (2000- p. 50).

Não obstante a importância dessa discussão, com o advento da Lei 10.217 de 11 de abril de 2001 os textos legais dos artigos 1º e 2º a Lei 9.034/1995 foram alterados, dando novo enfoque à discussão. O artigo 1º começou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Portanto, a partir de então, o legislador pátrio enquadrou três situações diversas para aplicação da lei, quais sejam, as quadrilhas ou bandos – decorrentes do artigo 288 do Código Penal -, as associações criminosas e as organizações criminosas.

De plano, essa modificação gerou certa preocupação por parte da doutrina pátria, isto porque o legislador trocou a expressão crime por ilícitos, o que levou a possibilidade da aplicação da Lei 9.034/1995 às contravenções penais. No entanto, não houve qualquer dificuldade para a doutrina solidificar entendimento que a lei continuaria sendo aplicada apenas para crimes:

Por primeiro, observa-se que a norma em análise refere-se a ilícitos e não mais a crimes, como na redação primitiva. Desta forma pode dar margem a entendimento de que passa a abranger também condutas contravencionais. Ocorre que, por enquanto, não se aplica a Lei em análise às contravenções dado que a infração de quadrilha ou bando refere-se a crimes e, por sua vez, as associações previstas no nosso ordenamento também pertinem com a prática de crimes (SILVA; BONINI, LOVORENTI; 2010 – p. 319).

Destarte, pautou-se o entendimento de que não seria possível a aplicação desta lei frente aos ilícitos contravencionais. Mas, tal entendimento não é unânime na doutrina, o ilustre doutrinador Fernando Capez defende que:

[...] embora somente exista quadrilha ou bando para a prática de crimes, conforme redação expressa do art. 288, CP, nada impede que esse agrupamento, formado para a prática de crime, também resolva se dedicar ao cometimento de contravenções (2006 – p. 96).

Trata-se na verdade de ideia considerável, haja vista que se encontra dentre as hipóteses de contravenção penal, a descrita no artigo 50 do Decreto-Lei 3.688 de outubro de 1941, que dispõe acerca dos jogos de azar, dentre eles o jogo do bingo, que mesmo sendo uma contravenção penal sempre foi explorada pelas organizações criminosas. Nesse sentido:

A jogatina, como a maioria dos leitores sabe, nasceu sob os domínios da Máfia. Todos conhecem a história de Las Vegas e do Cassino Flamingo, o primeiro a ser criado no deserto, nos EUA, e que rapidamente se transformou no maior negócio da máfia americana. No Brasil ocorreu o mesmo fenômeno. Aqui a máfia italiana precisava diversificar seus negócios e viu no bingo e nos caça-níqueis a grande oportunidade de faturar alto. E foi o que fez (DELAZARI, Luiz Fernando. **Mais Verdades Sobre os Bingos**. Folha de São Paulo, 02 de março de 2004, Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/04.02.Delazari-Bingo.pdf>) acesso em 15/04/2011.

Em razão disso, fica difícil restringir totalmente a aplicação da Lei 9.034/1995 a crimes, pois as contravenções penais devem ser combatidas da

mesma forma que os crimes. Evidenciado tal ponto, Luiz Flávio Gomes, à época, continuou contribuindo para o esclarecimento da discussão central:

Como se percebe, com o advento da Lei 10.217/01, estão perfeitamente delineados três conteúdos diversos: organização criminosa (que está enunciada na lei, mas não tipificada no nosso ordenamento jurídicos), associação criminosa (exemplo: Lei de Tóxicos, art. 14; art. 18, III; Lei 2.889/56, art. 2º: associação para a prática de genocídio) e quadrilha ou bando (CP, art. 288). (GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2919>>. Acesso em: 15/04/2011

Evidencia-se que a referida Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76), tratava das associações criminosas em seus artigos 14 e 18, inciso III. Contudo, com advento da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que revogou todos os dispositivos daquela Lei, passaram tais dispositivos a corresponderem ao artigo 35. Ficou, portanto, excluído o aumento de pena decorrente da associação para o cometimento de crimes, passando a existir somente a tipificação do crime de associação para a prática dos crimes dispostos na própria lei.

Assim sendo, pacificou-se na doutrina o entendimento que distingue quadrilha ou bando como a prática de crimes conforme dispõe o tipo penal do artigo 288, Código Penal, associação criminosa como sendo aquelas definidas nas legislações penais especiais, tal como a Lei de Drogas anteriormente citada.

Todavia, à época, não se tinha qualquer dispositivo legal que conceituasse ou explicasse organização criminosa. Assim, a crítica que Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini faziam a esta lacuna legislativa ainda se aplicava (1997 – p. 89/90), ao passo que a crítica de Alberto Silva Franco e Rui Stoco explicava claramente a necessidade da conceituação do termo pelo legislador pátrio:

Se o legislador, desavisado ou malicioso, emprega, na construção típica, termos indefinidos para a descrição do comportamento humano, corre-se a sério risco de se estabelecer a insegurança do cidadão e transferir-se ao juiz incumbência do legislador, com a possibilidade de que a arbitrariedade judicial possa campear à solta, sem rei, nem roque (2001 – p. 576).

Isso porque, a falta de previsão legal nesse caso causa grande insegurança jurídica tanto para os operadores do direito, como para o cidadão, que

pode, em razão de um não embasamento legal do termo, ter seus direitos fundamentais violados.

No entanto, as críticas severas à falta de conceituação legal ao termo organizações criminosas tiveram fim em 30 de maio de 2003, quando o Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo 231, ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo na Itália em 15 de dezembro de 2000, da qual o Brasil foi signatário. Referido decreto se transformou no Decreto 5.015 de 12 de março de 2004, sendo que, tal convenção em seu artigo 2º define “grupo criminoso organizado” como sendo:

#### Artigo 2 Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

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

Portanto, a Convenção de Palermo estabeleceu elementos essenciais para o conceito de crime organizado que são:

- I) número mínimo de integrantes (três ou mais pessoas);
- II) a permanência no tempo;
- III) a atuação de forma combinada;
- IV) o cometimento de infrações graves (definidas no artigo 2º, b, da própria Convenção de Palermo);
- V) atuação com o objetivo de obtenção, de maneira direta ou indireta, de vantagem financeira ou material.

A doutrina pátria não foi contrária a esse conceito dado às organizações criminosas, pelo contrário, se utilizou dele para suprir a lacuna legislativa existente. Fernando Capez entende sobre a conceituação atribuída pela Convenção de Palermo que, “a tendência é a de que acabe a restrição quanto à incidência da Lei de Crime Organizado sobre as organizações criminosas, ante o

argumento de que não foram definidas em lei” (2006 – p. 92), enquanto Fábio Ramazzini Bechara e Damásio Evangelista de Jesus afirmam:

É fundamental salientar que a adoção desse mecanismo de investigação, tratando-se de crime organizado, implica o cumprimento pelas autoridades brasileiras do compromisso internacional assumido por ocasião da assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, denominada Convenção de Palermo, já devidamente ratificada por meio do Dec. Leg. n.5.015/2004 (2005 – p.82)

Assim a partir da validade da Convenção de Palermo no território brasileiro e a falta de outro dispositivo normativo para a conceituação do termo “organização criminosa”, verifica-se a coerência e necessidade da adoção do conceito trazido pela aludida Convenção, para que seja possível a aplicação da Lei de Crime Organizado, solucionando, de forma temporária, a problemática causada pela omissão legislativa. Todavia, embora a coerência, urgência e necessidade estejam devidamente suprimidas, deve-se ter muita cautela quando da aplicação da referida Convenção ratificada, quanto ao seu alcance, de forma que, para sua utilização, os requisitos trazidos por ela devem estar devidamente preenchidos.

Importante frisar que apesar da Convenção de Palermo ter sido incorporada no nosso ordenamento e ter estabelecido parâmetros para a definição do que seja crime organizado, em nenhum momento faz menção a tipos penais e sim estabelece uma obrigação jurídica dos Estados partes de criar um aparato legislativo que atenda e observe as diretrizes propostas por ela.

Destarte, necessário se faz ainda a criação de uma lei penal em sentido estrito para a definição exata do que seja crime organizado.

#### **2.4 Importância da Definição do Crime Organizado**

Ante o exposto, em razão da dificuldade da definição do que seja criminalidade organizada, alguns autores defendem a ideia de que seja desnecessário ou mesmo insensato criar-se tal definição. Francis Rafael Beck, por exemplo, entende conceituar crime organizado no estágio que se encontra os

estudos criminológicos não seria razoável ou seguro, podendo gerar uma restrição ou mesmo ampliação demasiada. Afirmar ainda o autor que:

[...] a própria mutabilidade do fenômeno impede esta restrição. Qualquer conceito que poderia ser utilizado há duas ou três décadas certamente não se adequaria à maior parte dos casos atuais de suposta existência de criminalidade organizada. Com a globalização da economia e a revolução das formas de comunicação e transferência de dados e informações, mesmo um conceito formulado há poucos anos já poderia restar completamente desatualizado, obsoleto (2004 – p. 73/74).

O mesmo entendimento possui Adhemar Ferreira Maciel (1995) quando afirma que a Lei 9.034/95 fez bem em não definir o que seja crime organizado, haja vista que não se trata de figura típica, ficando ao encargo da doutrina e jurisprudência estabelecer tal conceito.

Todavia, não concordamos com tais entendimentos, faz-se necessário superar o medo de conceituar as organizações criminosas, para que somente assim, após a existência de um conceito legal seja possível o emprego dos meios de investigação de provas que provoquem a restrição de direitos e garantias do cidadão – tais como a infiltração de agentes, objeto do presente trabalho – privilegiando assim, o princípio da legalidade que preconiza entre outras coisas, a vedação do emprego de meios de investigação excepcionais que restrinjam direitos fundamentais dos cidadãos, sem que o crime que tais meios pretendam reprimir esteja previsto em lei anterior (PITOMBO, 2009 – p. 157).

Nesse sentido Antonio Scarance Fernandes (2009 – p. 15), afirma:

A falta de definição de organização criminosa impossibilita a restrição a direitos e garantias do investigado, do acusado, do condenado, com fundamento no fato de pertencer a esse tipo de identidade, por ofensa aos princípios da reserva legal e da proporcionalidade.

Deste modo, somente com uma lei anterior que defina crime organizado, a aplicação dos meios investigativos para combatê-lo teria validade e eficácia, permitindo, portanto a manutenção da ordem constitucional.

Além disso, apenas com a definição de um modelo legal de organização criminosa poderiam se estabelecer limites às restrições das garantias individuais, quando de uma investigação e conferir a segurança jurídica necessária para a delimitação exata do campo de aplicação da norma penal, pondo fim assim, à utilização de forma subsidiária do crime de quadrilha ou bando. Ademais, é certo

que a taxatividade da lei limita o poder estatal, garantindo a vinculação dos aplicadores do direito à letra da lei.

Assim entende Antônio Sergio Altieri de Moraes Pitombo (2009 – p. 113/114):

A falta de tipo legal põe os operadores do direito sob risco de padecerem com a arbitrariedade judicial, dada a perda da garantia da reserva legal. O desprezo à união entre direito e processo penal compõe mais um aspecto de temor, porque a persecução passa a ter valor não pelo fim justo, mas pela satisfação de empregar esses meios contra determinadas pessoas, em nome de falsos ideais de proteção a interesse, paz, segurança, ou ordem pública. Impossível imaginar o duo process of law em persecução penal que apura fato, indefinido pela lei, mediante atos investigatórios (art. 2º da Lei 9.034/1995) e procedimentos (art. 3º da Lei 9.034/1995) que desrespeitam direitos e garantias inerentes ao processo penal. E tal descuido quanto a legalidade, como fundamento do Estado Democrático de Direito, (art. 5º, XXXIV, da CF c/c o art. 1º do CP), significa violar a própria regra da separação das três fases do poder estatal (art. 2º da CF).

Portanto, somente será possível um combate eficaz e de acordo com os ditames constitucionais quando o legislador pátrio trouxer uma definição exata do que seja crime organizado.

## **2.5 Tipificação na Legislação Pátria**

A legislação brasileira há mais de uma década vem tentando encontrar meios para solucionar o problema da criminalidade organizada. Da análise dos diversos projetos de lei, alguns convertidos em lei, que tentaram tipificar o fenômeno criando aparatos investigativos e processuais, chega-se a conclusão de que o legislador se pautou, alternadamente, em três linhas de pensamento para definir o que seria crime organizado.

A primeira consiste em partir da definição de organização criminosa para conceituar crime organizado, que seria a atividade praticada pelos integrantes daquela. A segunda tem como escopo definir o crime organizado pelas suas características essenciais, sem, contudo, descrever quais tipos penais se enquadrariam nessas características. A terceira e última linha de pensamento, por sua vez, tenta definir crime organizado especificando um rol de crimes.

O primeiro projeto de lei que tinha como matéria o crime organizado foi o de nº 3.516/1989 (“Projeto Miro Teixeira”). O documento tratava da criminalidade organizada e formas de combatê-la, adotando para tanto, a primeira linha de pensamento acima demonstrada, ou seja, buscava definir o crime organizado através da noção de organização criminosa. Dessa forma, o artigo 2º do referido projeto definia organização criminosa como: “aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional”.

Uma vez aprovado pela Câmara dos Deputados Federais o projeto de lei tramitou por longo período no Senado Federal, onde foi substituído sofrendo uma transformação radical. Em razão dessas modificações realizadas, o artigo 2º passou a ter a seguinte redação: “considera-se crime organizado o conjunto dos atos delituosos que decorram ou resultem das atividades de quadrilha ou bando, definidos no parágrafo 1º do artigo 288 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”.

Percebe-se que, erroneamente, o legislador vinculou a definição de crime organizado ao crime de quadrilha ou bando, desvirtuando totalmente a ideia original trazida. Foi com todas essas modificações que este projeto deu origem a lei 9.034/1995.

Como dito acima, o Projeto de Lei 3.516/1989, após passar por diversas modificações, foi aprovado e transformado na Lei 9.034/1995, que foi a primeira lei no Brasil, que efetivamente regulamentou, em tese, meios de combate à criminalidade organizada.

O artigo 1º da lei 9.034/1995, em sua redação original encontra-se assim redigido:

Art. 1º. Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

Como se vê o legislador de maneira irresponsável utilizou um tipo penal já existente para definir nova modalidade criminosa e pior com uma linguagem abrangente e confusa.

De fato, a lei, seguiu caminho totalmente oposto do que foi traçado inicialmente pelo Projeto de Lei 3.516/1989, pois além de não definir o que seria

organização criminosa e crime organizado, não se preocupou, ao menos, em enumerar condutas criminosas praticadas por organizações criminosas que pudessem ser consideradas formas de crime organizado. Ao escolher em deixar em aberto tais tipos penais, o legislador possibilitou que, potencialmente, qualquer crime - mesmo os de menor potencial ofensivo – pudesse caracterizar crime organizado, bastando para tanto que decorresse de ações de quadrilha ou bando.

Eduardo Araújo Silva deixa bem explícito o problema causado por tal erro legislativo (2009 – p. 25 e 26):

À época da edição da lei as críticas da doutrina quanto à insuficiência do critério adotado pelo legislador brasileiro foram inevitáveis, considerando-o ao mesmo tempo ampliativo e restritivo. Assim, ao limitar a definição de organização criminosa, o legislador equiparou o tratamento de quadrilhas que praticam pequenos ou médios crimes (furto e receptação de toca-fitas, roubo e receptação de relógios) a grandes organizações que se dedicam ao crime organizado (tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e de armas, grandes fraudes fiscais), em frontal contradição com a tendência contemporânea de separar as diversas modalidades de crimes.

Para tentar sanar tal vício legislativo foi editada a Lei 10.217/2001, que alterou o artigo 1º da Lei 9.034/1995, introduzindo a expressão “organizações ou associações criminosas”. Todavia, tal modificação do texto normativo não se mostrou suficiente para corrigir o problema conceitual de crime organizado, simplesmente deixou explícito entendimento dominante da doutrina de que o fenômeno do crime organizado não se confunde com quadrilha ou bando.

Se não bastasse tal omissão, o legislador não se preocupou em afastar antigas dúvidas, haja vista que ao manter a expressão “quadrilha ou bando” pode induzir os operadores do direito à conclusão de que toda atividade praticada em decorrência de tal tipo penal deve ser tratada como se fosse organização criminosa, violando, assim, o princípio da proporcionalidade.

Com a mesma impropriedade, a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) no § 4º do artigo 33 e no artigo 37, menciona organização criminosa, sem, contudo, definir tal fenômeno.

### 3 INFILTRAÇÃO POLICIAL

O presente capítulo ilustra a origem do instituto da infiltração de agentes como forma de investigar crimes e punir seus agentes, demonstrando que o aludido instituto vem sendo utilizado há muitos séculos por diversos países.

Em seguida buscou-se conceituar a infiltração e o agente que a realiza, os objetivos buscados quando da sua autorização e as formas como ela pode se desenvolver.

Por fim, traz-se diferenciação crucial para o desenvolver da investigação e principalmente para sua validação e utilização para punir os membros da organização criminosa, qual seja, a diferença da atuação de um agente infiltrado para a de um agente provocador.

#### 3.1 Antecedentes Históricos

A origem do instituto da infiltração de agentes, de acordo com a maioria dos estudiosos, tem ligação com o período do absolutismo francês, mais precisamente no reinado de Luís XIV, quando para fortalecer o *Ancien Regime*, o governo criou a figura dos “delatores” (ou *agent provocateur*), que nada mais eram que cidadãos que descobriam na sociedade quem eram os inimigos do Regime em troca de favores do príncipe (SILVA, 2009 – p. 75).

Tais agentes eram contratados pela polícia parisiense para se infiltrar no âmago da sociedade com o intuito de descobrir os inimigos políticos do príncipe. Para tanto a polícia parisiense contratava dois tipos de agentes, aqueles que trabalhavam encobertos, clandestinamente, que recebiam o nome de *observateurs*, e aqueles que eram contratos abertamente chamados de *mouches*, *sous-inspecteurs*, *commis* ou *préposés*. Dentre os contratados estavam presos que trocavam o tempo de pena pela cooperação com a polícia e até mesmo pessoas do mais alto nível social, que tinham a função de se infiltrar nos locais frequentados pela alta sociedade da época. (MEIREIS, 1999 – p. 20/21).

Inicialmente o “delator” limitava-se a observar a conduta das pessoas e levar ao conhecimento das autoridades. Todavia, com o passar do tempo a simples observação se tornou insuficiente, pois as atividades contra o regime continuavam. Assim, a atividade de espionagem evoluiu passando para uma verdadeira provocação de condutas consideradas ilícitas (SILVA, 2009 – p. 75).

A prática da conduta dos “delatores” não se limitou à França, foi utilizada em diversos países europeus nessa mesma época. Na Espanha, os “delatores” foram utilizados em grande escala, principalmente, no período da Inquisição com o intuito de buscar manifestações consideradas pela Igreja Católica como “heréticas”. No Reino Unido também esteve presente os “delatores”, mas não com tanta veemência como na França e Espanha. O Reino Unido utilizava de informantes para a obtenção de provas e capturas de criminosos e em troca pagava uma recompensa; prática que perdurou até o final do século XIX (ONETO, 2005 – 24/25).

Portanto, como se vê, embora hoje a figura do agente infiltrado e do agente provocador são muito distintas em nosso ordenamento jurídico, sendo a primeira aceita e a segunda proibida, ambas tiveram a mesma origem, da figura do *agent provocateur* do absolutismo francês.

### **3.2 Conceito e Objetivos**

Segundo Eduardo Araújo Silva, a infiltração policial, nada mais é que um meio de investigação com o intuito de obter provas, que deve, necessariamente e previamente, ser autorizado judicialmente (2009 – p. 74):

A infiltração de agentes consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção da prova, pela qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, infiltra-se numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento.

Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves definem o agente infiltrado como sendo aquele que (2001 – p. 37):

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

Já Antonio Scarance Fernandes entende que o (2009 – p. 18):

[...] ingresso de alguém em uma organização criminosa, com ocultação de sua identidade, objetivando descobrir os seus membros, principalmente os de atuação mais relevante na estrutura daquela organização, e colher elementos para a prova de suas infrações. O fato de alguém penetrar na organização, agindo como se a ela pertencesse, permite-lhe conhecer o seu funcionamento e possibilita o acesso a informações e dados relevantes.

No Brasil esse agente que irá se infiltrar em uma organização conquistando à confiança de alguns de seus membros para que assim consiga informações relevantes será sempre um policial, ao contrário do que ocorre em muitos países, como se verá no capítulo seguinte. Outros países admitem a infiltração não só de policiais, mas também de funcionários públicos com funções administrativas e até mesmo de particulares.

