

FERNANDO CEZAR BOURGOGNE DE ALMEIDA

**A INFILTRAÇÃO DE AGENTES E A AÇÃO CONTROLADA  
COMO FORMAS DE REPRESSÃO AO CRIME  
ORGANIZADO**

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP

2010

FERNANDO CEZAR BOURGOGNE DE ALMEIDA

**A INFILTRAÇÃO DE AGENTES E A AÇÃO CONTROLADA  
COMO FORMAS DE REPRESSÃO AO CRIME  
ORGANIZADO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito Processual Penal, sob a orientação do professor doutor Marco Antonio Marques da Silva.

PUC/SP

2010

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

## **RESUMO**

Nessa dissertação se aprofunda o estudo da ação controlada e da infiltração de agentes, que são meios investigatórios previstos na legislação brasileira para o combate ao crime organizado. Para compreender o tema, inicia-se o trabalho com uma análise do Estado Democrático de Direito e a necessidade de sua eficiência em relação ao combate à criminalidade organizada. Essa criminalidade, embora não seja um fenômeno recente, muito evoluiu com o incremento dos meios de comunicação. Ela ganhou poder, estrutura empresarial e tornou-se transnacional. Assim, faz-se necessário compreender as características dessa evolução; o que é crime organizado e conhecer os recursos disponíveis para seu combate, alguns previstos em tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento jurídico. Estabelecidos esses conceitos, torna-se possível uma profunda análise dos meios investigatórios escolhidos, passando-se a estudar seus conceitos, suas leituras em outros países, seus requisitos para utilização e toda a operacionalidade dos mecanismos, que, se bem utilizados, são ferramentas indispensáveis para fazer frente às organizações criminosas.

## **ABSTRACT**

In this dissertation, there is a deeper approach in the study of controlled action and undercover agents, which are used as investigative means foreseen within the Brazilian legislation to battle organized crime. To provide a better comprehension of the subject, this work begins with an analysis of the Democratic State of Law, and the necessity of that and its need for efficiency related to the counter attack of organized crime, therefore enabling a better comprehension of the subject. This type of crime, even though it is not a recent phenomena, has evolved altogether with the improvements from the communication means. This such criminals have had their power, business structure increased, they have also become transnational businesses. Therefore, it is necessary to understand the characteristics and features of this evolution: understanding the organized crime and knowing the resources there are available for its counter strike, some of them which are foreseen in international agreements which were incorporated in our justice ruling. With those concepts established, a more profound analysis becomes feasible for those investigative means that were chosen, their approach in other countries, the requirements necessary for utilization and the full gamut of operational resources that are imperative to confront criminal organizations.

## **SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO	3
1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O COMBATE À CRIMINALIDADE.....	5
1.1. Estado Democrático de Direito e seus fundamentos .....	5
1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	9
1.3. Objetivos da República Federativa do Brasil.....	10
1.4. Direitos e garantias fundamentais .....	11
2. TRATADOS INTERNACIONAIS E O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO.....	15
2.1. Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro....	15
2.2. Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional.....	20
3. A NOVA CRIMINALIDADE E A GLOBALIZAÇÃO.....	22
3.1. A nova criminalidade organizada .....	22
3.2. A globalização e a criminalidade transnacional .....	24
4. CRIME ORGANIZADO .....	30
4.1. Evolução legislativa .....	30
4.2. Necessidade de conceituação .....	42

4.3. Definição doutrinária .....	44
4.4. Direito estrangeiro .....	46
5. AÇÃO CONTROLADA .....	54
5.1. Definição .....	54
5.2. Direito estrangeiro .....	65
5.3. Controle da investigação .....	68
5.4. Flagrante diferido e flagrante esperado .....	75
6. INFILTRAÇÃO DE AGENTES .....	82
6.1. Conceito .....	82
6.2. Direito estrangeiro .....	93
6.3. Controle da operação .....	101
6.4. O agente infiltrado .....	111
6.5. Sigilo da investigação .....	117
6.6. Finalidade .....	124
6.7. Reflexos probatórios .....	130
6.8. Agente infiltrado e agente provocador .....	139
6.9. Responsabilidade criminal .....	149
7. CONCLUSÕES .....	160
Referências Bibliográficas .....	169

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar dois mecanismos de combate ao crime organizado os quais ainda são pouco utilizados em nosso país, mas outras nações que os utilizam há mais tempo puderam comprovar-lhes a eficiência. Apesar da existência de outros mecanismos legais que possibilitam o combate à delinquência organizada, a escolha desses dois deve-se à novidade que tais recursos representam em nosso ordenamento, bem como ao fato de que são pouco utilizados no Brasil, além de serem raros materiais legislativo, jurisprudencial e, inclusive, doutrinário.