Assim, como se denota das definições citadas acima, a infiltração de agentes é uma modalidade de investigação que consiste em colocar alguém dentro de uma organização criminosa, assumindo este a qualidade de seu integrante. Essa integração pode, de acordo com as necessidades da investigação, se dar em diferentes níveis da própria organização, sendo que quanto mais alto o nível que o agente alcançar, mais prestígio ele obteve e conseqüentemente conseguirá informações mais significativas.

Os objetivos do agente quando em uma infiltração concentra-se basicamente em identificar o maior número possível dos membros de uma organização criminosa e com isso neutralizá-la e destruí-la.

Isto pode ser obtido, pois conforme afirma Rafael Pacheco (2008 – p. 109):

Uma vez infiltrado e freqüentando o mesmo ambiente da organização criminosa, os agentes são capazes de presenciar, em primeiro plano, discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso. Essas discussões freqüentes relatam crimes consumados ou resultam no planejamento e cometimento de novos crimes. É aqui que se espera estar o agente infiltrado, posto a observar o desenvolvimento dos fatos de forma

sempre adequada aos fins da persecução penal provendo abundante informação sobre o esquema e funcionamento da organização.

Como se vê, a grande vantagem que se tem com a infiltração de agentes é a possibilidade de se obter provas de maneira mais ampla do que qualquer outro meio de investigação já criado e adotado em nosso ordenamento jurídico. Haja vista que o contato de direto, rotineiro do agente policial com os investigados, lhe possibilita descobrir como é o funcionamento, a estrutura, composição e principalmente quais são as atividades criminosas desempenhadas pela organização, podendo assim atingir o objetivo principal da persecução que é punir seus integrantes e eliminar a organização criminosa. Conforme sustenta Marcelo Batlouni Mendroni (2007 – p. 54):

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

Ainda, a razão da infiltração de agentes obter mais resultados do que os demais meios de investigação é que o sucesso das organizações depende basicamente da discricção, da ocultação das suas atividades e de seus membros (PACHECO, 2008 – p. 108).

### **3.2.1 Modalidades de infiltração**

A infiltração policial pode assumir diversas formas, sendo que sua escolha se baseia nas necessidades da investigação. Assim, dependendo do grau de envolvimento do agente no meio criminoso e da duração da infiltração, as modalidades podem ser divididas em *light cover* e *deep cover* (ONETO, 2005 – p. 81).

As infiltrações tidas como mais leves e menos arriscadas são aquelas caracterizadas por não durarem mais de seis meses e exigirem um menor grau de planejamento, experiência e supervisão do agente, sendo que o policial mantém

dentro da sua corporação, sua posição e identidade. O objetivo dessa modalidade resume-se em uma única transação ou encontro para obter informações que, portanto, não exigem a permanência contínua do agente policial no meio criminoso.

Segundo Isabel Oneto (2009 – p. 82/83), as operações denominadas de *ligh cover* podem ser subdivididas em 6 espécies:

São elas: a *decory operation* (ou *operation leurre*), na qual o agente assume o papel de vítima em potencial, para que outros policiais possam efetuar a prisão no momento em que o infiltrado for atacado pelo investigado; a *pseudo-achat*, na qual o policial apresenta-se como comprador dos produtos ilícitos; a *pseudo-vente*, onde o agente demonstra ser vendedor de tais produtos; o *flash-roll*, em que o infiltrado exhibe quantia de dinheiro a fim de convencer os vendedores da mercadoria ilícita a “fechar negócio”; a *livraison surveillée*, ou entrega vigiada, que consiste em vigiar o transporte, em determinado território, de mercadoria ilícita, retardando-se a interpelação dos investigados a fim de deter os responsáveis por ela e; *livraison contrôlée*, semelhante à *livraison surveillée*, mas na qual os próprios policiais transportam a mercadoria, responsabilizando-se pela entrega.

Assevera-se que a espécie *livraison surveillée* ou entrega vigiada no Brasil não é tida como infiltração policial, mas sim outro meio de investigação policial para crimes relacionados à criminalidade organizada, a ação controlada, que é regulada pelo artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.034/95.

Já as infiltrações denominadas de *deep cover* se caracterizam por ser mais profundas, com maior duração e por exigirem uma total inserção do agente no meio criminoso. É nessa modalidade que os agentes recebem identidades falsas, podendo inclusive a chegar a cortar laços com a sociedade e família. Esse tipo de infiltração é o que mais propicia uma situação de vulnerabilidade por parte do infiltrado, podendo deixar sequelas físicas e psicológicas.

Assim como a *ligh cover*, a infiltração denominada de *deep cover* pode ser subdividida (ONETO, 2009 – p. 83/84):

Também ressaltando-se diferenças regionais, pode-se dividir as operações *deep cover*, genericamente, em: *sting operation*, na qual um agente, sob falsa identidade, monta uma empresa ou um estabelecimento comercial, alardeando que compra mercadoria ilícita ou roubada, com o objetivo de atrair para ele os investigados; *honey-pot operation*, em que o infiltrado abre um bar ou outro comércio, com a intenção de o transformar em um centro de encontros da criminalidade organizada; *buy-bust operation* técnica de infiltração na qual o agente, aos poucos, adquire pequenas quantidades de drogas ou outros produtos ilícitos, sem que seu fornecedor seja detido, para assim efetuar sua inserção no meio criminoso e efetua a prisão do investigado apenas no momento em que efetua a compra de um quantidade

maior de produtos ilegais; e finalmente, a *infiltration de réseaux* ou de *groupes*, operação de infiltração mais ou menos longa de caráter genérico, em que o agente se infiltra no meio criminoso para assim recolher informações e provas sobre a preparação de crimes ou sua consumação.

### 3.3 Agente Infiltrado X Agente Provocador

A atividade do agente infiltrado quando imerso à realidade da organização criminosa deve limitar-se pura e simplesmente a observação das atividades realizadas por ela. Todavia, no decorrer da investigação, o agente infiltrado pode se deparar com uma situação onde vai ser exigida sua participação em alguma atividade delituosa, mantendo assim sua condição de integrante e possibilitando a obtenção da confiança dos membros da organização.

Com efeito, para que ele mantenha sua qualidade de agente infiltrado deve pautar-se pela inércia quanto à ideia e vontade dos reais membros da organização em realizar a atividade criminosa. Mais precisamente, o agente infiltrado manterá essa característica quando participar de uma atividade já em andamento ou em uma cuja idealização das condutas típicas partirem inteiramente dos reais membros da organização.

Em contrapartida, se em algum momento o infiltrado extrapola em sua conduta e acaba influenciando decisivamente o comportamento dos investigados e alterando-lhes a predisposição ao cometimento de crimes, deixa de ser qualificado como agente infiltrado, passando a ser agente provocador.

O agente provocador, portanto, é aquele que atua na criação da ideia do delito e ajuda na sua execução como coautor ou partícipe com o intuito de com isso, possibilitar que os investigados possam ser punidos pela prática de uma conduta criminosa. Assim, sua conduta é extremamente indesejada, pois vicia a manifestação de vontade dos agentes a tal ponto que os induz a praticar um delito.

Rogério Lauria Tucci ensina que (1980 – p. 228):

[...] resta, então desvirtuada a atuação delitiva desenvolvida pelo infrator, nos seus aspectos fundamentais, consubstanciados na espontaneidade do querer, na exclusividade da ação criminosa e na autenticidade do fato tido como típico pela legislação penal material.

Neste sentido Manuel Monteiro Guedes, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves afirmam que (2001 – p. 32):

[...] caso o agente infiltrado passe a provocador, actua contrariamente aos princípios e às normas próprias de um Estado de direito democrático e inerentes a um processo penal de estrutura acusatória temperado pelo princípio da investigação.

Assevera-se que a inferência do policial na prática do delito torna impossível qualquer tipo de prisão referente a este delito. Pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria possuem o entendimento firmado de que a ingerência do infiltrado na determinação da conduta do investigado torna o crime impossível, haja vista que este não se consumaria se não fosse a intervenção do infiltrado.

Nesta toada Roberto Delmanto Junior entende que (2001 – p.111):

[...] a consumação do delito é impossível, tendo-se em vista o fato de não restar ameaçado ou efetivamente ofendido qualquer bem juridicamente tutelado, sem prejuízo de se questionar também o dolo, posto que a vontade do aludido infrator, ou seja, o elemento subjetivo de sua conduta foi desvirtuado.

Neste íterim, Nelson Hungria caracteriza o ato do investigado maculado pela influência do infiltrado como (1955 – p. 105):

Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas consequências frustradas por medidas tomadas de antemão, não passa de um crime imaginário. Não há lesão, nem efetiva exposição a perigo, de qualquer interesse público ou privado.

Portanto, a prisão em flagrante de um delito cometido nestas circunstâncias, recebe o nome de flagrante provocado, descrito por Rogério Lauria Tucci como (1980 – p. 228):

[...] o estado de flagrância delitiva forjado, provocado, forçado, em que se cogita de antepor, propositadamente, um fato orientador da conduta do criminoso. Daí por esta, ao invés de desenrolar-se espontaneamente, e dirigida à efetuação de determinada infração penal.

Por sua vez, Nelson Hungria aponta que o flagrante provocado trata-se de hipótese verificada (1955 – p. 103):

[...] quando alguém insidiosamente provoca outrem à prática de um crime e, simultaneamente, toma as providências necessárias para surpreendê-lo na flagrância da execução, que fica, assim, impossibilitada ou frustrada [...]

Este entendimento também foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando da edição da súmula 145:

Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Por fim, fica evidente o posicionamento adotado pelo Estado brasileiro quanto à incitação do infiltrado à prática de uma atividade delituosa pelos investigados, sendo, portanto, de suma importância em um caso em concreto saber definir como foi a atuação do agente (infiltrado ou provocador), para que assim possa ser possível ou não a punição dos investigados.

## 4 O AGENTE INFILTRADO NO DIREITO INTERNACIONAL

A realidade vivenciada é que quase todos os países do mundo dispõem de agentes infiltrados, como meio de investigação e para obtenção de provas, ainda que em alguns esta figura não esteja positivada. Posto isto, a seguir analisaremos, ainda que superficialmente, as regulamentações legais existentes acerca do tema nos ordenamentos jurídicos de alguns países, a saber: Estados Unidos da América, Portugal, Argentina e Espanha.

### 4.1 O Undercover Agente e o Direito Norte Americano

Os Estados Unidos da América foi, no desenvolver de sua política de repressão ao crime organizado, o primeiro a criar um sistema jurídico que prevê como forma de investigação a infiltração de agentes.

Inicialmente, vale ressaltar que o sistema jurídico norte americano é consuetudinário misto, ou seja, as decisões são baseadas na legislação e nos costumes, sendo que mesmo tendo esse caráter misto, a legislação prevalece sobre os costumes no que diz respeito à hierarquia dos sistemas.

Pois bem, a infiltração de agentes está regulamentada no *United States Code – US Code*, onde o legislador norte americano delimitou como será a utilização e o desenvolver das atividades da infiltração de agentes, bem como, a responsabilidade penal do agente infiltrado quando da prática de algum delito.

Todavia, o Código dos Estados Unidos (*US – Code*) prevê a infiltração por diversas vezes em diferentes Títulos. Marcelo Batlouni Mendroni bem destaca (2007 – p. 180/181):

10 Outras hipóteses de atuação investigativa por agentes infiltrados  
 12USC Sec. 1787. *Payment of insurance.*  
 28USC Sec. 533. *Investigative and other officials; appointment.*  
 26USC Sec. 7608. *Authority of internal revenue enforcement officers.*  
 19USC Sec. 2081. *Undercover investigative operations of Customs.*  
 15USC Sec. 78q-1. *National system for clearance and settlement.*  
 42USC Sec. 2297h-10. *Uranium transfers and sales.*  
 18USC Sec. 175b. *Possession by restricted persons.*

8USC Sec. 1363a. Undercover investigation authority.  
 5USC Sec. 5304. Locality-based comparability payments.  
 7USC Sec. 6515. Requirements of certifying agents.  
 12USC Sec. 197. Shareholder's meeting: continuance of receivership.  
 38USC Sec. 1116. Presumptions of service connections for diseases.  
 42USC Sec. 262a. Enhanced control of dangerous biological agents.  
 49USC Sec. 13907. Household good agents.  
 22USC Sec. 612. Registration statement.  
 42USC Sec. 5195. Declaration of policy.  
 7USC Sec. 1631. Protection for purchases of farm products.  
 15USC Sec. 1681u. Disclosures to FBI for counterintelligence purposes.  
 42USC Sec. 300dd-21. Demonstration projects.  
 49USC Sec. 30164. Service of process.  
 22USC Sec. 614. Filing and labeling of political propaganda.  
 31USC Sec. 3302. Custodians of money.  
 26 USC Sec. 6413. Special rules applicable to certain employment taxes.  
 49USC Sec. 723. Service of notice in Board proceedings.  
 49USC Sec. 44308. Administrative.  
 26USC Sec. 6103. Confidentiality and disclosure of returns and return.  
 50USC Sec. 1520a. Restriction on use of human subjects for testing.  
 10USC Sec. 1585a. Special agents of the Defense Criminal Investigative.  
 15USC Sec. 634. General powers.  
 12USC Sec. 1735f-15. Civil money penalties against biowarfare.  
 10USC Sec. 2370a. Medical countermeasures against biowarfare.  
 22USC Sec. 611. Definitions.  
 8USC Sec. 1281. Alien crewmen.  
 5USC Sec. 5545a. Availability pay for criminal investigators<sup>1</sup>.

Não obstante essa numerosa previsão legislativa, duas são as principais no tocante a autorização da infiltração de agente e da responsabilização destes. Primeiramente, no que diz respeito à autorização de tal medida, o Título 28 – dos Procedimentos Judiciais e do Judiciário - Parte II – do Departamento de Justiça - Capítulo 33 – da Agência de Investigação Federal (FBI) – Seção 533 dispõe:

*Investigative and other official; appointment*

*The Attorney General may appoint officials—*

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

<sup>1</sup> Por se tratar de referência tão somente ilustrativa, dispensa-se tradução do trecho em questão.

<sup>2</sup> Funcionários investigativos e outros; designação:

O Procurador Geral de Justiça pode designar funcionários

- (1) para detectar e reprimir crimes contra os Estados Unidos;
- (2) para ajudar na proteção da pessoa do Presidente;
- (3) para ajudar na proteção da pessoa do Procurador Geral da Justiça; e
- (4) para realizar outras investigações condizentes a assuntos oficiais sob o controle do Departamento de Justiça e do Departamento do Estado, como devam ser dirigidas pelo Procurador Geral de Justiça (Tradução Livre).

Assim, como se vê, fica bem determinada a aplicação desse meio investigativo por parte do Procurador Geral de Justiça. Isso ocorre, pois diferentemente do que acontece no Brasil. Nos Estados Unidos a autorização e condução da infiltração de agentes ficam a cargo do Ministério Público e não condicionada a autorização judicial como no Brasil. Assevera-se que tais situações visam proteger bem jurídico de grande valia e que a infiltração de agentes não fica adstrita somente às situações citadas acima, sendo estas as de maior relevância pelo bem jurídico tutelado.

Com relação à responsabilidade penal do agente infiltrado, o *US – Code* (Código dos Estados Unidos), traz no Título 21 – Das Comidas e Drogas – Capítulo 13 – Da Prevenção e Controle de Drogas - Subcapítulo I – Do Controle e Execução - Parte E – Provisões de Execução e Administrativas - do Código dos Estados Unidos:

*(d) Immunity of Federal, State, local and other officials*

*Except as provided in sections 2234 and 2235 of title 18, no civil or criminal liability shall be imposed by virtue of this subchapter upon any duly authorized Federal officer lawfully engaged in the enforcement of this subchapter, or upon any duly authorized officer of any State, territory, policial subdivision thereof, the District of Columbia, or any possession of the United States, who shall be lawfully engaged in the enforcement of any law or municipal ordinance e relating to controlled substances<sup>3</sup>.*

A ressalva no tocante as seções 2234 e 2235 diz respeito ao não cumprimento, ao cumprimento com excesso de rigor ou ainda sem autorização, posto que, nesses casos ele será responsabilizado.

Como se vê, a isenção de responsabilidade penal do agente infiltrado fica condicionada a sua ação, se esta foi conforme determina a legislação e devidamente autorizada. Todavia, fica evidente a subjetividade que impera no dispositivo, ou seja, a isenção somente vai se aplicar quando a infiltração tiver como objetivo a investigação de atividades delituosas envolvendo drogas.

---

<sup>3</sup>(d) Imunidade de Federal, Estadual, Local e outros policiais:

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

Ainda a respeito, à responsabilidade penal do agente infiltrado, a *Undercover and Sensitive Operations Unit* (Unidade de Operações Sensíveis e Encobertas), publicou a *Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations* (Orientações do Procurador Geral sobre as operações encobertas realizadas no FBI) revisado em 13/11/1992 que dispõe:

- (3) *Prohibitions: An undercover employee shall not*  
 (a) *participate in any act of violence except in self-defense*  
 (b) *initiate or instigate any plan to commit criminal acts except in accordance with Part V (Avoidance of Entrapment) below; or*  
 (c) *participate in conduct which would constitute unlawful investigative techniques (e.g, illegal wiretrapping, illegal mail openings, breaking and entering, or trespass amounting to an illegal search).*  
 (4) *Self-Defense: Nothing in these Guidelines prohibits an undercover employee from taking reasonable measures of self-defense in an emergency to protect his or her own life or the others against wrongful force. Such measures shall be reported to the appropriate Federal prosecutor FBIHQ, who shall inform the Assistant Attorney General for the Criminal Division as soon possible<sup>4</sup>.*

Por assim, em casos de autodefesa de sua vida ou da vida de outrem o agente infiltrado pode praticar condutas que inicialmente são vetadas a ele. O intuito do legislador foi aclarar a discricionariedade a ser cometida pelo agente, bem como evidenciar ser possível a isenção de pena em situações em que se veja obrigado a cometer algum delito que não corresponda com o objetivo de sua infiltração, mas que são justificáveis em razão de uma agressão injusta contra si ou contra terceiro.

Como resultado da grande utilização da infiltração de agentes como meio investigativo, tem-se o surgimento de uma doutrina de defesa contra esta prática policial, que foi denominada de *entrapment defense*. Tal doutrina trouxe uma grande revolução na problemática da provocação de delitos e da infiltração policial como um todo (MEIREIS, 1999 – p. 95). A palavra *entrapment* que de forma literal pode ser traduzida como “apanhar na armadilha”, foi definida pela jurisprudência

---

<sup>4</sup> (3) Proibições: Um agente infiltrado não pode:

- (a) participar em qualquer ato de violência, exceto em autodefesa;  
 (b) iniciar ou instigar qualquer plano para cometer atos criminosos, exceto em conformidade com a Parte V (Prevenção de Flagrante Preparado) abaixo ou  
 (c) participar na conduta que constitua uma investigação de técnicas ilegais (por exemplo, escutas telefônicas ilegais, ilegal quebra de sigilo de correspondência eletrônica, romper e adentrar, ou trespassar para uma busca ilegal).  
 (4) Auto-defesa: Nada nestas orientações proíbe o agente infiltrado de tomar medidas razoáveis de autodefesa em caso de emergência para proteger a sua própria vida ou a vida de outras pessoas contra o agressor. Essas medidas devem ser comunicadas ao Ministério Público Federal e ao Quartel General da Agência Federal de Investigação (FBIHQ), que devem informar ao Procurador-Geral Adjunto da Divisão Penal o mais rapidamente possível (Tradução Livre).

americana como: “*the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of this commission by one who not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer*”<sup>5</sup>. (ONETO, 2005 – p. 40)

A *entrapment defense* surgiu para limitar as atividades dos agentes quando da aplicação da Lei Seca, que, por muitas vezes, forçavam as pessoas a violá-la. Todavia, seu desenvolvimento foi lento, as Cortes americanas relutavam em reconhecê-la. As primeiras referências a ela apareceram nos casos *Whittier*, em 1878, *Woo Wai*, em 1915 e, *Casey v. U.S*, em 1928, este último lê-se do voto do juiz Brandeis: “*The government may set decoys to entrap criminals, but it may not provoke or create a crime and then punish the criminal, its creature*”<sup>6</sup>. No entanto, sua consagração ocorreu no caso *Sorrels v. U.S.*, em 1932, onde foi proferido o primeiro acórdão em instância superior a reconhecer sua existência e aplicabilidade (ONETO, 2005 – p. 38/39):

*“that defendant had no previous disposition to commit it but was an industrious, law-abiding citizen, and that the agent lured the defendant, otherwise innocent, to its commission by repeated and persistent solicitation in which he succeeded by taking advantage of the sentiment aroused by reminiscences of their experiences as companions in arms in the World War”*<sup>7</sup>

A partir desse julgamento a *entrapment defense* se tornou amplamente utilizada e discutida pela doutrina e jurisprudência, resultando no surgimento de dois modelos, o objetivo e o subjetivo.

O modelo mais adotado pela doutrina americana é o objetivo, onde a conduta da polícia tem maior importância do que a eventual predisposição do investigado em cometer o delito. Segundo tal classificação, cabe ao órgão julgador apurar o impacto da atuação do agente policial no investigado com base no conceito do homem médio respeitador da lei. É o que relata Isabel Oneto (2005 – p. 44):

---

<sup>5</sup> A concepção e planejamento de um crime por um policial, e sua acusação do cometimento deste por aquele que não o cometeu, exceto por truques, persuasão ou fraude de um policial. (Tradução Livre).

<sup>6</sup> O governo pode armar armadilhas para pegar os criminosos, mas não pode provocar ou criar um crime e então punir o criminoso, por sua criação. (Tradução Livre).

<sup>7</sup> O réu não tinha disposição prévia para cometer o crime, mas era diligente, cidadão honesto, e aquele agente que atraiu o réu, até então inocente, a cometer o crime por repetidas e persistentes solicitações as quais ele sucedeu tirando vantagem do sentimento despertado por reminiscências de suas experiências como companheiros nos braços da Guerra Mundial. (Tradução Livre).

[...]

verificar se no decurso da ação policial foram cumpridas as regras mínimas para que um indivíduo normalmente respeitador das leis não seja levado a cometer um crime que nunca cometeria se não fosse a intervenção policial. Se assim for, mesmo que o indivíduo seja tecnicamente culpado, ele não será punido por se considerar que a ação da polícia foi objetivamente intolerável.

Já o modelo subjetivo analisa dois aspectos, primeiramente busca-se comprovar que a ideia do cometimento do delito não se originou da ação policial e, posteriormente, procura constatar se o investigado não teria uma predisposição para delinquir (ONETO, 2005 – p.43).

Por fim, evidencia-se que a *entrapment defense* possui dois objetivos principais, quais sejam: impedir que o cidadão seja levado a cometer delitos pela atuação do Estado e, evitar o consentimento de práticas policiais em excesso. De se observar que este mecanismo de defesa não é um direito do acusado, mas trata-se de uma norma com função de profilaxia e prevenção das condutas policiais, não sendo aplicável, portanto, aos casos em que a provocação para a prática de algum delito não tenha partido de um agente da polícia (ONETO, 2005 – p. 37).

#### **4.2 As Ações Encobertas e a Lei 101/2001 de Portugal**

Inicialmente, vale destacar a evolução legislativa do tema junto ao ordenamento jurídico português. O primeiro tratamento jurídico à figura do agente infiltrado foi com o Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro (Lei de Droga), cujo em seu artigo 52 permitia que um funcionário quando da realização de uma investigação criminal aceitasse de um terceiro a entrega de substâncias ilegais (estupefacientes ou substâncias psicotrópicas), sem que tal conduta fosse punida pelo ordenamento jurídico.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, alterou a supracitada Lei de Droga confirmando o regime de entregas controladas e equiparando o tráfico de drogas ao terrorismo e criminalidade violenta. Em 29 de setembro de 1994 a Lei n.º 36 veio para ampliar a atuação do agente infiltrado, que antes era apenas aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, sendo que foi

possível, com ela, a utilização desse recurso aos crimes de corrupção e contra a ordem econômica e financeira.

Hoje esta matéria é tratada pela Lei nº 101, de 25 de agosto de 2001, que revogou expressamente os artigos referentes à infiltração de agente das leis citadas acima, tratando o tema de forma sistemática e genérica.

Em seu artigo 1º a referida legislação revela o seu objeto, qual seja, o regime de ações encobertas, *in verbis*:

Artigo 1.º  
**Objecto**

- 1 — A presente lei estabelece o regime das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.
- 2 — Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Política Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.

Como se observa a infiltração passou a ser utilizada não apenas para averiguar a ocorrência de um crime, de seus autores e recolher provas, mas também para evitar a prática de novos delitos (VALENTE, ALVES, GONÇALVES, 2001 – p. 27/29).

Além disso, a lei se preocupou em definir o que é e quem pode atuar como agente infiltrado inovando, diferentemente dos Estados Unidos da América e da Espanha, possibilitando que um terceiro que não pertença às forças policiais possa agir em nome do instituto. Assim, agente infiltrado é todo policial ou terceiro que atue na repressão ou investigação de um crime sem revelar sua real identidade (VALENTE, ALVES, GONÇALVES, 2001 – p. 27/29).

Quanto ao âmbito de incidência das ações encobertas o artigo 2º, da referida legislação, trouxe um rol de crimes em que esse recurso pode ser utilizado, enquanto meio de investigação de prova. Esse dispositivo enumera as possibilidades de aplicação do agente infiltrado, sendo que quaisquer outros casos que não estejam contidos nas hipóteses previstas não são passíveis da referida medida, conforme passa a se observar:

Artigo 2.º  
**Âmbito de aplicação**

As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes:

- a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido;
- b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;
- c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;
- d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns;
- e) Organizações terroristas e terrorismo;
- f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão;
- g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;
- h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios;
- i) Associações criminosas;
- j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- k) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos;
- m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências;
- n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção;
- o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática;
- p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional;
- q) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem;
- r) Relativos ao mercado de valores mobiliários.

Dessa forma, o legislador quando elencou os crimes em que seja possível acções encobertas, não permitiu que houvesse qualquer dúvida quanto ao âmbito de incidência de tal medida. Ressalta-se apenas que as hipóteses anteriormente previstas tratam de casos de relevante ofensa a importantes bens jurídicos tutelados.

Ato contínuo, ao destacar os principais elementos das acções encobertas, imprescindível se faz apontar os requisitos para sua aplicação. O artigo 3º, nº 3 estabelece que a prática de uma acção encoberta na fase do inquérito policial deve ser precedida por uma autorização do magistrado do Ministério Público (Promotor de Justiça) e deve ser validada pelo Juiz da Instrução Criminal (Magistrado), sendo que este pode fazer de maneira tácita ou por um despacho. Traz-se à baila o referido dispositivo:

Artigo 3.º  
**Requisitos**

[...]

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

[...]

Também não há, na lei portuguesa, menção ao período de duração da infiltração. A lei procurou apenas orientar o juiz e o membro do Ministério Público na determinação do prazo, estabelecendo critérios de adequação e necessidade para a medida.

Todavia, tais questões são secundárias a questão principal que se propõe, qual seja a responsabilidade do agente encoberto. Neste tocante, a Lei 101/2001, em seu artigo 6, trata precisamente da isenção da responsabilidade penal do agente encoberto quanto às condutas praticadas no decorrer de uma acção encoberta. Senão vejamos:

Artigo 6.º  
**Isenção de responsabilidade**

1 — Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

2 — Se for instaurado procedimento criminal por acto ou actos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento de tal facto, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização a que se refere o nº. 3 do artigo 3º.

Por conseguinte, o referido dispositivo isenta o agente de responsabilidade pela prática de atos preparatórios ou mesmo de execução em co-participação com os demais integrantes da organização criminosa onde está infiltrado, desde que o mesmo tenha atuado de forma diversa da instigação ou autoria mediata, e que guarde proporcionalidade com a finalidade da infiltração.

A doutrina portuguesa ressalta que tal colaboração delituosa só é admissível quando a atividade criminosa já estiver em curso, pois do contrário o

agente infiltrado perderia essa qualidade e se transformaria em um agente provocador (VALENTE, ALVES, GONÇALVES, 2001 – p. 38).

A doutrina de Jorge Noronha e Silveira ilustra a supramencionada ordem (2003 – p. 224):

A existência de limites à admissibilidade de acções encobertas está reconhecida pela própria Lei n.º 101/2002 [sic], ao definir a isenção de responsabilidade do agente encoberto. Nos termos do n.º 1 do seu artigo 6º, essa isenção termina no momento em que o agente encoberto se transforma em instigador ou em autor mediato de um crime. A acção encoberta torna-se assim ilegítima sempre que o agente provoca um crime em termos de fazer nascer em alguém uma resolução criminosa que, antes da sua intervenção, não existia, ou crime uma situação de manipulação que objectiviza alguém, funcionalizando-o. Mas já poderia ser compatível com os princípios constitucionais a acção de um agente provocador que se limitasse a desencadear, através de meios enganosos, uma decisão criminosa já previamente tomada pelo suspeito. Pelo menos tem sido essa a opinião prevalecente da nossa jurisprudência.

Como também evidencia o ilustre doutrinador Rui Pereira (2005 - p. 17):

A actuação de um agente encoberto que pratique actos executivos – ou actos preparatórios puníveis – de crimes pode ser justificada, nos termos gerais, por legítima defesa, pelo direito de necessidade ou mesmo através de causas de exclusão da ilicitude supra-legais como a defesa preventiva ou o estado de necessidade defensivo. [...]

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico português condicionou a responsabilização penal do agente infiltrado à análise de sua conduta no caso em concreto, pois ele somente será isento de pena se sua conduta limitar-se em atos preparatórios ou mesmo em atos de execução, como coautor, desde que tal atuação não corresponda à instigação criminosa, tampouco a autoria mediata, sendo que sua atuação no curso da investigação deve ser pautada pela proporcionalidade entre as condutas praticadas e o fim almejado pela investigação.

Ademais, a doutrina portuguesa evidencia que a colaboração delituosa só poderá isentar o infiltrado de pena se ela já estiver em andamento. Neste sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves ensinam que (2001 – p. 38):

[...] não é tolerável que o agente infiltrado adopte uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade, sob pena de se converter num verdadeiro agente provocador. Em suma, não pode o agente infiltrado, ou agente investigador, como também é designado, determinar a prática do crime. A sua atividade não pode ser formativa do crime, mas apenas informativa.

Interessante ressaltar que o ordenamento jurídico português não só admite a figura do agente infiltrado e do agente provocador, ele também faz menção a uma terceira figura, do agente encoberto. Este se trata de um policial ou particular que sem revelar sua identidade ou qualidade frequenta os locais comuns à criminalidade (bares, boates, cafés e outros lugares abertos ao público) com o intuito de identificar e deter membros de alguma organização criminosa (VALENTE, ALVES, GONÇALVES, 2001 – p. 40/41)

A principal diferença do agente encoberto dos demais (infiltrado e provocador) é que ele age com total passividade, ou seja, em nenhum momento interfere no desenrolar das ações, e justamente pela não interferência que a doutrina e jurisprudência portuguesa entendem ser totalmente lícita sua ação e as provas obtidas por ela (MEIREIS, 1999 – p. 192).

Por fim, vale destacar que o legislador português se preocupou em possibilitar a ação de agentes infiltrados de outra nacionalidade em seu território. É o que prevê a Lei n.º 104/2001 quando da alteração do artigo 160-B da Lei n.º 144/99:

Artigo 2.º

**Artigos aditados à Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto**

À Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, são aditados os artigos 160.o-A, 160.o-B e 160.o-C, com a seguinte redacção:

[...]

Artigo 160.o-B

**Acções encobertas**

1 — Os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver acções encobertas em Portugal, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável.

2 — A actuação referida no número anterior depende de pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade.

3 — A autoridade judicial competente para a autorização é o juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, sob proposta do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP).

[...]

Com isso, o legislador atendeu às diferentes necessidades de uma investigação de uma organização criminosa, que podem muitas vezes ter uma atuação transnacional.

### 4.3 O Agente Infiltrado no Direito Argentino

A figura do agente infiltrado foi introduzida no ordenamento jurídico argentino quando da edição da Lei n.º 24.424 de janeiro de 1995, que alterou a Lei n.º 23.737 (Lei de Entorpecentes) introduzindo o artigo 31, possibilitando assim a infiltração em uma investigação em curso de delitos previstos na Lei de Entorpecentes ou no Código Aduaneiro.

O artigo 31 da Lei n.º 23.737, introduzido pela Lei n.º 24.424, possui a seguinte redação:

**LEY 24.424**

Boletín Oficial 1995/01/09

[...]

Art. 6º -- Incorpórase como art. 31 bis a la ley 23.737, el siguiente:

Art. 31 bis. -- Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, y

b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo,

sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el art. 31 quinquies<sup>8</sup>.

Observa-se que a lei argentina só admite a infiltração de agentes após iniciada uma investigação, onde não foi possível, por nenhum outro meio a obtenção de provas suficientes para a responsabilização dos criminosos. Ademais, assim como a legislação pátria, só podem agir como agente infiltrado, policiais ou membros das forças armadas.

Já com relação à prática de delitos por parte do agente infiltrado, a legislação argentina foi clara criando uma hipótese de escusa absolutória, bastante ampla, retirando a responsabilidade do agente no cometimento de delitos enquanto infiltrado. A legislação estabelece que não sejam punidos os delitos necessários para desenvolvimento da infiltração, desde que seja consequência natural da atividade do agente e que não tenha restado nenhuma outra ação, que não seja a prática do delito.

Entretanto, a lei argentina não criou uma situação de impunidade total. Delitos que coloquem em risco a integridade física de outra pessoa ou que traga grave sofrimento físico ou moral a terceiros não são abrangidos pela escusa absolutória, nos termos do artigo 7º da Lei nº. 24.424, que incorpora o artigo 31, 3 da Lei nº. 23.737.

---

<sup>8</sup> Art. 6º - Incorpora como art. 31 para a Lei 23.737, o seguinte:

Art. 31 – Durante o curso de uma investigação e aos efeitos de comprovar o cometimento de algum delito previsto nesta Lei ou no artigo 866 do Código Aduaneiro, de impedir a sua consumação, de alcançar a individualização ou detenção dos autores, partícipes ou encobridores, ou para obter e assegurar os meios de prova necessários, o juiz, por resolução fundamentada, poderá determinar, se as finalidades da investigação não puderem ser alcançadas de outra forma, que os agentes das forças de segurança em atividade, atuando em forma encoberta:

- a) Se introduziram como integrantes de organizações delitivas que tenham entre suas finalidades o cometimento dos delitos previstos nesta Lei ou no artigo 866 do Código Aduaneiro, e
- b) Participem na realização de alguma das ações previstas nesta Lei ou no artigo 866 do Código Aduaneiro.

A designação deverá consignar o nome verdadeiro do agente e a falsa identidade com a que atuará no caso, e será guardado fora das atuações e com a devida segurança.

A informação que o agente encoberto vá alcançando, será posta de imediato ao conhecimento do juiz.

A designação de um agente encoberto deverá manter-se estritamente confidenciais.

Quando for absolutamente imprescindível contribuir como prova a informação pessoal do agente encoberto, este declarará como testemunha, sem prejuízo de adotar-se, em seu caso, as medidas previstas no artigo 31 *quinquies*. (Tradução Livre)

**LEY 24.424**  
Boletín Oficial 1995/01/09

[...]

Art. 7º -- Incorporárase como art. 31 ter a la ley 23.737, el siguiente:

Art. 31 ter. -- No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al juez interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda.

Si el caso correspondiere a las previsiones del primer párrafo de este artículo, el juez lo resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado<sup>9</sup>.

Quanto à utilização das informações obtidas pela infiltração, a mesma lei prevê que ela seja considerada como meio de prova e que o agente infiltrado seja ouvido como testemunha. Para tanto, estabelece uma série de medidas para resguardar o agente, que necessariamente terá que se expor quando do seu depoimento.

Frisa-se, ainda, que para garantir um maior sigilo sobre a identidade dos agentes infiltrados, o artigo 10 da Lei n.º 24.424 criminalizou a conduta de funcionário público que indevidamente revelar ou que, por imprudência, negligência ou inobservância de seus deveres, permitir que qualquer pessoa não autorizada tome conhecimento de informação referente à pessoa do agente infiltrado.

Por fim, vale destacar que assim como a jurisprudência pátria, na Argentina os Tribunais também distinguem a figura do agente provocador do agente infiltrado, uma vez que considera a atuação do agente provocador como ilícita e a doutrina defende ser ela punível.

---

<sup>9</sup> Não será punido o agente encoberto que como consequência necessária do desenvolvimento da atuação determinada, se tiver sido compelido a incorrer em um delito, sempre que este não implique por em perigo certo a vida ou a integridade física de uma pessoa ou a imposição de um grave sofrimento físico ou moral a outro.

Quando o agente encoberto tiver sido acusado em um processo, fará saber confidencialmente seu caráter ao juiz interviniente, que de forma reservada buscará a pertinente informação à autoridade correspondente.

Se o caso corresponder às previsões do primeiro parágrafo deste artigo, o juiz o resolverá sem revelar a verdadeira identidade do acusado. (Tradução livre)

#### 4.4 O Agente Infiltrado no Direito Espanhol

A utilização de agentes infiltrado no direito espanhol foi introduzida pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Lei de Procedimento Criminal), nos artigos 282 e 282 *bis*, que prevêm não só a referida medida como também definem crime organizado para as necessidades do dispositivo, estabelecendo os possíveis crimes que podem ser cometidos pelos agentes infiltrados e sua responsabilização por outros delitos. De acordo com o n. 4 do supramencionado dispositivo, organização criminosa é:

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes<sup>10</sup>:

[...]

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a legislação espanhola permite que figuras estranhas aos quadros policiais sejam utilizadas na infiltração, sendo suficiente para serem consideradas como agentes infiltrados estarem sobre o controle do Estado. Entretanto, em todos os casos a infiltração deve, necessariamente, ser autorizada previamente por um magistrado (Juiz instrutor), competente, sempre ouvindo o representante do Ministério Público. Excepcionalmente, admite-se, em casos de urgência, que a infiltração se inicie antes da autorização judicial ou ministerial, desde que essa exigência seja suprida logo depois de começada a ação (ONETO, 2005 – p. 99).

Tal qual a legislação brasileira, o ordenamento jurídico espanhol não se preocupou em estabelecer o período de duração da infiltração. Assim, esta tarefa ficou a cargo da doutrina que tem apontado que um prazo razoável para a infiltração é de seis meses, podendo ser prorrogado, de acordo com a necessidade. Tal entendimento se baseia na própria redação do artigo 282 *bis*, 1, que determina que a identidade fictícia seja dada ao agente por um prazo de seis meses, prorrogáveis por períodos de mesma duração, como se vê:

---

<sup>10</sup> Para os fins descritos no n. 1 deste artigo, será considerado como crime organizado a associação de três ou mais pessoas para desempenhar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham com fim cometer algum ou alguns dos delitos seguintes: (Tradução Livre).

1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad<sup>11</sup>.

No que diz respeito à responsabilidade penal do agente infiltrado, assim como a maioria dos países que adotaram essa técnica de investigação, a Espanha criou uma hipótese de escusa absolutória, que, no seu caso, está estritamente ligada ao Princípio da Proporcionalidade. Por conseguinte, o agente infiltrado só será isento de pena pela prática de algum delito, se tal ação for consequência necessária para a investigação e desde que tal conduta seja proporcional ao fim almejado, sendo que o artigo 282, *bis*, 5, veda que a iniciativa do cometimento do delito parta do agente infiltrado (ONETO, 2005 – p. 99):

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda<sup>12</sup>.

Embora não exista um dispositivo legal que diferencie o agente infiltrado do provocador, a doutrina e a jurisprudência entendem que agente infiltrado

---

<sup>11</sup> Para os fins previstos no artigo anterior e, quando se tratar de instigações que afetem as atividades próprias do crime organizado, o Juiz de instrução competente ou o Ministério Público dando ciência imediata ao Juiz, poderão autorizar os funcionários da Polícia Judiciária, por despacho fundado e tendo em conta a sua necessidade para efeitos de investigação, para atuar sob identidade falsa e a adquirir e transportar os objetos, bens e instrumentos do crime e adiar a apreensão dos mesmos. A identidade falsa será outorgada pelo Ministério do Interior por um período de seis meses prorrogáveis por períodos semelhantes, deixando legítimamente habilitados para agir em tudo relacionado com a investigação concreta e participar nas trocas comerciais no âmbito jurídico e social sob tal identidade. (Tradução Livre)

<sup>12</sup> O agente encoberto estará isento de responsabilidade criminal por aquelas ações que são consequência necessárias do desenrolar da investigação, sempre que guardem a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e não constitua uma provocação ao crime.

Para poder proceder penalmente contra o mesmo pelas atuações realizadas aos fins da investigação, o Juiz competente para conhecer a causa deverá, tão pronto tenha conhecimento da atuação de algum agente encoberto na mesma, requerer um relatório relativo a tal circunstância de quem tiver autorizado a identidade falsa, em atenção a qual resolverá o que a seu critério proceda. (Tradução Livre)

é aquele que age dentro dos limites constitucionais e, portanto, suas condutas estão justificadas pelo cumprimento de seus deveres para com o seu cargo. Já o agente provocador, majoritariamente, a doutrina espanhola defende que ele deve responder penalmente pelo delito que incita o provocado a responder (ONETO, 2005 – p. 99).