Inicia-se o trabalho com uma análise do conceito de Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. Explora-se, ainda, o confronto entre a necessidade de se resguardarem os direitos individuais das pessoas investigadas e acusadas de pertencerem ao crime organizado com a necessidade de um direito penal e processual penal eficientes para garantir a segurança dos cidadãos.

Analisa-se, também, os tratados internacionais, que são fontes importantes no estudo do crime organizado e seus mecanismos de investigação. Com efeito, faz-se uma análise da forma de ingresso e natureza jurídica daqueles no ordenamento jurídico pátrio, dando-se especial atenção à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, que é a norma internacional mais abrangente no combate ao crime organizado.

Em seguida, realiza-se um breve apanhado da recente evolução da criminalidade, ressaltando-se o crescimento dos crimes econômicos e da utilização das facilidades geradas pela globalização para a prática destes crimes. Aborda-se, ainda, a facilidade que o crime organizado, com sua estrutura empresarial, tem encontrado para atuar dentro desse quadro.

No segundo capítulo, estuda-se o conceito de crime organizado no Brasil e em algumas outras legislações. Sem a pretensão de esgotar o tema, esse capítulo tem como objetivo alicerçar alguns conceitos necessários para se entender aquilo a que se visa combater com os mecanismos investigatórios mencionados no tema.

Demonstra-se a dificuldade encontrada no combate às organizações criminosas ao se relacionar suas principais características, dentre elas as ligações com o poder estatal e a sociedade em geral. Ainda, analisa-se a legislação brasileira, de outros países e de organismos internacionais, procurando uma uniformização dos conceitos básicos, o que possibilitaria, sobremaneira, um amplo combate a essas organizações.

Finalmente, nos capítulos subsequentes passa-se à análise da ação controlada e da infiltração de agentes, momento em que se procura analisar os dois institutos sob diversos aspectos.

Ressalte-se que, além de buscar o conceito e o tratamento recebido por esses institutos em outros países, analisa-se desde o pedido, o deferimento judicial, atuação dos policiais, consequências probatórias e outros pontos relevantes para a compreensão do tema.

Pretende-se, pois, fomentar a discussão sobre os dois métodos investigativos em testilha, para conferir segurança àqueles que pretendam utilizá-los nas investigações que envolvam atuação do crime organizado, bem como, chamar a atenção sobre a necessidade de uma regulamentação legal mais aprofundada.

Por fim, busca-se possibilitar uma maior e melhor utilização da ação controlada e da infiltração de agentes, por entendê-las como ferramentas indispensáveis ao combate às organizações criminosas.

# **1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O COMBATE À CRIMINALIDADE**

## **1.1. Estado Democrático de Direito e seus fundamentos**

O modelo social seguido por um determinado Estado é uma manifestação política que determina o ideal para a satisfação de suas aspirações. Ele vem definido na Constituição de cada nação.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 preceitua que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Essa expressão abarca um conceito político-jurídico surgido no final do século XVIII, início do século XIX, quando movimentos burgueses revolucionários insurgiram-se contra o Absolutismo e impuseram também ao soberano a obediência à lei. Foi no final do século XIX, início do século XX que o Estado passou por um processo de democratização, a partir do qual se criou o Estado Democrático de Direito, do modo concebido hoje, e no qual além da submissão à lei, o Estado também deveria se submeter à vontade popular e os fins propostos pelo povo.

Por isso, ao estabelecer o Brasil como um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal impõe um regime em que o país deva ser regido por normas positivadas, produzidas através de processo legislativo democrático.

Desta forma, as leis devem ser produzidas por representantes do povo, que os elege de forma periódica.

Também o Poder Executivo deve ser composto de representantes do povo, escolhidos através de processo eleitoral livre e transparente.

Por fim, a possibilidade de amplo e livre acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão aos direitos assegurados pela lei e a

exigência de um tratamento igualitário a todas as pessoas, configuram, outrossim, características do Estado Democrático de Direito.