## 5 O AGENTE INFILTRADO NO DIREITO BRASILEIRO

Passadas as noções introdutórias sobre o tema, o presente trabalho adentre propriamente ao tema principal, qual seja, a problemática que a omissão legislativa criou quando não tratou de forma completa e necessária da infiltração de agentes.

Busca-se agora evidenciar o tratamento legislativo dado pelo Brasil sobre a infiltração de agentes, demonstrando de forma sucinta sua evolução legislativa e como está tratado o tema atualmente, e, por fim, trazer soluções a um problema que se não for resolvido tornará inútil tal meio investigativo, a responsabilidade penal do agente infiltrado pelos crimes cometidos enquanto da infiltração.

### 5.1 Surgimento e Evolução

A primeira legislação pátria que dispôs sobre o agente infiltrado foi o Projeto de Lei n. 3.516/1989, onde em seu artigo 2º, inciso I, dizia:

Art. 2º

[...]

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

Da leitura do texto de lei, observa-se que a intenção do legislador foi possibilitar a infiltração policial em qualquer fase da persecução penal quando da prática de delitos por quadrilhas ou bandos.

O referido projeto converteu-se na Lei n. 9.034/1995, tendo sofrido veto parcial do Presidente da República, da época, Fernando Henrique Cardoso, que excluiu da lei justamente o citado inciso I do artigo 2º, que possibilitava a infiltração policial, com a justificativa de que a medida contrariava o interesse público, vez que

não contemplava a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário e permitia que os agentes cometessem crimes, ficando desde logo excluída sua antijuridicidade.

O mesmo Presidente da República, no ano de 2000, em resposta a uma grande onda de criminalidade que assolava o país, sobretudo no Estado do Rio de Janeiro, criou o Plano Nacional de Segurança Pública, o qual propunha dentre as suas medidas a possibilidade de infiltração de agentes como forma de investigação.

Para tanto foi proposto o Projeto de Lei n. 3.275/2000, solicitando seu trâmite em regime de urgência, sendo aprovado sem restrições e entrando em nosso ordenamento jurídico como a Lei n. 10.217 de 2001, que acrescentou o inciso V ao artigo 2º da Lei n. 9.034/95, o qual finalmente incorporou como meio de investigação e obtenção de provas a infiltração policial (PACHECO – p 112/113).

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

[...]

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

Observa-se que o legislador com a atual redação dada ao dispositivo buscou corrigir os erros apontados pelo veto à proposta anterior, deixando clara a necessidade de prévia autorização judicial e retirando do texto a “autorização” para que o agente infiltrado cometesse o crime tipificado pelo artigo 288 do Código Penal (quadrilha ou bando).

Contudo, como já dito em capítulo anterior, o dispositivo vigente apresenta graves falhas, vejamos: por não ter especificado um procedimento próprio para o processamento da infiltração; não ter deixado expresso quem possuiria legitimidade para requerê-la; qual o prazo da duração da infiltração; a possibilidade ou não de renovação da infiltração; se as informações obtidas pelo agente devem ser relatadas para o Ministério Público ou ao Magistrado; e a participação do Ministério Público. A lei não dispôs sobre os limites da atuação do agente infiltrado, certo foi que a lei regulamentou apenas dois pontos sobre a infiltração, quem poderia infiltrar-se e quem deve autorizá-la (SILVA, 2009 – p. 76).

Há que se asseverar que enquanto grande parte dos países que admitem a infiltração policial como meio de investigação trazem um rol dos crimes que se admite a infiltração, a legislação brasileira não faz nenhuma restrição aos delitos que podem ser investigados por esse meio – desde que tenham sido cometidos por grupos organizados ou a eles relacionados. Em contrapartida, fica vedada a utilização da infiltração para crimes desconexos do crime organizado, pois como se trata de medida com caráter excepcional não admite alargamento.

Por fim, como dito em capítulos anteriores, a lei em nada fala da possibilidade de cometimento de delitos por parte do agente infiltrado, tão pouco qual será a consequência se isso ocorrer.

Bem elucida Antônio Scarance Fernandes sobre a questão (2009 – p. 252):

O agente infiltrado realiza atividade de grande risco e, por isso, atua de forma oculta para que não seja descoberto. Ingressando na organização, pode ser levado ao cometimento de infrações a fim de ser por ela acolhido, adquirir prestígio e chegar aos seus líderes. Por outro lado, participará das vidas de outras pessoas nem sempre ligadas às atividades delituosas, como parentes dos membros da organização. Importante, por tudo isso, que a sua atuação seja regulada, especificando-se o que pode ou não fazer o agente infiltrado, como prevêm outras legislações.

É certo que houve uma evolução grande a respeito do instituto em nosso ordenamento jurídico, mas em razão das lacunas acima destacadas a utilização da infiltração de agentes é considerada por alguns como um atentado ao princípio da legalidade. Assim, caberá ao Judiciário quando instigado a analisar um caso em concreto verificar se a infiltração de agentes nos moldes que se encontra hoje é ato legal ou não.

## **5.2 Policiais Que Podem Atuar Como Agente Infiltrado**

Como dito no tópico anterior, umas das poucas regulamentações trazidas pela Lei 9.034/1995, foi a definição de quem poderá atuar como agente infiltrado. O artigo 2º, inciso V, diz expressamente que apenas policiais poderão exercer a função de agente infiltrado. No entanto, não são todos os policiais que

poderão atuar infiltrados em uma organização criminosa. O inciso V, do artigo 2º da Lei n. 9.034/1995 possui seguinte redação:

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

[...]

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

Assim, se interpretarmos literalmente o inciso V chega-se a conclusão que a infiltração seria atribuição tanto dos policiais – sem especificar quais tipos – quanto dos agentes de inteligência.

Todavia, a Constituição Federal em seu artigo 144 atribui e delimita expressamente as atribuições das policias existentes no Brasil, como se vê:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

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

- I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
- II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
- III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
- IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 limitou às Policiais Civil e Federal a tarefa de investigar e buscar informações sobre os delitos cometidos. Desta forma, apenas os agentes integrantes dessas instituições poderão ser utilizados em uma possível infiltração. Ressalta-se que apenas os policiais operantes nas polícias repressivas que poderão atuar como agentes infiltrados, vez que somente eles possuem autorização para investigar o cometimento de delitos.

Por outro lado, os agentes de inteligência – membros da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), um dos braços do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), o qual é composto, ainda, por membros oriundos de diferentes órgãos governamentais, tais como o Ministério da Saúde e o Ministério da Previdência (PACHECO, 2008 – p. 116) – não têm como função colher informações e tampouco provas para o processo penal, haja vista que a ABIN não tem poder de polícia, pois seu objetivo é fornecer ao governo informações necessárias para garantir a segurança do Governo, da Sociedade e do Estado Brasileiro.

Assim, justamente em razão da Constituição Federal ter limitado a investigação de delitos às polícias repressivas (civis e federal), que há posicionamento na doutrina de que o inciso V, do artigo 2º da Lei 9.034/1995 é inconstitucional, pois elencou como um dos sujeitos que poderiam atuar em uma infiltração, os agentes de inteligência o que atenta claramente à disposição do artigo 144 da Constituição Federal.

Nesse sentido, Rafael Pacheco elucida (2008 – 115):

[...] parece-nos ser de duvidosa constitucionalidade a permissão contida na Lei 10.217/2001, que prevê a atuação de agentes de inteligência como infiltrados, na medida em que, para tais agentes, não são em regra cometidas funções de polícia judiciária e, desse modo, não estão legitimados a coletar provas voltadas às futuras utilizações em processo penal, única causa legítima capaz de fundamentar as violações à intimidade e outros direitos fundamentais que implicam a atividade de infiltração.

Dessa forma, como ainda não há posicionamento jurisprudencial sobre a questão, tendo em vista que a infiltração policial é ainda um meio investigativo pouco utilizado no Brasil, é interessante observar tais questionamentos levantados pela doutrina, pois se por ventura ao final de uma investigação for considerado que a infiltração se deu por agente que não tinha competência para tanto, se tornará inútil toda e qualquer informação obtida pela infiltração, invalidando todas as provas e dificultando muito a prisão dos criminosos.

### **5.3 Recomendações da Convenção de Palermo**

A Convenção de Palermo em seu artigo 20 traz meios especiais de investigação de provas, dentre eles dispõe sobre a infiltração de agentes, trazendo algumas recomendações que devem ser observadas por seus signatários quando da utilização de tal meio investigativo para o combate ao crime organizado.

#### **Artigo 20 Técnicas especiais de investigação**

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.
2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados

sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.

3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Como se vê, a Convenção não buscou definir o tema aos seus países signatários, apenas trouxe preceitos importantes que devem ser observados quando da fabricação dos textos legais. Assim, o dispositivo em destaque não disciplina o emprego do agente infiltrado, mas determina que o Brasil, como Estado parte, o faça, com vistas ao combate efetivo ao crime organizado.

Como diretrizes, a Convenção estabelece que o uso do agente infiltrado seja regulamentado de acordo com o ordenamento de cada Estado parte, devendo sempre ser precedido de autorização da autoridade competente, podendo, ainda, os países firmarem acordos internacionais para combater o crime organizado.

#### **5.4 A Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado**

No Brasil, desde a entrada em vigor da Lei 9.034/1995, onde foi prevista infiltração policial como meio investigativo, a matéria, ou seja, a responsabilidade penal do agente infiltrado não foi abordada, o que prejudica o regular desenvolvimento de sua função.

Dentre as já citadas omissões legislativas, a mais preocupante e relevante é a que concerne à responsabilidade penal do agente infiltrado, vez que é indiscutível que uma vez inserido em um meio criminoso, o agente se verá em situações em que a prática de algum delito é imprescindível para o sucesso da investigação, bem como, para manutenção de sua integridade física, pois pode a recusa em cometer delitos gerar desconfiança dos demais membros, deixando-o vulnerável.

A existência dessa problemática necessita de todos os meios disponíveis para a sua solução. Neste ínterim, por se tratar de uma conduta delituosa praticada pelo agente infiltrado, enquanto realiza ato de ofício determinado por quem de direito, a utilização da teoria finalista do crime, empregada no Código Penal, com o intuito de analisar profundamente a existência ou não de um crime, por meio da tipicidade, antijuridicidade e a imputação da pena, conjuntamente com a culpabilidade é de suma importância. Dessa análise pode-se aferir se em um caso em concreto haveria uma isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado.

Além da teoria finalista do crime a referida isenção penal pode ser auferida aplicando a escusa absolutória em virtude de política criminal. Ainda que o direito pátrio não tenha hipótese que isentaria o agente da responsabilidade criminal, pode se, ainda, valer-se do direito internacional, que de modo geral é muito mais desenvolvido neste particular, como fonte informativa.

Todavia, qualquer que seja o caminho adotado para analisar se é possível ou não isentar o agente infiltrado da responsabilidade penal por algum delito praticado em razão da infiltração, tal análise deve ser feita com escorreita aplicação.

#### **5.4.1 A responsabilidade penal de acordo com a doutrina brasileira**

O instituto do agente infiltrado, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.034/1995, trouxe junto com ele inúmeras controvérsias que ficaram a cargo da doutrina e da jurisprudência dirimi-las. Desse modo, por tratar-se de uma medida excepcional e sigilosa é de pouca utilização e, assim, pouco tem a jurisprudência se manifestado sobre as lacunas da norma, restando à doutrina a maior parte do debate.

A infiltração de agentes, nos moldes como é tratada hoje, possui imperfeições que geram grandes discussões, sobretudo a respeito de sua validade em três ordens distintas, quais sejam a ética, jurídica e a operacional. Todavia, a que merece maior destaque é a de ordem jurídica, haja vista estar estreitamente atrelada a um ponto importante da infiltração, a responsabilidade penal do agente infiltrado por crimes cometidos quando da infiltração.

Quando imerso em meio criminoso, o agente infiltrado está suscetível à prática de delitos, pois é justamente a prática de delitos que justificou a sua inserção na organização criminosa. Desta feita, o Estado tem como obrigação tratar de forma proporcional e equilibrada a atuação do agente infiltração e os limites dessa atuação.

Seguindo esta linha de raciocínio a doutrina pátria defende que:

Então, se a Lei 9.034/1995 suscitou entre nós a figura do “agente infiltrado” e “encoberto” – estando o “provocador” relacionado com o art. 17 do CP – torna-se essencial, num caso concreto, a definição dos limites da atuação investigatória, evitando que, “sob a capa de um diferente *nomen jùris*, com consequências jurídicas diversas, se legitime uma atuação que, de outra forma, seria negada”, donde, embora acertado dizer-se que “a participação da política, em algum aspecto do crime, é um método comum na aplicação na lei penal” exsurge a necessidade de definir seus limites toleráveis (KNIJNIK, 2004 – p. 415, *apud* SOUZA MARTINS, 2008 – p. 58/59).

Assim, a efetivação e validade da aplicação da medida dependem da fixação de limites ou ao menos da apreciação da autoridade judiciária, haja vista que proporciona uma maior segurança ao agente e à sociedade.

Luiz Otávio de Oliveira Rocha exemplifica situações atinentes à imputação da responsabilidade penal ao agente infiltrado (2006 – p. 104):

Por outro lado, durante o período de infiltração, o agente poderá vir a cometer ações ilícitas na qualidade de falso membro do grupo. Surgem daí algumas hipóteses: a) o agente pratica infrações relacionadas com o objeto da investigação, isto é, aquelas que caracterizam a quadrilha infiltrada (por ex., venda de entorpecente em uma quadrilha de traficantes); b) o agente pratica infração como condição para ser aceito no grupo organizado (por exemplo, um delito contra a integridade física ou o patrimônio de um traficante rival); c) o agente se excede na prática dessas infrações; e d) o agente pratica infrações em seu próprio proveito.

Dessa forma, observa-se que a prática de delitos por parte do agente infiltrado pode ser decorrente de diversas situações em que ele é obrigado a passar. Conseqüentemente, a apuração da responsabilidade penal do agente é imprescindível, tanto que a redação original da Lei 9.034/1995 que introduziu este meio investigativo isentava em parte o agente infiltrado da prática de delitos, especificamente autorizando a prática do crime de quadrilha ou bando. Todavia, tal benefício, ou melhor dizendo, garantia, foi retirada do texto com a justificativa de que a preexclusão da antijuridicidade ia de encontro com a sistemática adotada pelo Código Penal e ao interesse público.

Da leitura da Mensagem de Veto 483/95, extrai-se que os motivos utilizados pelo Ministério da Justiça para justificar o veto do inciso I, da lei acima citada, foi a não previsão de prévia autorização judicial para o implemento da infiltração e à suposta permissão do Estado ao agente infiltrado para a prática dos delitos de quadrilha ou bando. Com relação ao primeiro argumento (falta de prévia autorização judicial), agiu de forma coerente e com base nos preceitos constitucionais, no entanto, diferentemente se posicionou no tocante ao segundo, vez que é incoerente autorizar uma medida que por certo acarretará consequências de certa gravidade, sem abarcar tais consequências.

Dessa omissão legislativa surgem dois caminhos que podem ser tomados, quais sejam, ou utiliza-se da medida abrangendo todas as consequências que dela decorrem, mais precisamente, tratando da possibilidade de isenção do agente, ou não se implementa a medida em questão.

Sobre a questão Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva bem elucidam (2000 – p. 61):

Outra grande dificuldade para a adoção dessa forma de atuação reside na celeuma que se cria quanto às condutas possíveis por parte do agente infiltrado, dado que para sua aceitação em uma organização criminosa, necessariamente, teria que praticar infrações penais (da forma como estava o art. 2, I, o policial só não responderia pela prática do crime de quadrilha ou bando).

Com a vedação do dispositivo legal que permitia a prática de crime pelo agente infiltrado, preexcluindo, no caso, a antijuridicidade, se tornou muito difícil a utilização da infiltração, posto que, sequer ele estaria autorizado a cometer o crime (participação em quadrilha ou bando) primordial ao se adentrar nas particularidades de uma quadrilha ou bando.

Vê-se que a justificativa usada para vetar o inciso I do artigo 2º da norma em questão é descabida, pois possui como fundamentação que tal dispositivo afrontaria os princípios adotados pelo Código Penal. Todavia, o Código ao prever as hipóteses de excludentes de ilicitude, traz um rol de possibilidades não exaurientes, ou seja, poderia o legislador pelo processo legislativo comum criar outras excludentes. Assim, não há que se falar em impropriedade do legislador da Lei 9.034/1995 ao criar nova forma de excludente de ilicitude.

Como já dito, a prática de infrações pelo agente infiltrado é quase que certa para se seguir com a infiltração, haja vista que o objetivo de uma organização criminosa, indiscutivelmente, é o cometimento de infrações. Na maioria das vezes o agente infiltrado vê-se em uma situação onde o menor descuido pode comprometer toda a operação e pior a sua integridade física. Assim, por esta perspectiva, o agente infiltrado não possui alternativa senão cooperar com a organização criminosa.

Luiz Flávio Gomes (2007 – p. 264) traz alguns questionamentos sobre o tema:

O primeiro problema que se apresenta é o seguinte: quais crimes o infiltrado está autorizado a praticar? Toda pessoa que se apresenta ao crime organizado submete-se a ordens e é compelido a praticar alguns delitos. O infiltrado estaria isento de qualquer pena nesse caso? Quais crimes ele poderia praticar sem ter problemas legais? O infiltrado deve mudar sua identidade, a de sua família, etc. Quando descoberto é aposentado compulsoriamente. Nada disso foi regulado na nova Lei.

Claramente a omissão legislativa produz efeitos no plano prático, vez que não se admitir a possibilidade da prática de delitos por parte do agente infiltrado neutralizaria seu objetivo principal, ou seja, a partir do momento que o agente se infiltra em uma organização criminosa e se recusa a praticar delitos sua credibilidade junto aos membros da organização se torna frágil, mesmo porque, muito além de sua credibilidade, tal conduta poderia fazer surgir suspeitas de que ele na verdade é um agente de polícia e, assim, colocando em risco a sua integridade física.

Impossível seria exigir que o agente infiltrado atuasse somente como informante, pois jamais os integrantes da organização criminosa permitiriam a entrada de um novo integrante que em nada colabora com suas atividades, que apenas ficasse observando seu funcionamento. É essa impropriedade legislativa que cria reflexos na prática, que faz surgir toda a problemática que se discute, qual seja como será atribuída à responsabilidade penal ao agente infiltrado em um caso em concreto.

Todavia, para parte da doutrina, pouco importa o questionamento sobre a responsabilidade penal do agente infiltrado, em nenhuma hipótese poderia a lei permitir que um agente de polícia cometesse delitos em virtude do sucesso de uma investigação. Para Fernando Capez (2006 – p. 103) “fica a ressalva de que esse, em hipótese alguma, poderia cometer algum delito, sob o argumento de conveniência ou

necessidade da investigação”. No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes elucida (1997 – p. 114):

De qualquer modo, pouco poderíamos esperar desse meio investigativo, visto que jamais seria possível autorizar o infiltrado a cometer crimes. Uma das primeiras provas a que ele é submetido, para ser admitido como membro desse grupo, consiste em praticar delitos. Os grupos organizados, principalmente, não admitem infiltração sem o cometimento de crime. A lei, por seu turno, não pode admitir a não punição de qualquer crime que venha a ser praticado pelo infiltrado.

Claro fica, analisando as palavras da doutrina pátria, que ela severamente reprime a prática de delitos pelo agente infiltrado, imputando a ele ampla responsabilidade penal, até mesmo pelo menor delito que venha cometer, sem ao menos se importar que esta medida de investigação tenha em seu caminho a prática quase que obrigatória de ilícitos penais. Tais críticas, nas palavras de Luiz Borges D’urso, surgem do temor de se criar um agente de polícia acima da lei, pois estaria ele autorizado legalmente a praticar delitos e, ainda, poderia usufruir dos benefícios obtidos pela organização criminosa (2001 – p. 544).

Em que pese grande número de doutrinadores entenderem não haver possibilidade de se autorizar um policial a cometer delitos, tal pensamento não condiz com a matéria, haja vista que o se pretende é o esclarecimento aprofundado da medida, para que assim ela possa ser utilizada sem atentar ao ordenamento jurídico pátrio. Ao passo que, negar ao agente a possibilidade, em casos excepcionais e necessários, de cometer delitos seria tornar a medida investigativa, infiltração, inaplicável.

Desta feita, não há como negar que ao agente infiltrado quando da sua atuação, além de estar inserido em um meio extremamente perigoso, tem que se preocupar que pode ainda vir a responder penalmente por algum ato que cometeu, no exercício de seu ofício, ante a ausência de qualquer tipo de garantia em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues elucidam (2002 – p. 32):

Será necessário que a regulamentação desta Lei trace os procedimentos mínimos que deverão ser obedecidos pelo policial infiltrado. Enquanto isto não ocorre, temerária será a utilização deste instituto, podendo o profissional que ousar dar concretude à infiltração ser responsabilizado

administrativamente e até mesmo penalmente devido à falta de amparo estrutural.

Trata-se, sem dúvida, de importante questão que cabe ao Poder Legislativo e/ou Poder Judiciário dirimi-la, muito embora não seja tarefa fácil, pois como já visto dependerá da análise do caso em concreto. Porém, significativamente necessário, face à insegurança que tal lacuna legislativa traz ao agente infiltrado e à sociedade.

#### **5.4.2 A teoria finalista do delito e o código penal**

A análise da responsabilidade penal do agente infiltrado pelo cometimento de crimes, enquanto infiltrado em uma organização criminosa, como dito anteriormente, necessita da prática de uma conduta criminosa do mesmo. Em razão disso, o estudo da teoria do delito, que segundo Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli trata-se da “parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito” (1997 – p. 385), é imprescindível para a correta avaliação daquela, pois se não houver crime ou conduta reprovável, não há imputação de pena.

Todavia, a teoria do delito não é uníssona, há divergências quanto aos seus elementos e a forma como eles se inter-relacionam. Dentre as teorias do delito, podem ser citadas a social, naturalista, a teleológica e a finalista. O Código Penal brasileiro, como se verá, adotou a teoria finalista do delito para a imputação da pena, cingindo em duas fases principais, quais sejam a fase do crime (Título II) e a fase da imputabilidade penal (Título III). Neste sentido René Ariel Dotti dispõe que (2010 – p. 387):

A teoria finalista foi adotada pela Reforma de 1984, como se poderá concluir pela inclusão do dolo na estrutura do tipo legal de ilícito, de que são exemplos o erro sobre os elementos do tipo e o erro de proibição (CP, arts. 20 e 21). No mesmo sentido é a nova regra sobre o concurso de pessoas de nítida “inspiração finalista” como o reconhece Luiz Luisi (*o tipo penal, a teoria finalista e nova legislação penal*, p. 119).

Como se vê, a estrutura do Código Penal baseou-se na teoria finalista do delito. Até porque, ao analisar os elementos formadores dessa teoria juntamente com a estrutura do nosso diploma penal, não restam dúvidas acerca de sua utilização. Visto isso, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli trazem quais são os elementos constitutivos da teoria finalista do delito (1997 – p. 401/402):

A partir da década de 1930, a formulação deste esquema começa a aperfeiçoar-se por obra de Hans Welzel, que se volta decididamente ao esquema aristotélico, a partir da afirmação – a nosso juízo muito certa – de que *a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim*. Esta é a chamada *teoria finalista da ação*, por oposição à *teoria causalista*, que é a que dá origem às estruturas anteriores.

Na atualidade, na Alemanha, quase não há autores que não sigam este esquema, ainda que nem todos adotem por completo a teoria de Welzel, particularmente os seus pontos de partida jusfilosóficos.

1. *conduta*, entendida como ação voluntária (final).
2. *Tipicidade*, entendida como proibição de conduta em forma dolosa ou culposa.
3. *Antijuridicidade*, entendida como contradição da conduta proibida com a ordem jurídica.
4. *Culpabilidade*, entendida como reprovabilidade.

Assim, a tipicidade e a antijuridicidade recaem sobre o crime (Título II), ao passo que a culpabilidade recai sobre a imputabilidade penal (Título III). A teoria finalista diverge das outras, pois considera que a ação humana é o resultado de sua vontade estabelecida de forma racional e, não uma causa natural de sua ação. Portanto, o homem age em busca de um fim, não sendo a causa imprevisível do resultado. Por isso, afirma-se, que a teoria finalista é vidente, enquanto a teoria causal é cega (PRADO, 2006 – p. 296 e 299).

Em síntese, esta é a teoria finalista do delito, estruturada em uma conduta típica e antijurídica (elementos constitutivos do crime), e pela culpabilidade. Desta feita, um fato só será considerado criminoso se presentes a tipicidade e antijuridicidade e o indivíduo só será punido se for culpável. É sobre essa estrutura do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) que deve ser analisada a responsabilidade penal do agente infiltrado, quando da prática de delitos enquanto infiltrado em uma organização criminosa.

Uma vez ocorrida à conduta humana, passar-se-á, primeiramente, a analisar a tipicidade. A tipicidade ocorre quando uma conduta produzida no meio material se enquadra na conduta hipotética descrita em um tipo penal vigente. Nesses termos René Ariel Dotti (2010 – p. 389):

A tipicidade é a adequação do fato humano ao tipo ilícito contido na norma incriminadora. Ou, em outras palavras: é a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal (Bruno, ob. e loc. cit.)

Assim, adequar a conduta ao descritivo de uma norma penal é a tipicidade, não persistindo quando inexistente o tipo penal. É uma breve conceituação do que seja tipicidade, suficiente para satisfazer as necessidades do presente estudo.

A antijuridicidade, por outro lado, assinala-se quando a conduta praticada incide de forma negativa no ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, para haver crime é necessário que a conduta praticada se adeque positivamente ao tipo penal e que a mesma (conduta) contraponha o direito em sua totalidade, ferindo a harmonização objetivada pelas diretrizes penais.

Nesse sentido aponta Luiz Regis Prado que (2006 – p. 379):

O elemento conceitual do delito, ilicitude ou antijuridicidade – expressões consideradas aqui como sinônimas -, exprime a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto. Enquanto a subsunção de um fato concreto ao tipo legal, isto é, o juízo de tipicidade, tem um caráter positivo, o juízo de ilicitude, decorrente da verificação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo.

Pode-se dizer, portanto, que a conduta atenta contra o fim almejado pelo direito, haja vista que causa um ferimento a um bem jurídico tutelado. Desta feita, tem-se que a antijuridicidade possui um aspecto formal e outro material, sendo que o primeiro seria a afronta ao direito, uno e indivisível, de modo que o segundo é o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.

Destarte, esses são os requisitos necessários para que uma conduta se caracterize como criminosa, de acordo com o disposto no Título II, Código Penal. No que concerne à culpabilidade, tendo em vista tratar-se de um juízo de reprovabilidade que recai sobre a pessoa do agente e não sobre o crime, é requisito indispensável para que se possa recair sobre o infrator pena, ou seja, para que se configure a imputabilidade penal, disposta no Título III, do Código Penal. Resumindo, a culpabilidade analisa a capacidade do agente para responder por seus atos praticados. Para melhor entendimento, socorre-se ao mandamento de Fernando Capez (2005 – p. 287):

[...] A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente.

E conclui o ilustre doutrinador (2005 – p. 288):

Na culpabilidade afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime cometido. Em hipótese alguma será possível a exclusão do dolo e da culpa ou da ilicitude nessa fase, uma vez que tais elementos já foram analisados nas precedentes. Por essa razão, culpabilidade nada tem que ver com o crime, não podendo ser qualificada como seu elemento.

Assim sendo, verifica-se que a culpabilidade atua na pessoa do agente, como um verdadeiro elemento extra crime, vez que se trata de requisito, apenas, para imposição de pena. Deste modo, se afastada a culpabilidade, o crime ainda vai existir, desde que presentes a tipicidade e antijuridicidade, mas ficará vedada a imposição de pena.

Tendo em vista que a responsabilidade do agente infiltrado está vinculada à sistemática penal, lidando com a existência do crime e imposição de pena, consubstanciados nos elementos que guarnecem a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, faz-se necessário breve análise das causas excludentes, somente a título de esclarecimento. Como se denota da própria nomenclatura do instituto, tratam-se de causas que excluem algum aspecto para formação do fato criminoso ou da imposição da pena. E como a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão inter-relacionadas, em havendo a ausência de um deles, há também a ausência do delito ou da imposição de pena (BITTENCOURT, 1997 – p. 255).

A excludente de antijuridicidade (ou causa de justificação) é definida por Luiz Regis Prado “como sendo particulares situações diante das quais um fato, que de outro modo seria delituoso, não o é porque a lei o impõe ou consente” (2006 – p. 380/381). Já a conceituação das excludentes de culpabilidade, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008 – p. 526):

Esse limite mínimo de exigibilidade não é alcançado, e, portanto, a culpabilidade é excluída, quando não se pode exigir do sujeito a compreensão da antijuridicidade, o que pode ocorrer por falta de

capacidade psíquica suficiente para tal (inimputabilidade), ou porque se encontra num estado de erro acerca da antijuridicidade (erro de proibição)

Nesse contexto, observa-se que as causas de excludente de culpabilidade recaem na figura do agente face à situação, por exemplo, que lhe reduza ou elimine a compreensão do caráter antijurídico de sua conduta.

Dentre as causas excludentes de culpabilidade, destacam-se a inimputabilidade (art. 26, *caput*, do Código Penal); a inexigibilidade de conduta diversa em decorrência de coação moral irresistível ou obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal (art. 22, do Código Penal); menoridade (art. 27, do Código Penal); a embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, do Código Penal); erro de proibição escusável (art. 21, do Código Penal); as discriminantes putativas; a inexigibilidade de conduta diversa autônoma; o estado de necessidade exculpante; o excesso exculpante; e o excesso acidental (NUCCI, 2008 – p. 287).

Por outro lado, as causas excludentes da antijuridicidade, atingem elemento que constitui o crime, assim, excluída a antijuridicidade não subsiste crime e muito menos há que se falar em culpabilidade. Tais causas devem ser dispostas pela lei. Dentre as de mais destaque temos: o estado de necessidade (art. 24, do Código Penal); a legítima defesa (art. 25, do Código Penal); o estrito cumprimento do dever legal e; o consentimento do ofendido (PRADO, 2006 – p. 383).

Essa foi exposição sucinta da teoria finalista do delito, adotada pelo nosso Código Penal e, portanto, meio imprescindível de análise para se afirmar a ocorrência ou não de um delito e conseqüentemente se pode ou não ser imputado ao agente uma pena. Daí que surge a relevância do presente estudo, tendo em vista que antes de se dizer que o agente infiltrado pode ou não ser isento de responsabilidade penal, deve-se verificar, primeiramente, se houve um crime e se é possível imputar uma pena pelo seu cometimento.

Assim, pelas características e circunstâncias da função do agente infiltrado há a possibilidade de sua atuação estar acobertada por uma causa que exclua um dos elementos constitutivos do crime ou da culpa, lhe isentando da responsabilidade penal. Cuida-se, portanto, de hipóteses de isenção da responsabilidade penal, que devem ser analisadas, resultando na inequívoca solução do problema apresentado.

## 5.5 A Isenção da Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado: Limites e Possibilidades

A prática de crimes por parte do agente infiltrado, enquanto imerso em uma organização criminosa, merece análise cuidadosa, vez que ele é um agente do Estado que tem como função investigar o meio criminoso e não cometer delitos. Todavia, por estar inserido em um meio que teve como razão de sua formação a prática de delitos, por certo que o agente infiltrado se verá em situações em que a prática de algum delito seja inevitável ou até mesmo essencial.

Por isso, importante esclarecer quais hipóteses podem isentar o agente de sua responsabilidade penal, seja analisando os pressupostos da teoria do delito, seja por qualquer outro meio idôneo, haja vista que não se pode admitir sua responsabilização penal irrestrita.

Todavia, isto não significa que o agente será isento de responsabilidade penal por todo e qualquer delito praticado, mas o que se pretende é deixar claro que em determinadas situações isto poderá ocorrer, excetuando-se, claramente, aqueles delitos que violem bem jurídico de maior relevância, posto que, sobre estes o rigor da lei penal deve ser aplicado, quando não abrangidos por uma causa de isenção.

Em razão da omissão legislativa (falta de regulamentação), surge a hipótese de inaplicabilidade da infiltração de agentes, como meio investigativo, pois sua aplicação no meio prático torna-se árdua e perigosa. A referida responsabilidade penal é parte integrante do instituto e, portanto, representa importante função no fecho da investigação, haja vista que caso atinja o agente infiltrado, este sofrerá o mesmo rigor da lei aplicada aos seus investigados, que praticaram crimes para as finalidades da organização criminosa.

Ficou a cargo da doutrina dirimir a problemática apresentada, o que resultou em hipóteses distintas de isenção da responsabilidade penal. Desta feita, Alberto Silva Franco e Rui Stoco elencam as seguintes soluções (2002 – p. 586):

Na doutrina discute-se a posição jurídica do agente infiltrado, afirmando alguns a licitude de seu procedimento por ter atuado no estrito cumprimento de seu dever ou no exercício regular de direito legal ou a carência de culpabilidade por obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal. Já outros asseguram existir na hipótese escusa absolutória, o que

implica o reconhecimento do fato criminoso, sem imposição de pena em virtude de uma postura político-criminal. A matéria, portanto, está em aberto e não será, obviamente, nos limites da presente anotação que se poderá equacioná-la, demandando um estudo de maior profundidade.

Como se vê, os aludidos doutrinadores trazem como possíveis causas para a resolução da problemática excludentes de antijuridicidade referentes ao estrito cumprimento do dever legal e ao exercício regular de direito. Ainda, dizem poder se atribuir ao caso a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa decorrente de obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal. E, ainda, ressalvam a hipótese de escusa absolutória, que em virtude da política criminal o agente poderia ser isento de pena. Todavia, eles apenas citaram hipóteses que poderiam isentar o agente infiltrado da responsabilidade penal, sem ao menos desenvolver ou elencar uma, a que mais acham conveniente.

Em outro cenário, Marcelo Batlouni Mendroni, afirma que pode ser afastada a antijuridicidade da conduta do agente infiltrado, desde que o delito praticado não atinja direito constitucional. Isto significa dizer que, nos casos em que não é permitido o cometimento de delitos, deverá o agente infiltrado se utilizar de meios ou técnicas especializadas de inteligência para evitar cometer crimes que atinja direitos constitucionais, ou, até mesmo, em último caso agir no flagrante dos membros da organização criminosa. É o que se extrai de sua doutrina (2007 – p. 57):

Enfim, o agente infiltrado poderá até praticar condutas típicas (que não são crimes porquanto não são antijurídicas), desde que não atentem contra um direito constitucional sobrevalente. Há casos em que a prevalência de um direito será muito evidente a ponto de não ensejar qualquer dúvida de interpretação e resolução pela não atuação, e outros duvidosos, fronteirços, cuja interpretação deve caber ao Juiz ou, acreditamos, na medida do possível e conforme a urgência, ao Promotor de Justiça, ou na situação urgentíssima ao Delegado de Polícia ou mesmo ao próprio Policial infiltrado, seguindo-se essa ordem de preferência. E como agir então o agente que se veja diante de situação em que não possa agir, sob pena, de detonar um direito mais valioso? Sem poder atuar – matar, ou assaltar -, ele deverá agir com muita habilidade de forma a escapar daquela situação para logo em seguida obter auxílio dos seus companheiros policiais que (se) eventualmente estiverem a postos e prontos para intervir. Poderá também ser esse o momento da prisão em flagrante. Cada situação difere da outra e o enfrentamento dos casos práticos dependerá sempre da habilidade dos policiais. Para tanto, deverão receber constante treinamento especializado e assim saberão decidir e atuar de forma a diminuir os riscos decorrentes da situação prática.

Sem dúvida o raciocínio retro é consistente, haja vista que tem como condão proteger bens jurídicos constitucionais de maior relevância, levando a uma atuação mínima por parte do agente infiltrado na organização criminosa. Todavia, existem pontos que merecem melhor esclarecimento. Primeiramente, no que diz respeito à exclusão da antijuridicidade dos crimes que não atentem contra direito constitucional de maior importância, pode-se dizer que nem sempre, em um caso concreto, essa sobrevalência de um direito constitucional sobre outro fique clara, o que resultaria em uma insegurança do agente infiltrado refreando a finalidade de sua atuação.

Segundo ponto que merece destaque é que o ilustre autor defende a aplicação da exclusão da antijuridicidade, mas não indica qual causa excludente que se aplica ao caso. Por fim, é certo que o agente infiltrado não está atuando junto a uma organização amistosa e pacífica, mas sim com uma organização que não se importa em cometer delitos para alcançar seus objetivos. Destarte, fornecer ao referido agente, apenas, a possibilidade de utilizando técnicas empreender fuga de uma situação de risco, ou promover o flagrante contra a organização criminosa, certamente poderia trazer algum risco, seja para sua integridade física ou vida, seja para o sucesso da investigação. Desse modo, com todo respeito ao referido autor, não parece ser a solução mais certa para o caso.

Ainda, no tocante da excludente de antijuridicidade, a doutrina aponta pela impossibilidade de punição do agente infiltrado quanto aos crimes de formação de quadrilha ou bando e associação para o tráfico de drogas, haja vista tratar-se de estrito cumprimento do dever legal. É válido o raciocínio, mas não é o bastante, a exclusão da responsabilidade penal quanto aos aludidos crimes é atitude imprescindível, pois do contrário, o agente infiltrado estaria quase que instantaneamente respondendo por eles.

Tendo o legislador deixado de tratar de ponto primordial e vital para a aplicação da infiltração, fica a cargo da doutrina aprofundar o problema e, assim, buscar todas as soluções possíveis e não apenas dizer o óbvio.

Em contrapartida, Fábio Ramazzini Bechara e Damásio Evangelista de Jesus, sugerem algumas soluções para a problemática (2006 – p. 82/83):

Discute-se, entretanto, qual seria a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado. É possível identificar as seguintes soluções:

1ª) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Isso porque, se o agente infiltrado tivesse decidido não participar da empreitada criminosa, poderia ter comprometido a finalidade perseguida com a infiltração, ou seja, não havia alternativa senão a prática do crime;

2ª) escusa absolutória: o agente infiltrado age acobertado por uma escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. A importância da sua atuação está diretamente associada à impunidade do delito perseguido;

3ª) trata-se de causa excludente de ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal;

4ª) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado. Essa atipicidade, todavia, poderia decorrer de duas linhas de raciocínio distintas. A atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal.

Seja lá qual for a interpretação que se faça em relação à natureza jurídica da isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado, para que essa efetivamente se ultime, devem concorrer algumas exigências: a) a atuação do agente infiltrado precisa ser judicialmente autorizada; b) a atuação do agente infiltrado o qual comete a infração penal deve ser uma consequência necessária e indispensável para o desenvolvimento da investigação, além de ser proporcional à finalidade perseguida, de modo a evitar ou coibir abusos ou excessos; c) o agente infiltrado não pode induzir ou instigar os membros da organização criminosa a cometer o crime, o que configuraria um delito provocado, o qual, devido à sua impossibilidade de consumação, é impune tanto em relação ao sujeito provocado como ao provocador. O provocador poderia responder pelo crime de abuso de autoridade.

Ante as fartas soluções trazidas pelos ilustres doutrinadores, necessário à análise individual das mesmas, tendo em vista a sua ordem de importância para a resolução do problema.

Inicialmente, a afirmação de que o agente cometeria o delito sem a presença do dolo, pois inicialmente não tinha a intenção de cometer delitos, mas sim de investigar, não é certo. Para René Ariel Dotti (2010 – p. 393) “o dolo é o conhecimento dos elementos que integram o fato típico e a vontade de praticá-lo ou, pelo menos, em assumir o risco de sua verificação”. Desta feita, mesmo o agente não tendo vontade expressa em cometer o delito pratica-o por livre vontade para manter sua condição, assim, não há como negar que ele assume o risco da possibilidade de se configurar o dolo (imputação objetiva).

Por outro lado, também desacertada a solução que afirma ser a ação do agente infiltrado ausente de dolo, por ela ser autorizada judicialmente. Como já

explanado em momento anterior, a norma que permite a atuação de um agente de polícia como agente infiltrado não faz qualquer menção à possibilidade de cometimento de crimes, apenas autoriza sua infiltração em uma organização criminosa. Assim sendo, não há como pensar que a autorização jurídica, por si só, excluiria o dolo da conduta do agente (imputação subjetiva).

Deste modo, o dolo da conduta criminosa do agente infiltrado na organização criminosa fica intacto. Por assim, passa-se à análise da segunda solução trazida, a qual diz respeito à escusa absolutória arrolada na conduta do agente, em razão de política criminal. Antes de dizer se esta hipótese em questão é a melhor para a solução do problema, importante se faz esclarecer os alicerces da mesma, ou seja, do que trata a política criminal e a escusa absolutória.