Assim, a existência de leis claras, a participação popular na sua produção e execução, o respeito ao princípio da igualdade e o livre acesso à Justiça são as principais características do Estado Democrático de Direito.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>1</sup> sustentam que, embora não consignado expressamente no artigo 1º da Constituição Federal, não há como se negar que o Brasil é um Estado Democrático Social de Direito, vez que todo o texto constitucional impõe ao Estado objetivos sociais claros, que não podem ser descartados quando se visa a traçar o perfil constitucional do Estado Brasileiro.

Desta feita, um dos objetivos fundamentais da República, estampado no artigo 3º da Carta Maior é a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, enquanto a educação e a saúde passaram a integrar o rol dos Direitos Fundamentais.

O próprio artigo 1º da Constituição Federal, além de estabelecer o Estado Democrático de Direito, também relaciona seus fundamentos:

a) Soberania

Soberania é a ausência de subordinação ou dependência em relação a outro poder. O Estado pode, portanto, criar suas próprias normas, sua ordem jurídica. Com efeito, vislumbram-se duas importantes faces: uma relacionada à sua supremacia na ordem interna e a outra, sua independência externa, que indica que o Brasil não está subordinado a outro país ou organismo internacional.

Atualmente este conceito é diferente do que se entendia por soberania nos séculos XVIII e XIX, pois a globalização e as relações entre os Estados

---

<sup>1</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 99.

impõem um respeito mútuo e há necessidade de obediência a normas criadas pelo Direito Internacional, como tratados e convenções. Obviamente estas normas, em regra, só têm validade quando aderidas por esses Estados. Contudo, em alguns casos, a comunidade internacional interfere na soberania nacional de algum país para fazer cessar lesões a interesses mundialmente reconhecidos, como os direitos humanos.

#### b) Cidadania

A cidadania decorre do próprio princípio do Estado Democrático de Direito e pode ser compreendida como o conjunto de direitos que possibilitam que a pessoa participe ativamente da vida social e política de uma nação. Cumpre ao Estado essa observância.

Contudo, a expressão cidadania incluída no artigo 1º não se resume à posse de direitos políticos, mas possui conceituação mais ampla, como o direito a ter direitos.

Por esse motivo, a doutrina entende que a cidadania conjuga os três próximos fundamentos relacionados no mesmo dispositivo.

#### c) Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é a imposição de respeito aos direitos e garantias fundamentais, não só pelas pessoas, mas também pelo próprio Estado. Sintetiza todos os direitos humanos e, conforme mencionado por Celso Ribeiro Bastos<sup>2</sup>, foi um acerto do Constituinte, que colocou a pessoa humana como finalidade última do Estado, e não como meio de alcançar outros objetivos.

Este princípio impõe a supremacia da liberdade individual em relação a outros interesses e significa um mínimo invulnerável que toda pessoa possui,

---

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 148.

assegurado pela Constituição, que somente pode sofrer limitações em casos muito excepcionais.

Atualmente este fundamento é visto como um supraprincípio, que engloba diversos outros, ainda que não positivados, mas que devem ser reconhecidos, uma vez que fazem parte da natureza humana.

#### d) Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa também são relacionados como fundamentos da ordem econômica, conforme previsto no artigo 170 da Constituição Federal e indicam que o Brasil adota o sistema capitalista. É a liberdade de trabalho, para sustento das pessoas e crescimento do país.

Entendeu o Constituinte que, através do trabalho, o homem garante sua subsistência e impulsiona o desenvolvimento do país. Por isso desse dispositivo decorrem diversos outros que visam a proteger o trabalho.

#### e) Pluralismo político

Ao relacionar o pluralismo político como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, mais uma vez a Constituição Federal garantiu a democracia, ou seja, a participação ampla e livre do povo na escolha de seus dirigentes, resguardado a necessidade de se conviver com os diversos pensamentos políticos.

Ressalta-se, ainda, a importância da opinião pública livre como forma de proteção à democracia, possibilitando-se a existência de uma oposição ativa e livre, a atuar contra o poder estatal do momento.

## 1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Interessa-nos, para o presente trabalho, uma visão mais aprofundada acerca da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, considerado pela doutrina como um supraprincípio, do qual decorrem os demais direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

Enquanto no Estado Liberal a proteção à dignidade da pessoa humana era positivada com o escopo de defender o indivíduo em face dos abusos praticados pelo Estado, no Estado Democrático de Direito o conceito se ampliou.