Guilherme de Souza Nucci anota sobre o surgimento da política criminal (2008 – p. 58):

[...] Ensina Heleno Fragoso que o nome de *política criminal*, foi dado a importante movimento doutrinário, devido a Franz Vol Litz, que teve influência como “tendência técnica, em face da luta de escolas penais, que havia no princípio deste século [referindo-se ao Século XX] na Itália e na Alemanha. Essa corrente doutrinária apresentava soluções legislativas que acolhiam as exigências de mais eficiente repressão à criminalidade, mantendo as linhas básicas do Direito Penal clássico”. E continua o autor, afirmando que o termo passou a ser utilizado pela ONU para denominar o “critério orientador da legislação, bem como os projetos e programas tendentes a mais ampla prevenção do crime e controle da criminalidade” (Lições de direito penal, parte geral, p.18).

Destarte, a política criminal traz forma de tutela jurídica penal e como ela se posiciona em relação aos bens jurídicos e/ou aos direitos que estão sob a sua égide. Assim, pode se dizer que é por ela que são escolhidos os bens jurídicos tutelados e a via penal repressora correspondente (ZAFFARONI, PIERANGELI, 1997 – p. 132/133).

Respectivamente, as escusas absolutórias “são causas pessoais de isenção de pena. Embora configurado o delito em todos os seus elementos constitutivos, presentes as escusas absolutórias não ocorrerá a imposição da pena abstratamente cominada” (PRADO, 2006 – p. 771). O termo em questão refere-se a não imposição de pena, tendo em vista que mesmo estando presentes os elementos constitutivos do delito, a penalização do agente seria incoerente.

Elucidados os termos da política criminal e da escusa absolutória, passe-se a analisar, propriamente, a solução apontada. Trata-se da junção de

ambos os termos com o intuito de impedir a penalização do agente infiltrado. Isto decorre da própria natureza da sua função (investigativa e encoberta), de modo que sua punição estaria indo de encontro com as finalidades do direito penal, que não admite punir uma conduta criminosa quando o seu agente não poderia agir de outra forma.

Atilados e importantes são os fundamentos para isentar o agente infiltrado de responsabilidade penal, por crimes cometidos enquanto inserido em uma organização criminosa, contudo, a aplicação da solução em anotação pode exaurir por completo sua responsabilidade penal. Claramente, a situação em estudo é alcançada pela solução retro, haja vista estar presentes excludentes que afastam um ou mais aspectos da estrutura da teoria do delito.

Correspondente à aludida primeira e terceira hipótese que isentam o agente infiltrado de responsabilidade penal, trazidas por Fábio Ramazzini Bechara e Damásio Evangelista de Jesus, as quais, respectivamente, acatam a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e a excludente de ilicitude por estrito cumprimento do dever legal (2006 – p. 82/83).

Amiudando-se no que concerne às excludentes de ilicitude, Alberto Silva Franco e Rui Stoco dizem que há possibilidade de ocorrência de estrito cumprimento de dever legal e/ou exercício regular de direito. Já quanto às excludentes de culpabilidade fazem referência à aplicação de inexigibilidade de conduta diversa por obediência hierárquica de ordem manifestamente legal (2002 – p. 586).

Logo, entrelaçando essas duas espécies de excludentes, chegam-se as seguintes e possíveis soluções: excludente de antijuridicidade por estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito e, excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, em razão de obediência a ordem não manifestamente ilegal ou ainda inexigibilidade de conduta diversa. E é utilizando, pelo menos, uma dessas hipóteses, que validará a possibilidade de se isentar o agente infiltrado de responsabilidade penal para crimes cometidos enquanto imerso em uma organização criminosa (BECHARA, JESUS, 2006 – p. 82/83).

Analisar-se-á primeiramente as causas excludentes de ilicitude, começando pelo exercício regular de direito. Luiz Regis Prado aponta (2006 – p. 395):

Aquele que age no exercício regular de direito (*Qui iure suo utitur neminem laedit*), quer dizer, que exercita uma faculdade de acordo com o direito, está atuando licitamente, de forma autorizada (art. 5º, II, CF). Não se pode considerar ilícita a prática de ato justificado ou permitido pela lei, que se consubstancie em exercício de direito dentro do marco legal, isto é, conforme os limites nele inseridos, de modo *regular* e não abusivo. Essa conclusão é decorrência lógica do princípio da não contradição: um objeto não pode ser e não ser ao mesmo tempo.

Assim, para se configurar o exercício regular de direito, é necessário autorização expressa da lei, atribuindo à conduta vergastada o condão da legalidade. Todavia, de imediato, verifica-se a impossibilidade de aplicação no caso, haja vista que a legislação apenas dispõe sobre a possibilidade da infiltração, carecendo o texto legal de disposição sobre a possibilidade de cometer crimes.

Do mesmo modo, o estrito cumprimento do dever legal, utilizando da mesma inteligência acima exposta, só é admitido quando a lei expressamente o ordenar (BITTENCOURT, 1997 – p. 289). Para elucidar, traz-se como exemplo o que dispõe o artigo 292 do Código de Processo Penal:

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto suscrito também por duas testemunhas.

Deste modo, se o executor causar lesões corporais ao executado (delito previsto no artigo 129 do Código Penal), resultaria na exclusão da antijuridicidade do seu ato por estrito cumprimento do dever legal. Resta claro que a exclusão da antijuridicidade por estrito cumprimento do dever legal está atrelada a uma conduta autorizada por lei, o que não se assemelha com o caso em questão. Assim, do mesmo modo que há impossibilidade da aplicação do exercício regular de direito, também não pode ser aplicado o estrito cumprimento do dever legal.

No que concerne às causas excludentes de antijuridicidade, a única que pode se aplicar a prática de crimes pelo agente infiltrado enquanto no exercício de sua função é o estado de necessidade, não abordada por nenhum dos doutrinadores. O estado de necessidade está regulamentado no artigo 24 do Código Penal com a seguinte redação:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Guilherme de Souza Nucci (2008 – p. 242) sustenta que: “É o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível”.

Entretanto, para sua configuração, necessário o preenchimento dos requisitos esposados no referido artigo e rechaçados pela doutrina. A respeito, Cezar Roberto Bitencourt explana (1997 – p. 277):

A configuração do estado de necessidade exige no Direito brasileiro, a presença simultânea dos seguintes requisitos: existência de perigo atual e inevitável; não provocação voluntária do perigo; inevitabilidade do perigo por outro meio; inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; direito próprio ou alheio; elemento subjetivo; finalidade de salvar o bem do perigo; ausência de dever legal de enfrentar o perigo.

Assim sendo, presentes os citados requisitos imperioso o reconhecimento do estado de necessidade. Inclusive, convém ressaltar exemplos colhidos na doutrina pátria para ilustrar a ocorrência da referida causa excludente de antijuridicidade:

[...] São casos clássicos o dos dois náufragos, em pleno oceano, sobre uma tábua que apenas pode sustentar um deles; o do espectador de uma casa de diversões que se incendia e que para se salvar fere ou mata outro espectador; o do alpinista que precipita no abismo o companheiro, visto que a corda que os sustenta não suporta o seu peso etc. (NORONHA, 1998 – p. 189).

[...] b) subtração de um automóvel para transportar um doente em perigo de vida ao hospital (se não há outro meio de transportar ou comunicação); [...] 1) caso de antropofagia entre náufragos ou perdidos na selva; m) médico que deixa morrer um paciente para salvar outro, não tendo meios para atender ambos; [...] (JESUS, 2003 – p. 372/373).

Existem dois exemplos clássicos que ilustram a definição. O primeiro é o formulado por Carneades, celebre filósofo e orador grego (215-129 a. C.): dois náufragos disputam a mesma tábua de salvação que não tem lugar para ambos. Um deles sacrifica o outro para preservar a própria vida. O segundo exemplo nos vem do imortal romance de Vitor Hugo (1802-1885) *os miseráveis*, que narra a saga de Jean Valgean, condenado a uma longa pena carcerária pelo furto de um pão. O estado de necessidade, apesar de não reconhecido por um terrível magistrado, celebrou a condição humana do personagem faminto e tornou inesquecível o conflito entre os bens jurídicos (vida *versus* patrimônio) (DOTTI, 2010 – p. 474).

O conceito de estado de necessidade elucidado por meio de exemplos, em muito se assemelha com a mais severa causa de cometimento de crime pelo agente infiltrado, enquanto imerso na organização criminosa.

Suponha-se uma situação em que ao agente infiltrado é dada uma ordem para executar um terceiro, ao perceber a hesitação do agente em praticar a conduta, o seu superior (ou líder do grupo), aponta, contra o mesmo (agente infiltrado) uma arma de fogo e lhe ordena novamente, dizendo que se não matar o indivíduo ele teria subtraída sua vida. Em razão de tal ameaça o agente acaba por matar o sujeito, cometera assim, um crime (homicídio) acobertado pela causa excludente de antijuridicidade por estado de necessidade.

Deve-se, todavia, analisar se estão presentes os requisitos para a aplicação dessa causa, ou seja, se existiriam dúvidas por parte do julgador (juiz) acerca da provocação voluntária do perigo, bem como da inevitabilidade do perigo por outro meio e da ausência de dever legal de enfrentar o perigo. Veremos que o agente infiltrado não tem como escopo de sua função cometer crimes, ainda mais de tal calibre, razão pela qual não provoca voluntariamente o perigo.

D'outra banda, em tese, haveria a possibilidade viável de evitar o perigo por outro meio, qual seja, a prisão do membro da organização criminosa, também considerado o dever legal do agente, ou a fuga do local. Todavia, no caso em discussão, a princípio, não haveria a possibilidade de ocorrência de ambas as hipóteses, vez que a situação em que se encontraria o agente, sob a mira de uma arma de fogo empunhada por um indivíduo de alta periculosidade não permitiria tais condutas. Bem por isso, a causa de excludente de antijuridicidade, estado de necessidade, poderá ser aplicada ao caso, bem como aos demais que preenchem seus requisitos.

Esmiuçada a matéria no tocante as causas excludentes de antijuridicidade, passa-se agora ao estudo das causas excludentes de culpabilidade, inicialmente mencionando-se a inexigibilidade de conduta diversa por obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal, disposta no artigo 22 do Código Penal:

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Sem maiores digressões sobre o tema, verifica-se sua não aplicabilidade na problemática apresentada.

Encontra-se de plano, dois impedimentos para sua aplicação, primeiramente pela necessidade de, pelo menos, haver dúvida acerca de sua legalidade e, da ordem proceder de seu superior competente (NUCCI, 2008 – p. 298).

Como já mencionado, não existe no ordenamento jurídico pátrio norma que autorize a atuação criminosa do agente infiltrado, entretanto, mesmo se considerar presente esse requisito, o caso apresentaria um problema de ordem prática, operacional, qual seja, o superior hierárquico não tem como definir limites para a atuação do agente no que concerne à prática de crimes. Até porque, quem tem competência para autorizar o implemento da medida é o magistrado, que não mantém com o agente nenhuma ligação institucional.

Contudo, vencidas essas duas problemáticas, a referida causa excludente de culpabilidade poderia ser aplicada, desde que presente uma ordem de autoridade competente, ou ao menos, que a ordem venha de autoridade incompetente, por erro e, que a razoabilidade da ordem esteja legalmente amparada, realidade de difícil caracterização em razão da disposição pátria da matéria (NUCCI, 2008 – p. 298).

A outra causa excludente de culpabilidade é a inexigibilidade de conduta diversa. Nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus (2003 – p. 480):

Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme ao ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. Isso ocorre no caso de coação moral irresistível.

O autor refere-se a causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa em razão de coação moral irresistível, que encontra-se, igualmente, disposta no artigo 22 do Código Penal, mas sem definição expressa, motivo pelo qual coube à doutrina sua definição:

[...] Desse modo, é possível sustentar que na coação moral, diferentemente da coação física, exige espaço para a vontade, mas esta se mostra de tal modo viciada, comprometida, que não se pode exigir do agente um comportamento conforme os ditames do ordenamento jurídico. O coacto,

portanto, tem vontade, mas se encontra diante de um dilema: ante dois resultados indesejados, deve optar por um deles, e é exatamente nesse ponto que reside o fundamento da inexigibilidade da conduta que visasse a salvaguardar o bem jurídico que, ao final, resulta lesado (PRADO, 2006 – p. 427).

Enquadra-se à espécie em questão, de inexigibilidade de conduta diversa, a situação em que é dada uma ordem ao agente infiltrado para que ele cometa um crime, tendo como consequência do não cumprimento dessa ordem um mal maior sobre sua pessoa. Como já elucidado, a partir de tal situação surgirá dois caminhos que podem ser tomados, mas, pela importância de uma lesão sobre a outra, faz subsistir apenas um. Possível, portanto, sua aplicação no caso aludido.

Essa foi abordagem acerca das excludentes de antijuridicidade e culpabilidade aplicáveis ao caso em comento. Todavia, necessário se faz retomar ao ensinamento de Fábio Ramazzini Bechara e Damásio Evangelista de Jesus no que concerne aos requisitos obrigatórios que devem ser preenchidos para que se possa cogitar a isenção de responsabilidade penal do agente infiltrado por crimes cometidos no âmbito da organização criminosa, quais sejam, sua ação deve ser precedida de autorização judicial, deve haver proporcionalidade entre o fim perseguido e o meio utilizado para tanto, para evitar ou coibir abusos ou excessos e, por fim, o agente em nenhuma hipótese pode induzir ou instigar os membros da organização criminosa a cometer crimes (2006 – p. 83).

Indispensável é a análise mais detalhada de um desses requisitos, a proporcionalidade que se exige do agente infiltrado quando do cometimento de crimes. Não há como se admitir o cometimento de quaisquer crimes, desmotivadamente, somente com a justificativa de se lograr êxito com a investigação criminal e, de outro ponto de vista, não seria prudente responsabilizar penalmente o agente infiltrado por todo crime cometido por ele na organização criminosa.

Eduardo Araújo da Silva sobre essa hipótese bem elucidada (2009 – p. 79):

A análise da proporcionalidade entre a conduta do policial infiltrado e o fim buscado pela investigação é o caminho a ser trilhado. Não se apresenta razoável, por exemplo, admitir que o policial possa matar pessoas na busca de elementos de prova para a apuração de crimes praticados a flora e fauna.

Destarte, o princípio da proporcionalidade pode ser comparado com uma balança, onde de um lado está a conduta do agente e do outro o caso concreto enfrentado. Trata-se de ponto vital para o deslinde da questão, haja vista, que para isentar o agente infiltrado de responsabilidade penal, devem estar presentes, conjuntamente, os outros requisitos já mencionados.

Por isso que a análise da responsabilidade penal do agente infiltrado por crimes cometidos no âmago da organização criminosa se adapta as hipóteses acima descritas, pois é através da confrontação da teoria do delito com o caso em concreto que se pode apurar se há ou não a possibilidade de se imputar pena ou então isentar o agente dela.

Assevera-se que tais discussões devem ser abraçadas pelo Poder Judiciário e não pelo legislador pátrio, pois do contrário a atuação investigativa sob estudo ficaria engessada. Sobre a problemática, José Geraldo da Silva, Wilson Lavorenti e Fabiano Genofre elucidam (2005 – p. 215):

Outra grande dificuldade para adoção desta forma de atuação reside na celeuma que se cria quanto às condutas possíveis por parte do agente infiltrado, dado que, para sua aceitação e manutenção em uma organização, necessariamente, estará contribuindo ou praticando infrações penais. Em outras palavras, o Estado, para se ver livre de crimes, deveria permitir, por parte de seus agentes infiltrados, a prática de infrações, o que é no mínimo paradoxal. Por outro lado, nenhum policial estaria disposto a se infiltrar e responder pela prática de delitos praticados.

Não adiantaria dispor na legislação a respeito das infrações que, eventualmente, poderiam ser cometidas pelo agente infiltrado, porque isto seria uma regra sinalizadora a respeito das infrações penais que as organizações, quadrilhas ou associações poderiam exigir dos novos integrantes.

Observar-se, portanto, que se o legislador trouxer um apontamento preciso dos delitos que possam ser praticados pelo agente infiltrado, estaria anulando a medida, haja vista que as organizações criminosas sabedoras de tal rol, poderiam, por exemplo, exigir que o agente cometesse crime não previsto no rol abonatório, como forma de comprovar se o indivíduo é ou não um agente de polícia.

Portanto, como se vê, a responsabilidade penal do agente infiltrado quando do cometimento de crimes em uma organização criminosa possui ampla resolução pelo ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, vale destacar as hipóteses de soluções decorrentes da análise dos elementos da teoria finalista do delito, adotada pelo Código Penal. Tal teoria dispõe que o crime se constitui pela conduta

típica e antijurídica, sendo que para a imposição de uma pena, deve também, estar presente a culpabilidade (imputabilidade).

Deste modo, podem as causas excludentes de antijuridicidade e culpabilidade, respectivamente, o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa (coação moral irresistível), isentar o agente da responsabilidade penal. Na mesma linha de pensamento aplica-se, subsidiariamente, a escusa absolutória, que em razão da política criminal, isenta de responsabilidade a conduta do agente pela finalidade a qual se presta sua função e desígnio.

Por fim, utilizando-se dos preceitos do ordenamento jurídico nacional e da doutrina pátria, estas são as soluções amoldadas à problemática apresentada. Todavia, a solução da problemática não se limita a estas soluções apresentadas, nada impede que surjam outras hipóteses de resolução, desde que compatíveis com o nosso ordenamento. Desta feita, pode-se dizer que com relação ao problema apresentado, não mais pairam dúvidas acerca da ampla possibilidade de sua resolução, bem como de sua relevância para a possibilidade de utilização desse meio investigativo extraordinário de combate às organizações criminosas (sentido amplo) e ao crime organizado.

## **5.6 O Agente Infiltrado Como Testemunha**

Com relação à investigação realizada pela infiltração de agentes, o principal meio de prova que o órgão acusatório pode se valer é o depoimento do agente infiltrado. Em contrapartida trata-se também de ponto fundamental para que a defesa exerça o seu direito ao contraditório, mesmo que de forma diferida, e à ampla defesa, da melhor forma possível, pois é apenas com a confrontação do agente que a defesa poderá expor os moldes em que se dera a infiltração e como foram obtidas as provas juntadas aos autos. Assim, o juiz, deverá para fins de admissão dessa prova verificar a licitude da conduta desempenhada pelo agente policial enquanto da infiltração.

Ocorre que, por mais uma vez o legislador brasileiro foi omissivo, em nenhum momento considerou a possibilidade do agente infiltrado ser ouvido como

testemunha, conseqüentemente, não tratou da forma de como ele deverá ser ouvido e tão pouco do *status* que será conferido a ele no momento de sua oitiva.

Ante ao silêncio da lei, entendemos que o agente infiltrado deve ser ouvido como *testemunha* do juízo. No processo penal, testemunha é toda pessoa que, não se tratando da vítima ou acusado, tem conhecimento sobre os fatos investigados e vem a juízo falar sobre eles. Ao teor do depoimento da testemunha dá-se o nome de “testemunho”, cujo valor reside na presunção de que alguém que tenha presenciado um fato de relevância jurídica tenha interesse de transmitir a verdade dos fatos. Tal presunção tem como base dois pontos: a capacidade das pessoas de perceber a ocorrência do fato e de transmiti-lo corretamente.

O agente infiltrado enquadra-se perfeitamente na exposição acima, pois se trata de pessoa que teve contato direto com fatos juridicamente relevantes, não se tratando da vítima ou do acusado. Desta feita pode ser considerado, portanto, como testemunha.

Nesse sentido é o entendimento de Marcelo Batlouni Mendroni (2007 – p. 59):

Nada impede, mas ao contrário, tudo sugere, que ele sirva de testemunha – diga-se, importantíssima – a respeito das atividades da organização criminosa dentro da qual terá convivido. Estará em condições de descrever ao Juiz tudo o que tiver presenciado e relatar as atividades criminosas e os respectivos *modus operandi*.

Assevera-se que o agente infiltrado, mais que as demais testemunhas, tem o dever de dizer sempre a verdade, sob pena de incorrer no crime disposto no artigo 342, do Código Penal.

Por fim, o Estado quando da utilização do agente infiltrado como testemunha deve, impreterivelmente, tomar as devidas cautelas para manter incógnita a identidade verdadeira do agente, haja vista que o contrário pode resultar em possíveis retaliações por parte da organização criminosa em que estava inserido. No mesmo sentido, a preservação da identidade do infiltrado é importante para o próprio Estado, posto que é necessário muito treinamento e especialização para deixar um policial apto a se tornar um agente infiltrado. É em razão disto que Marcelo Batlouni Mendroni defende a aplicação, no que couber dos dispositivos da Lei n.º 9.807/1999 (Lei de Proteção a Testemunha), no intuito de se proteger o agente infiltrado no ato de testemunhar.

## 6 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

É cediço que o processo penal, assim como todos os outros procedimentos, para o seu desenvolver adequado e legal, deve respeitar os direitos fundamentais do investigado.

O Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito deve para a criação e aplicação de leis observar os preceitos de nossa Lei Maior, por assim a utilização da infiltração de agentes como forma de investigação policial, deve necessariamente, quando da sua utilização sempre prezar pelos direitos e garantias individuais oferecidos pela Constituição Federal.

Nesta toada Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves dizem (2001 – p. 30):

[...] as técnicas de obtenção de meios de prova em processo penal têm de promover a materialização dos princípios e dos direitos próprios de um estado de direito democrático, ou seja, devem materializar o princípio democrático como forma de legitimação do poder.

Todavia, em razão da natureza invasiva da infiltração de agentes é inevitável que um ou outro direito fundamental do investigado seja violado e, portanto, tal violação deve ser levada em consideração quando da sua aplicação.

### 6.1 Princípio do Devido Processo Legal

Em nosso ordenamento jurídico o devido processo legal está elencado na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LIV, portanto, está presente dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Como se vê tal princípio preconiza a imperiosidade em nosso Estado de Direito da existência de (TUCCI, 2009 – p. 57/59):

- I) um processo legislativo de elaboração de leis antecipadamente regulado e definido, seguido de razoabilidade e justiça em seus dispositivos, que a seu turno devem estar enquadrados nos preceitos constitucionais;
- II) a aplicação de normas jurídicas, leis apenas através do processo penal;
- III) a assecuração, no processo, da paridade de armas entre as partes que o integram, buscando a igualdade e o equilíbrio entre elas.

Com efeito, observa-se que o devido processo legal empresta ao processo penal sua função de jurisdicionalização da pena (*nulla poena sine iudicio*), vez que as sanções penais só poderão surtir efeitos se for utilizado o meio adequado para tanto, o processo, que por sua vez deverá, sob pena de nulidade respeitar todas as garantias delineadas em nossa Lei Maior. Ressalta-se que o conjunto dos componentes formadores do devido processo legal pode receber o nome de devido processo penal para destacar, com mais rigor, o campo do direito em que atuam suas garantias.

O princípio do devido processo legal desdobra-se em vários direitos, dentre os quais o direito à citação, direito a um juiz natural (juiz competente e regularmente investido na função), direito ao duplo grau de jurisdição, direito à coisa julgada e, inclusive, direito a um julgamento baseado em provas obtidas de maneira lícita e regular.

## 6.2 Princípio do Contraditório

Uma das ilações fundamentais do devido processo legal é o princípio do contraditório previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Aury Lopes Junior muito bem ensina que (2005 – p. 224):

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais).

Como se vê o contraditório não é apenas mais uma característica do processo, passa a ser um componente essencial que sem a sua presença invalida todo o processo, sendo que apenas com a garantia de um procedimento jurídico onde todos os que sofrerão os seus efeitos estiverem presentes, em simétrica paridade, pode hoje ser chamado de processo (LOPES JUNIOR, 2005 – p. 224/225).

Assim, em respeito ao contraditório as partes devem ser comunicadas de todos os atos praticados e terem a oportunidade de contradizê-los em todo o decorrer do procedimento penal, desde a fase inquisitorial (inquérito policial), ressalvadas as situações em que a lei determina o seu sigilo, continuando em toda fase processual.

Importante ressaltar que o contraditório no processo penal, diferentemente no processo civil, deve, necessariamente, ser pleno e efetivo, ou seja, não pode ser limitado à mera possibilidade de reação. É o que nos ensina Antonio Scarance Fernandes dizendo que o contraditório deve ser (2007 – p. 61):

[...] pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover aponta que (1990 – p. 18):

[...] plenitude e efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões. Mais ainda: no processo penal, com o seu máximo de publicismo e mínimo de disponibilidade, a reação não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contradição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando, para tanto, seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrios entre os ofícios da acusação e da defesa. Cabe ao juiz penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes.

Rogério Lauria Tucci (2009 – p. 47) salienta que é necessário a existência de um contraditório efetivo, real, pois somente com ele pode-se preservar a liberdade jurídica do acusado, sendo que essa contrariedade real é indispositiva, indisponível e indispensável a plenitude da defesa. É o que se extrai de suas palavras em:

[...] assecuração da liberdade jurídica do indivíduo pelo instrumento, técnico, público, ético e político do exercício da jurisdição criminal, que é o processo: somente por meio deste, como frisado e repisado, pode ser imposta sanção penal ao indigitado autor de crime ou contravenção.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho (1997 – p. 137) o contraditório:

[...] trata-se, portanto, de garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça.

Ainda neste tocante, Aury Lopes Junior explana (2005 – p. 227)

[...] o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está acontecendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra, ao pode haver segredo (antítese) para a defesa, sob pena de violação ao contraditório.

Assim, pode se dizer que a importância do contraditório no processo penal é tamanha que ele pode ser considerado uma condição de validade das provas, ou seja, somente as provas produzidas sob o seu crivo é que podem ser consideradas válidas (GRINOVER, 2005 - p. 21).

No tocante a infiltração de agentes, como se trata de medida sigilosa, o contraditório imediato não é possível, sob pena de prejudicar os fins almejados pela conduta, haja vista que o sucesso da infiltração depende em grande parte dos investigados não saberem de sua existência.

Portanto, para que as informações obtidas por meio da infiltração de agentes possam ser válidas e conseqüentemente utilizadas em um processo, necessário se faz uma modificação das garantias do devido processo legal, através do chamado contraditório diferido no tempo ou postergado ou a *posteriori*, a fim de que, nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho (1991 – p. 78):

[...] mesmo em condições excepcionais, seja possível assegurar a “cognição adequada”, que também integra a noção de “devido processo”, através da qual o juiz analisa os pressupostos da medida cautelar (no caso, da infiltração de agentes) com imparcialidade e tendo em conta as possíveis razões dos integrantes do contraditório, ainda que este só possa vir a ser exercido plenamente a *posteriori*.

O mesmo autor traz noção interessante sobre a divisibilidade do contraditório, fracionando-o em dois momentos para a sua formação: a informação e a reação (1991 – p. 78).

O primeiro momento diz respeito à ciência prévia das partes para o exercício dos atos processuais; sendo que o segundo momento corresponde à possibilidade de participação ativa das partes com o intuito de influenciar o convencimento do juiz e com isso obter, a tutela preventiva. Para Magalhães, este segundo momento – de reação – pode se dar em diversos tempos, tanto preventivamente, ou seja, quando o contraditório é instaurado pelo debate para a prática de algum ato; concomitantemente, quando ele se manifesta com a prática do ato; ou posteriormente, com a manifestação após a prática do ato. Dessa forma, defende o autor ser possível cindir o contraditório em diversos atos, ou momentos, sem deixar de lado sua unidade teleológica, vez que tais atos estão voltados para o mesmo resultado final, qual seja, a sentença (GOMES FILHO, 1991 – p. 137/139).

Desta feita, levando em consideração os ensinamentos do Ilustre doutrinador, a infiltração de agentes em nenhum momento ofende o princípio do contraditório, desde que, seja oportunizada às partes a efetiva reação, tendo sua manifestação eficácia prática. E assim, portanto, as informações obtidas por tal meio investigativo podem ser consideradas em um processo.

### **6.3 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais**

O dever de motivar, inerente à atividade judicial, é consequência do devido processo legal. Assim, como o ordenamento jurídico brasileiro prevê que a infiltração de agentes só pode ser realizada mediante prévia autorização policial, faz-se necessário analisar tal requisito autorizador.

Basicamente, a motivação das decisões judiciais pode ser resumida como sendo a demonstração, por parte do magistrado, de como ele apreendeu os fatos e interpretou a lei penal correspondente à questão, oportunizando, com clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todas as questões e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida (TUCCI, 2009 – p. 189).

Por assim, a motivação apresenta duas funções: primeiramente serve como garantia política, oportunizando a comunicação entre o judiciário e a sociedade, ensejando uma opinião crítica, por parte desta, acerca da forma como é aplicado o direito. Por outro lado, serve também como garantia processual, por ser um dos requisitos formais das decisões (GOMES FILHO, 2001 – p. 81 e 95).

Por meio da motivação é que o agente do Poder Judiciário consegue demonstrar a forma com ele entende que deve ser interpretada a lei e como ele apreendeu os fatos. Sendo que somente a motivação permite avaliar se a racionalidade predominou sobre o poder arbitrário do magistrado, premissa fundante de um processo penal democrático (LOPES JUNIOR, 2005 – p. 257/258).

Neste contexto Aury Lopes Junior (2005 – p. 259) diz que “a motivação serve para o controle de racionalidade da decisão judicial”. Importante ressaltar que “não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição judiciária (e

jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão”.

Desse modo, portanto, o juiz utilizando-se das informações colhidas pelos órgãos policiares deve, necessariamente, expor de maneira clara os motivos que o levaram a adotar medida de tamanha lesividade (aplicação da infiltração), ao invés de outra menos gravosa, pois a infiltração policial só deve ser utilizada quando extremamente necessária, dado ao seu caráter excepcional e subsidiário.

Busca-se com a motivação da decisão que determina a infiltração policial manter a lógica e a razoabilidade em sua aplicação, posto que se trata de medida que necessariamente irá ferir uma ou outra liberdade individual.

#### **6.4 Princípio da Publicidade Processual**

A regra vigente em nosso ordenamento jurídico é a da publicidade processual plena, ou seja, tanto na fase investigativa preliminar quanto na fase processual, a persecução penal deve ser uma atividade pública, pois somente através de uma publicidade plena que as partes e à sociedade poderão acompanhar o trâmite processual. Assim, tal determinação passa a ser uma garantia às partes e à população, haja vista que passam a ter a segurança de um procedimento isento de vícios e ainda possuem a chance de formar sua opinião sobre a integridade dos órgãos judiciais (TUCCI, 2009 – p. 175/177).

Justamente por possuir tamanha importância, a publicidade processual encontra-se prevista constitucionalmente, mais precisamente no artigo 93, inciso IX. Com a publicidade dos atos processuais busca-se evitar excessos ou arbitrariedades no desenvolver de uma ação, surgindo, por isso, a garantia de reação aos processos secretos, proporcionando à sociedade fiscalizar a atividade judicial (FERNANDES, 2005 – p. 72).

A publicidade tem, ainda, a função de legitimar a atuação estatal, como bem elucida Maurício Zanóide de Moraes (2008 – p. 41):

[...] somente quando os cidadãos sabem, por meio da publicidade, “como”, “quando”, “porque” e “por quem” os atos estatais são produzidos, alcançando legitimidade interna e externa, estes passam a ser aceitos e respeitados por todos. Não há quem, na condição de cidadão, aceite atos públicos sendo produzidos de maneira sigilosa.

Assim também explana Rogério Laura Tucci (2009 – p. 176/177)

[...] presenteando-se a publicidade como requisito formal da realização da grande maioria de atos processuais, nem procedimento demarcado em lei, a fim e que sejam prévia e amplamente conhecido, propiciando a participação dos interesses; atende por outro lado, ao reclamo de transparência da Justiça (particularmente Criminal), serviente aos anseios dos integrantes do processo e aos desígnios do bem comum, em que avulta a imprescindibilidade de paz social, mais efetivamente de segurança pública.

No entanto no que diz respeito à infiltração policial, esta somente alcançará seus objetivos se for conduzido de forma sigilosa. Do contrário além de prejudicar a investigação, pode colocar em risco a integridade física do agente.

Do mesmo modo que a Constituição Federal abarca a publicidade processual, especificamente em seu o artigo 5º inciso LX, elegendo-o, assim, como um direito fundamental, somente ela poderá dizer quando e de que forma tal direito poderá ser mitigado. Para tanto, estabeleceu que para proteger a intimidade, o interesse social e público a publicidade processual poderá ser mitigada.

Nas palavras de Maurício Zanóide de Moraes (2008 – p. 42):

Toda e qualquer persecução penal é atividade pública, com inevitáveis instantes de excepcionalidade constitucional de sigilo para alguns atos e em certas circunstâncias. Essa excepcionalidade é que deve, em cada caso concreto, passar pelo crivo da proporcionalidade, com o objetivo de atingir a legitimidade constitucional indispensável a todo ato estatal.

Necessário se faz distinguir qual tipo de publicidade que será restringida, a publicidade externa ou interna.

A publicidade externa diz respeito a terceiros estranhos à persecução penal e pode ser restrita quando houver interesse de se proteger a intimidade das pessoas envolvidas na ação ou a proficuidade da atividade estatal, sendo que da restrição não resulta nenhum prejuízo para as partes juridicamente interessadas na causa (MORAES, 2008 – p. 43).

Em contrapartida, a publicidade interna diz respeito às partes, seus defensores e os operadores do direito que atuam na persecução penal. Sendo que

sua limitação tem como efeito imediato uma desigualdade na persecução, a restrição só atinge uma das partes da persecução, qual seja o investigado/acusado, permanecendo irrestrita a publicidade interna para os demais. De forma reflexa, a limitação da publicidade interna restringe diversos direitos fundamentais do cidadão, tais como a autodefesa, a defesa técnica, o exercício do contraditório pleno e eficaz, entre outros (MORAES, 2008 – p. 43).

Com relação à infiltração de agentes, como dito acima, o sigilo de sua existência é fator fundamental para o sucesso das investigações e necessário para preservar a integridade física e até mesmo a vida do agente. Assim sendo, faz-se necessário que se imponha restrições à publicidade dos autos da infiltração em seu aspecto interno, o que significa que apenas poderão ter acesso aos autos os Magistrados responsáveis pelo processo, seus órgãos auxiliares e o Ministério Público.

Entretanto assevera Maurício Zanóide de Moraes que (2008 – p. 43):

[...] não se deve defender, com isso, que a publicidade interna nunca deva ser restringida, e é exatamente neste ponto que se insere a importância do princípio da proporcionalidade. É por esse crivo que devem passar os atos limitadores de direitos ou garantias do cidadão para que sejam constitucionalmente legítimos e dessa maneira se exerçam.

Desta feita, o postulado normativo da proporcionalidade passa a ser de observância obrigatória, pois como explanado acima, a limitação da publicidade provoca o confronto de vários princípios garantidores, sendo, portanto, a proporcionalidade o meio adequado para, em um caso em concreto, verificar qual princípio deva se sobressair sobre os demais, e, ainda, quais atos possam ser praticados sem que se ofendam os demais excessivamente.

Por fim, vale destacar que com a limitação da publicidade, em razão da infiltração de agentes, a publicidade externa de forma reflexa deverá também permanecer restrita, mesmo após cessar a restrição à publicidade interna, haja vista, que o investigado teve sua intimidade violada e sem a decretação do sigilo (externo) dos autos teria sua intimidade exposta indiscriminadamente a terceiros.

## 6.5 Direito à Intimidade

A Constituição Federal de 1988 resguarda ainda como um direito fundamental do cidadão o direito à intimidade, disposto no artigo 5º, inciso X, abrangendo a vedação da divulgação de palavras, escritos e atos realizados na esfera íntima da pessoa (COSTA JUNIOR, 1995 – p. 43 ).

Entretanto, como a infiltração de agentes baseia-se em lograr o investigado, ofende o direito de intimidade em todos os seus aspectos, seja pela entrada do agente no domicílio do investigado ou a violação de suas conversas, pois conforme demonstra Mariângela Lopes Neistein apud Maria Jamile José (2010 – p. 121):

A verdade é que o membro da organização somente autorizou a presença do agente infiltrado porque acreditava ser ele um de seus pares, um criminoso como ele. A autorização não existiria se o criminoso soubesse tratar-se de um policial.

Isto posto, não é exagero parte da doutrina afirmar que a autorização obtida pelo agente infiltrado para adentrar no dia a dia do investigado, suposto criminoso, é viciada, pois obtida por meio enganoso e, que a admissão das informações colhidas em um processo possa violar o direito fundamental da intimidade.

Manuel Augusto Alves Meireis, quanto à utilização de meios ardis para obter provas esclarece que (1999 – p. 205):

[...] o meio enganoso enquanto forma de obter uma prova, de a extorquir, pode assumir um conjunto multifacetado de situações que vão desde o emprego de tortura, à coação e outras formas invencíveis de extorsão da confissão, como a ameaça com medida legalmente inadmissível (...) ou então a confissão que o argüido só fez porque as autoridades que procederam ao interrogatório o fizeram fraudulentamente acreditar na existência de material probatório irresistível, ou ainda a falsa informação ao argüido que um seu cúmplice já confessou; que há testemunhas essenciais do evento; que no objecto do crime foram identificadas as suas impressões digitais; que há gravações de conversas suas que o comprometem; a utilização de imitadores que simulam a voz do argüido, de um participante ou de uma pessoa muito próxima. Meio enganoso haverá ainda em certas situações de produção ou exploração fraudulenta do erro. Desde as manifestações mais arditas e gravosas de indução dolosa

activa do erro, ao aproveitamento do erro já subsistente, à mera omissão do esclarecimento destinado a dissipar o erro.

Assim, toda a atividade do agente infiltrado é baseada na enganação, resultando inevitavelmente na violação de direitos fundamentais do investigado.

Tendo isto em vista, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se posicionou no sentido de considerar a atuação do agente infiltrado como uma afronta ao direito de intimidade do investigado. Todavia, dado o caráter excepcional de certos crimes e o grau de organização de certos grupos criminosos, no intuito obter resultados com a persecução penal, o Tribunal Europeu vem admitindo a utilização desse meio investigativo, desde que estejam presentes os requisitos inafastáveis da legalidade, legitimidade, necessidade e proporcionalidade (JOSÉ, 2010 – p. 122/123).

Desta feita, em que pese à infiltração vitimar o direito à intimidade dos investigados é medida plenamente aceitável, tendo em vista, às necessidades apresentadas em um caso em concreto. Como se vê, por mais uma vez deve o aplicador do direito se valer do postulado normativo da proporcionalidade, para desvendar qual direito deve se sobressair ao outro.

#### **6.6 Presunção de Inocência. Vedação da Produção da Prova Contra Si Mesmo (*nemo tenetur se detegere*).**

A presunção de inocência trata-se também de princípio constitucional, elencado no rol dos direitos fundamentais do cidadão, precisamente no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Segundo Cesare Beccaria (2002 – p. 35), o fundamento da presunção de inocência encontra-se no fato de que um homem não pode ser considerado culpado antes de ser proferida sentença por juiz; assim como a sociedade só poderá lhe retirar a proteção pública após ter sido decidido que ele violou as condições pelas quais esta proteção lhe foi concedida.

No tocante ao campo processual, a presunção de inocência guarda subsunção direta com as provas, pois impõe à acusação provar completamente a culpabilidade do sujeito, em contrapartida garante ao imputado que se houver dúvida

quanto a sua culpa ele não poderá ser condenado. Assim, sendo a atividade probatória encargo da acusação, a partir do instante que o acusado é inocente, este não tem obrigação alguma de provar nada, pelo contrário o acusado tem o direito de não produzir prova contra si. (LOPES JUNIOR, 2005 – p. 184/185).

Revela-se tal garantia, do acusado, de não ter obrigação de produzir prova contra si, por meio do princípio *nemo tenetur se detegere*, que de acordo com Aury Lopes Junior é a “primeira máxima do garantismo processual acusatório” e tem como ilação imediata: proibição da tortura; o direito do acusado de permanecer em silêncio e de falar com a verdade em suas respostas; a proibição da obtenção da confissão mediante violência ou manipulação (tanto física quanto psíquica); a negação do papel decisivo das confissões e; o direito do investigado de ser assistido por defensor no interrogatório (2005 – p. 237/238).

Destarte, o investigado não pode ser obrigado a falar a verdade, pois a ocultação ou até mesmo a mentira, nada mais é do que o próprio exercício do seu direito de defesa. Do mesmo modo, não pode o sujeito ser obrigado a participar de atividade que possa incriminá-lo ou que possa prejudicar sua defesa. E por fim, não menos importante, a obtenção de confissão ou informação que possa prejudicar o investigado não pode ser dar pelo emprego de meio enganoso.

Em contrário senso, sabe-se que o objetivo do agente infiltrado quando inserido em meio à organização criminosa é ganhar a confiança de seus membros e assim obter informações cruciais das suas atuações, planos e delitos, bem como descobrir o *modus operandi* da organização. Tais informações só são obtidas pelo agente, claramente, com o uso de meios enganosos, vez que o infiltrado mantém os investigados em erro sobre a sua identidade e qualificação.

Além disso, deve se considerar que a própria Constituição da República brasileira garante ao acusado o direito de ficar em silêncio, conforme disposto em seu artigo 5º, inciso LXIII. Tal proteção se reflete, na lei ordinária, no artigo 186 do Código de Processo Penal, que estabelece como direito do réu ficar calado quando do seu interrogatório. Assevera-se que este direito não é apenas resguardado pelo ordenamento jurídico pátrio, mas também nas mais importantes declarações supranacionais, como: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque – ratificado pelo Brasil em 06 de julho de 1992 (Decreto n. 592) – que dispõe em seu artigo 14,3,g, que:

## ARTIGO 14

[...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) - ratificado pelo Brasil em 06 de novembro de 1992 (Decreto n. 678) que em seu artigo 8º, 2, g, dispõe que o imputado tem o:

## Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

[...]