Por esse motivo, atualmente não basta ao Estado se omitir para assegurar os direitos decorrentes da dignidade da pessoa a todos. Ele deve agir de forma eficaz para concretizar essa proteção. Portanto, o Estado deve atuar para assegurar a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra e outros direitos dos cidadãos.

Dessa forma, pode-se concluir que a ordem política e paz social são decorrências lógicas do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este impõe ao Estado a obrigação de agir com eficiência para garantir a segurança pública, prevenindo e reprimindo a prática de infrações penais<sup>3</sup>.

Logo, observa-se que a dignidade da pessoa humana apresenta dois enfoques a serem oportunamente considerados: ao mesmo tempo em que é necessária uma atuação eficaz do Estado contra a criminalidade, também impõe-se limites a essa atuação, para que não ocorram abusos.

Portanto, busca-se o equilíbrio entre a necessidade de punir aqueles que violam os direitos constitucionalmente assegurados, tipificados em virtude de sua importância; e a necessidade de que a busca dessa punição seja feita de

---

<sup>3</sup> PIMENTEL, José Eduardo. O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (coords). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 640.

maneira justa, livre de qualquer abuso, em respeito ao devido processo legal e a todos os demais direitos assegurados aos acusados.

Assim, ao mesmo tempo em que deve haver preocupação em relação ao garantismo, deve haver a mesma preocupação em relação à eficiência do processo penal, sob pena de o Estado também não cumprir o papel que lhe foi designado pela Constituição Federal.

Deve o Estado Brasileiro evoluir de modo a respeitar a dignidade humana em sentido amplo e irrestrito, lutando cada vez mais para proteção dos direitos do acusado, sem se esquecer de buscar a eficiência do processo penal, para que o sistema punitivo não se torne obsoleto e inócuo.

### **1.3. Objetivos da República Federativa do Brasil**

Não se devem confundir os objetivos da República Federativa do Brasil com seus fundamentos. Enquanto os fundamentos fazem parte da Estrutura do Estado, os objetivos constituem algo exterior, a que se visa alcançar.

A fixação de objetivos a serem alcançados pelo Estado é inovação da Constituição Federal de 1988, mas não são esses os únicos objetivos da República Federativa do Brasil, mas tão somente aqueles considerados mais importantes, os fundamentais.

Da análise do conjunto desses objetivos, verifica-se que são eles prestações positivas que aspiram a alcançar a igualdade econômica, social e cultural, dando efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o artigo 3º da Constituição Federal estabelece o conteúdo ideológico do texto constitucional. Todos os demais dispositivos pretendem, de alguma forma, alcançar os objetivos propostos.

Entre os objetivos estabelecidos pelo preceptivo em apreço estão: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento

nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Do disposto no inciso I, que estabelece como um dos objetivos a construção de uma sociedade livre e justa, sem dúvida decorre o direito à segurança pública, explicitado no artigo 144 do texto constitucional.

Assim, o combate à criminalidade que atinge a sociedade, assegurando-se a todos os acusados o exercício de seus direitos individuais, constitui um dos objetivos da República Brasileira.

#### **1.4. Direitos e garantias fundamentais**

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, por isso o Constituinte esmerou-se em criar uma vasta carta de direitos e garantias constitucionais.

A ideia da existência de direitos fundamentais é anterior ao próprio constitucionalismo. Ao longo da história, o homem se convenceu da necessidade de impor limites ao poder daqueles que governavam um Estado.

Assim, inspirada em constituições de outros países democráticos e em tratados e convenções internacionais, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma das maiores e mais completas cartas de direitos e garantias individuais.

O Título II da Constituição Federal trata dos “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Subdivide-se em cinco capítulos: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” (artigo 5º), “Dos direitos sociais” (artigos 6º a 11), “Da nacionalidade” (artigos 12 e 13), “Dos direitos políticos” (artigos 14 a 16) e “Dos partidos políticos” (artigo 17).

O artigo 5º da Constituição Federal relaciona os “direitos e garantias individuais e coletivas”, que, na verdade, são as liberdades públicas e as normas que visam a garanti-las. São os chamados direitos humanos de primeira geração.