Assim sendo, observa-se que ao imputado é garantido o direito de ficar calado em seu interrogatório, tanto na fase do inquérito quanto em juízo, reflexo como dito do princípio *nemo tenetur se detegere* e, conseqüentemente expressão inafastável de sua autodefesa, conforme sustente Rogério Lauria Tucci (2009 – p. 303/304):

[...] essa opção concedida ao preso, ou indiciado, já no início da persecução penal, ou a partir da instauração da *informatio delicti*, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e, por outro lado, o reconhecimento de que aquela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório.

No entanto, ao “arrancar” informações do investigado, possivelmente auto-incriminatórias, usando artifício arдил, o agente infiltrado não possibilita ao

investigado o exercício do seu direito de ficar calado, ao contrário, o investigado não sabe que está conversando com um policial e que todas as informações que lhe confia podem ser usadas para incriminá-lo. Subtraindo-se assim, do investigado, qualquer possibilidade de exercer um direito constitucionalmente garantido, sua autodefesa.

Neste sentido, Manual Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves ressaltam que (2001 – p. 27):

[...] o recurso à figura do agente infiltrado consubstancia, intrinsecamente e em si mesma, uma técnica de investigação de moral duvidosa, uma vez que é o próprio suspeito que, actuando em erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal, produz, involuntariamente, a prova de sua própria condenação.

Todavia, em que pese um grande número de doutrinadores afirmarem ser a utilização da infiltração policial, para a obtenção de provas em processo penal, um meio altamente lesivo aos direitos fundamentais do investigado, tais como, a presunção de inocência, o direito de ficar em silêncio, sua autodefesa e até mesmo o direito a sua intimidade, é certo que hoje as organizações criminosas possuem um grau de organização superior comparadas com as instituições estatais que possuem como fim coibir a prática de crimes.

A doutrina pátria diz que em razão do princípio da isonomia, previsto constitucionalmente não podem existir pessoas presumidamente menos ou mais inocentes, todos devendo ser considerados igualmente inocentes até que se prove em processo o contrário. Desta feita, a obtenção de provas pelo agente infiltrado, de acordo com esta corrente de pensamento, ultrapassaria os interesses da sociedade, que quer sim ver os autores de delitos sofrerem as consequências pelos seus atos, mas não querem que para isso os direitos mais basilares do cidadão sejam violados.

Respeitando a opinião acima exposta, a infiltração policial é hoje um meio investigativo que se mostrou muito eficiente e por isso é utilizada em diversos países, sendo que muitos deles possuem o mesmo compromisso que o Brasil em proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos.

É válido o pensamento que a infiltração colide com diversos direitos fundamentais, pois é justamente este pensamento que em um caso concreto regulará como deverá ser a atitude de um agente dentro da organização, para que sua atitude seja mais benéfica do que prejudicial.

Para tanto, ressalta-se que a forma mais constitucionalmente correta de analisar se as ofensas a determinados direitos fundamentais podem ser, em um caso em concreto, admitidas tendo como objetivo dismantelar e punir os integrantes de uma organização criminosa é se valendo do princípio da proporcionalidade, onde em uma situação em concreto se analisará qual bem jurídico possui maior relevância.

Por fim, assevera-se que a utilização da infiltração de agentes é inevitável em razão da realidade em que se encontra o Brasil, devendo por todas as razões acima descritas ser utilizada de forma consciente e proporcional.

## **6.7 Princípio da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade surge como uma forma de controlar e limitar a atividade estatal, quanto ao direito de polícia da administração pública. Hoje, se trata de diretriz para controlar os ataques do Estado aos direitos fundamentais, vinculando todos os poderes públicos.

Steinmetz (2001 – p. 147) diz que “atualmente o princípio constitucional da proporcionalidade é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados democráticos de Direito.”

No mesmo sentido Lipinski (2004 – p. 46) relata que:

A atual concepção de proporcionalidade é dotada de um sentido técnico no direito público e teorizado no direito germânico, onde corresponde a uma limitação do poder estatal em benefício da integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confundindo-se também com o Estado democrático de direito, nascido sob a égide de uma lei fundamental objetivando manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito aos indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos direitos inalienáveis. Assim, o Estado pode atender aos interesses da maioria e respeitar os direitos individuais fundamentais.

Quanto à infiltração de agentes não é difícil imaginar situações em que uma vez inserido na organização criminosa o agente se vê obrigado a cometer ações delituosas, até mesmo porque se não o fizer poderá ter sua identidade descoberta ou pior sofrer alguma ofensa à sua integridade física.

Assim sendo, a questão mais importante é delimitar se o agente infiltrado teria a permissão de agir de forma delituosa. Nesse ponto é que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado de forma específica e a cada caso em isolado, considerando as peculiaridades de cada situação.

A análise se dá verificando quais princípios estão em conflito e constatar qual naquele caso em específico irá se sobressair sobre os demais. Assim, entre o direito à vida e o direito à intimidade, por exemplo, o primeiro será resguardado.

Assim, a ação do poder público deve estar atrelada à legislação, que por sua vez deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois nem o legislador nem os magistrados possuem uma discricionariedade ilimitada em suas ações.

A inobservância de tal imperativo é flagrantemente inconstitucional, pois sem uma análise da situação por uma visão proporcional não há que se falar em ordem constitucional e sem ordem constitucional não há democracia ou Estado Democrático de Direito.

Portanto, o princípio da proporcionalidade propicia respeito aos direitos fundamentais, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência do Estado de Direito.

## 7 CONCLUSÃO

A responsabilidade penal do agente infiltrado quando comete crimes enquanto imerso em uma organização criminosa, foi o tema principal do presente trabalho. Para tanto, fez-se necessário o desenvolvimento de temas conexos, explanados em cada capítulo.

O segundo capítulo teve como alvo demonstrar a origem da criminalidade organizada. Certo é que o crime organizado trata-se de fenômeno antigo, possui como fatores comuns de sua origem a zona rural, onde determinados indivíduos se agrupavam com o intuito de proteger a população camponesa contra as arbitrariedades do Estado.

A expressão “criminalidade organizada” foi empregada pela primeira vez no ano de 1920 para identificar a atuação da máfia siciliana nos Estados Unidos da América. Hoje, tal expressão é utilizada de forma muito abrangente e muitas das vezes de forma inadequada, o que contribui para o surgimento de um cenário de incerteza na determinação de seu significado e alcance. Todavia, as organizações criminosas apresentam determinadas características comuns que permitem, de maneira geral, distingui-las dos demais fenômenos criminológicos.

O processo de tipificação penal de tais condutas, de forma individualizada, no decorrer dos séculos XIX e XX, passou a ser insuficiente para controlar todas as condutas desenvolvidas pelo crime organizado.

No Brasil, a primeira lei que tratou especificamente sobre o tema foi a Lei 9.034/95, que se mostrou muito falha, pois além de não trazer uma definição do que seria crime organizado, atrelou tal fenômeno a outros crimes já existentes (quadrilha ou bando), gerando uma grande insegurança quanto ao objeto de sua aplicação. Para resolver tal disparate legislativo, foi promulgada a Lei 10.217/2001, que por sua vez também se mostrou insuficiente para resolver o problema da conceituação de crime organizado, vez que o legislador pátrio se calou novamente quanto este aspecto.

Apenas com a existência de uma conceituação de crime organizado pode-se autorizar o emprego de meios de investigação de provas que gerem uma restrição de direitos e garantias do cidadão. Não se pode empregar meios de

investigações restritivos de direitos fundamentais, sem que o crime que tal meio investigativo pretende solucionar esteja previsto em lei anterior. Como também, a definição é necessária para estabelecer limites à atividade estatal investigativa.

Portanto, faz-se necessária uma definição exata do que seja crime organizado, pois sem uma definição, a sociedade global vai continuar assistindo de forma perplexa as modificações da forma de atuação de tais grupos, bem como o modo de repressão adotado pelos Estados a essa atividade criminosa, o que implica em um grave risco aos valores e princípios inspiradores do Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo foi trabalhado justamente com esse enfoque, pois como os meios atuais de investigação estão se mostrando insuficientes, entendemos ser a infiltração de agentes, meio legítimo para a obtenção de provas no que concerne os delitos que envolvem a criminalidade organizada, desde que, tratada conforme os parâmetros constitucionais.

Observa-se que a infiltração de agentes é um meio de investigação ou de pesquisa de provas, vez que se trata de um procedimento regulamentado pelo nosso ordenamento jurídico com o intuito de se obter elementos probatórios; não sendo, no entanto, em si, fonte de conhecimento. Isto posto, tal meio tem caráter excepcional, o qual só poderá ser empregado se os demais meios de investigação se mostrarem insuficientes e inadequados, não podendo jamais assumir a forma de um comportamento normal da investigação criminal.

Seguindo, com o intuito de se chegar a uma resolução da problemática apresentada pela presente pesquisa, o quarto capítulo buscou em legislações estrangeiras as soluções apontadas, tanto no que concerne a validação da infiltração e sua forma de ser aplicada, quanto ao tratamento da responsabilidade penal do agente infiltrado.

O primeiro ordenamento jurídico abordado não podia ser outro que não o que deu origem a medida de infiltração, ou seja, o ordenamento jurídico norte-americano. Por ser baseado no sistema *common law* misto (costumes e direito positivado) seu tratamento se deu de maneira parcial, enfocando-se os principais dispositivos atinentes ao agente infiltrado e à sua responsabilidade.

Posteriormente, partiu-se para o estudo de outros ordenamentos jurídicos fundados no *civil law* (direito positivado), apontando os dispositivos que tratam da infiltração policial e principalmente da responsabilidade penal do agente

infiltrado. Assim, foi proposta a análise do sistema jurídico português, argentino e espanhol, respectivamente. Fazendo um comparativo de tais ordenamentos com o ordenamento brasileiro, fica evidente que eles são categoricamente muito mais avançados que o nosso. Era justamente esse o objetivo buscado pelo capítulo, demonstrar essa discrepância entre os tratamentos jurídicos, e apontar os parâmetros aceitos para a isenção da responsabilidade penal.

O quinto capítulo tratou especificamente da problemática apresentada pelo trabalho. Primeiramente, foi exposto o surgimento do agente infiltrado no ordenamento jurídico pátrio, depois se evidenciou os indivíduos que se admite, em nosso sistema, que atuem de forma infiltrada e a compatibilização do tratamento dado pelo nosso ordenamento com as determinações internacionais. Após essa introdução, buscou-se inicialmente expor todas as situações em que a apuração da responsabilidade penal do agente infiltrado é necessária, bem como a sua importância frente ao meio investigativo em discussão. Mesmo, a doutrina majoritariamente defender a necessidade de se chegar uma resolução para a problemática, a aqueles que defendem a inaplicabilidade da medida, tendo em vista o não tratamento da questão pelo legislador pátrio.

Em seguida, como base para a formação da solução do problema, foi abordada a teoria finalista do delito adotada pelo Código Penal, esmiuçando todos os seus elementos e analisando-os individualmente. Nesse sentido foi estruturada a parte final do capítulo, onde foram expostos os limites e possibilidades de isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado, elencando-as de forma sistematizada com base na teoria finalista do delito.

É nesse ponto que se apresenta a resposta ao problema central apresentado na presente pesquisa. Para tanto, foram apresentadas inúmeras formas de solução, como, a ausência de dolo por parte do agente infiltrado, haja vista que seu objetivo é a realização da investigação criminal e não a prática de crimes; a aplicação da escusa absolutória em razão de política criminal e, ainda, causas excludentes da antijuridicidade (estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de um direito ou estado de necessidade) ou causas excludentes de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa por obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal ou coação moral irresistível).

Dentre estas hipóteses, três se apresentaram hierarquicamente aplicáveis ao caso, pois presentes os requisitos exigidos pelas mesmas, são elas,

respectivamente, a excludente de antijuridicidade por estado de necessidade; excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e; a escusa absolutória em razão de política criminal. As demais hipóteses foram afastadas por não terem sido preenchidos, em sua totalidade, os seus requisitos frente à conduta criminosa praticada pelo agente infiltrado.

Como já mencionado no parágrafo anterior, as soluções cabíveis foram esquematizadas de forma hierárquica, seguindo assim, o caminho mais seguro juridicamente, ou seja, primeiramente ataca-se a constituição do crime, através da aplicação da excludente de antijuridicidade, para, após, investir contra a imputação da pena, via excludente de culpabilidade. Todavia, não suficientes para isentar o agente infiltrado de pena, razão pela qual se pode apoiar ainda na causa de escusa absolutória em razão da política criminal, a qual impede, igualmente, a aplicação da pena, apesar de existir o crime e o agente ser plenamente imputável.

Desta feita, pode a escusa absolutória ser aplicada antes mesmo das demais soluções apontadas, vez que o exercício da atividade de infiltração leva, inevitavelmente, a lesões mínimas de bens jurídicos, não persistindo, assim, motivos para o indiciamento do agente ou mesmo para a deflagração de uma ação penal contra si. Entretanto, sua aplicação só será possível quando estiver presente um sistema bem acertado, sem irregularidades, o que, algo que, infelizmente, carece ao nosso sistema jurídico.

Quanto às demais causas de isenção de responsabilidade penal do agente infiltrado, amolda-se ao caso, ainda, a causa de excludente por estado de necessidade quando presente uma situação extrema, na qual não se poderia exigir uma conduta diversa da que foi praticada, impedindo a reprovabilidade pelo direito como um todo. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente infiltrado se vê obrigado a cometer um homicídio, por ter contra si uma arma de fogo apontada por um membro da organização criminosa, que deixa bem claro que se ele não tirar vida do sujeito quem perderá a vida será ele.

Em outra cena, aplicável também a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, no que concerne à coação moral e irresistível, que muito se parece com o caso acima exposto. Isto porque, o agente, neste caso, terá dois rumos a seguir, mas pela prevalência de um bem jurídico sobre o outro, não restarão dúvidas sobre qual caminho deverá ser tomado.

Em epítome, essas são as hipóteses que possibilitam se isentar o agente infiltrado da responsabilidade penal pelo cometimento de crimes no interior de uma organização criminosa. Ainda, importante faz citar que tais hipóteses devem ser aplicadas e interpretadas, em um caso concreto, sob a égide do princípio da proporcionalidade, vez que a conduta do agente deve sempre obedecer ao bem jurídico em ameaça, bem como às finalidades da investigação.

Foi nessa esteira que se baseou o último capítulo, com o intuito de validar a aplicação da infiltração de agentes para o combate da criminalidade organizada. Assim acreditamos que é de suma importância que, ao mesmo tempo em que se busca o aprimoramento dos métodos de combate à criminalidade, no caso a organizada, busca-se também a compatibilização das técnicas de investigação existentes com as garantias oferecidas pela Constituição Federal.

Por fim, vale asseverar que a omissão do legislador pátrio não pode agir contrariamente às finalidades da legislação, implicando assim, na não aplicação de importantes meios investigativos. O que deve ser buscado é a solução e a cautela para sua correta aplicação.

## BIBLIOGRAFIA

ARGENTINA. **Lei n.º 24.424/1995**. Disponível em: < <http://www.infoarda.org.ar/LEY%2024424.htm>. Acessado em: 14 de julho de 2011.

ATALLA, Andréa Direne. **Crime Organizado – Principais Notas Criminológicas**. Presidente Prudente, 2007. 111 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BECHARA, Fábio Ramazzini; JESUS, Damásio Evangelista de. **Agente Infiltrado: Reflexos Penais e Processuais**. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, v. 80, 2006.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias**. São Paulo: IBCCrim, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Tóxicos: aspectos processuais lei 10.409/11.01.2002**. 2. ed. Goiânia: AB, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www .planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acessado em: 10 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Penal – Decreto-Lei 2.848/40**. Disponível em: <[http://www .planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acessado em: 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei .3.689/41**. Disponível em: <<http://www .planalto.gov.br>> Acessado em: 03 de Setembro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto 5.015/04**. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos.** Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sendh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sendh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acessado em 22 de Agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.368/76.** . Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.034/95.** Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.217/01.** Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.343/06.** Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Mensagem de Veto 483/95.** Disponível em: <<http://www.planlto.gov.br>> Acessado em 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 3.516/89.** Disponível em:< <http://www.camara.gov.br>> Acessado em: 15 de Abril de 2011.

CANCIO MELIÁ, Manuel; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. **Crime Organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo** - Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial.** Vol. 2. 5ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: volume 1: parte geral (arts. 1º a 120).** 8 ed. rev. e atual.: São Paulo: Saraiva, 2005.

**Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acessado em 22 de Agosto de 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DELAZARI, Luiz Fernando. **Mais Verdades Sobre os Bingos**. Folha de São Paulo, 02 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/04.02.Delazari-Bingo.pdf>> Acessado em: 15/04/2011.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Lei Nova Autoriza Infiltração Policial em Quadrilhas**, In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 32, agosto/novembro de 2001, p. 533-544.

ENDO, Igor Koiti. **O Crime Organizado e os Procedimentos para a sua Investigação no Brasil**. Presidente Prudente, 2006. 119 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2006.

ESPANHA. Ley Orgánica 5, **de 13 de enero de 1999**. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo5-1999.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-1999.html)>. Acessado em: 09 agosto de 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code (US Code)**. Disponível em <<http://uscode.house.gov>> . Acessado em: 09 de Agosto de 2011

\_\_\_\_\_. <<http://www.fbi.gov/hq/cid/orgerime/glossary.htm>>. Acessado em: 09 de Agosto de 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Equilíbrio na Repressão ao Crime Organizado**. In: Crime Organizado – aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundias**. Curitiba: Juruá, 2009. 703 p

FRANÇA, Cristiano Mendes de. **Crime Organizado: Aspectos Criminológicos e Jurídico-Penais**. A realidade brasileira que transcende fronteiras nos crimes de roubo de caminhões e cargas. Presidente Prudente, 2004. 88 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2004.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial**. Volume 1, 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001?** (Apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). In: Revista dos Tribunais, v. 795, janeiro de 2002, p. 486-492.

\_\_\_\_\_. **et. at. Lei de Drogas Comentada Artigo Por Artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2919>>. Acessado em: 15 de Abril de 2011.

\_\_\_\_\_. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: [http://www.lfg.com.br/artigo/20090504104529281\\_definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo.html](http://www.lfg.com.br/artigo/20090504104529281_definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo.html)> Acessado em: 10 de Abril de 2011.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Conteúdo da Garantia do Contraditório**. In: Novas Tendências do Direito Processual (de acordo com a Consolidação de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, v. 1, t. 2**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

JOSÉ, Maria Jamile. **A Infiltração Policial como Meio de Investigação de Prova nos Delitos Relacionados à Criminalidade Organizada**. 2010. 191 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>> Acessado em: 17 de Abril de 2011.

LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime organizado & a prova penal: lei 9.034, de 03.05.1995**. Curitiba: Juruá, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Observações Sobre a Lei de Repressão ao Crime Organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez. 1995.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismo Legais**. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Publicidade e Proporcionalidade na Perseguição Penal Brasileira**. In: Sigilo no Processo Penal – Eficiência e Garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. São Paulo, 1998.

NORONHA E SILVEIRA, Jorge. **Processo Penal e Criminalidade Organizada**. In: **Problemas Jurídicos da Droga e da Toxicodependência**. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ONETO, Isabel. **O Agente Infiltrado: Contributo Para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas**. Coimbra: Coimbra, 2005.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Rui. **Informações e Investigação Criminal**. In: Revisa Política Internacional. Lisboa, 2005.

PETTA, Nicolina Luiza de. **Os conflitos rurais no Brasil durante a República Velha – A Revolução Mexicana**. In:\_\_\_\_\_. Uno modular. [S.L]: Uno Sistema de Ensino, [2002].

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa – Nova Perspectiva do Tipo Legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PORTUGAL. **Lei n.º 101/2001**. Disponível em: < <http://dre.pt/pdf1sdip/2001/08/197A00/54525453.pdf> > Acessado em: 06 de março de 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120..** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SALLA, Fernando. **Considerações Sociológicas Sobre o Crime Organizado no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 71, ano 16, mar-abr., 2008.

SCALÃO, Alessandra Dias. **O Crime Organizado e a Legislação Brasileira.** Presidente Prudente, 2004. 51 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2004.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado – procedimento probatório.** São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas.** 4. ed., rev., atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2003.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da lei 9.034/95.** Curitiba: Juruá, 1995.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 1980.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando. **O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado.** Coimbra: Almeida, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-2005.