Neste artigo 5º, a carta constitucional estabeleceu diversos direitos que são a essência do Direito Penal e Processual Penal brasileiro, à medida que impõe limites ao *jus puniendi* do Estado.

Essa louvável preocupação do Poder Constituinte originário em relacionar todos os direitos e garantias é atribuída ao momento histórico em que foi votada a Constituição, pois o país saía de um longo período de ditadura militar, durante o qual o desrespeito aos direitos humanos, infelizmente, era algo costumeiro.

A doutrina aponta algumas características próprias desses direitos e garantias fundamentais, que, além de fazerem parte do núcleo imutável do texto constitucional (são cláusulas pétrias, conforme disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV), são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais, efetivos, interdependentes e complementam-se.

Muito se discute sobre a diferenciação de direitos e garantias individuais. Os direitos individuais são poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todas as pessoas<sup>4</sup>. Estes direitos relacionados na Constituição apenas configurariam a forma positivada e seriam inerentes à pessoa humana.

Já as garantias, em um sentido estrito, são normas que objetivam assegurar o exercício desses direitos. Podem ser proibições que protegem o exercício do direito, limitam o poder estatal, ou meios fornecidos para a tutela

---

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

de direitos violados. Estes últimos também são normalmente chamados de remédios constitucionais.

Incluem-se como garantias constitucionais a proibição à censura (inciso IX), inviolabilidade do lar (inciso XI), livre acesso ao Judiciário (inciso XXXV), irretroatividade da lei penal mais severa (inciso XL), devido processo legal (inciso LIX), dentre outros.

Alguns autores entendem que os dois conceitos se confundem, pois embora algumas garantias possuam caráter instrumental, na verdade são direitos que o cidadão possui em relação ao Estado e a outras pessoas, ou seja, direitos de exigir o cumprimento do que lhe foi assegurado pela Constituição. Assim, a pessoa tem o direito de ser julgada pelo Júri (inciso XXXVIII) e direito de que não lhe seja aplicada pena cruel (inciso XLVII, e).

Vale ressaltar que o rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal é exemplificativo, pois o próprio texto constitucional, no § 2º, do mesmo artigo, dispõe que também compõem a estrutura dos direitos e garantias individuais outros espalhados pelo próprio texto constitucional, que decorram dos princípios adotados pela Constituição Federal e que estejam expressos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte<sup>5</sup>.

Por fim, cabe aqui o mesmo posicionamento exposto quando da análise do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, vez que no Estado Democrático de Direito os direitos individuais não se limitam a impor obrigações negativas ao Estado, mas também impõem a tomada de ações positivas por parte do poder público para garanti-los.

Estas últimas consistem no dever de proteção imposto ao Estado em face dos imperativos de tutela que trazem os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

---

<sup>5</sup> Sobre este tema trataremos mais profundamente em seguida.

Trata-se de reflexo do hipotético contrato social, em que os indivíduos abrem mão de parcela de suas liberdades em troca da proteção do Estado<sup>6</sup>.

Portanto, sobre este aspecto de prestação positiva imposta pelos direitos fundamentais, o Estado deve exercer a tutela penal, tornando crime as condutas que afetam os direitos fundamentais, imprimindo uma eficiente investigação dos fatos que violarem esses direitos e, finalmente, punindo aqueles que comprovadamente os tenham violado.

Nessa busca é que deve haver o equilíbrio entre a obrigação do Estado em assegurar aos investigados os direitos fundamentais do devido processo legal e a necessidade de se imprimir maior eficiência à persecução penal.

Devem-se evitar soluções que pendam para qualquer dos lados, ora tornando ineficiente o processo penal em face das mudanças surgidas na criminalidade atual, ora tendendo a soluções radicais; como a aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Destarte, o Estado deve estabelecer um sistema que obtenha eficiência com garantismo<sup>7</sup>. Garantismo na medida em que devem ser respeitados os direitos individuais do investigado ou acusado, assegurando-se a ampla defesa e a necessidade de que qualquer violação desses direitos para fins investigatórios pressuponha a previsão legal, necessidade da medida e uma decisão judicial fundamentada. Já um sistema eficiente deve ser célere, justo para que consiga apurar os fatos criminosos e punir os responsáveis.

---

<sup>6</sup> FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). *Limites Constitucionais da Investigação* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 230.

<sup>7</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado. *In*: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'ana; SOUZA, Luciano Anderson; SILVA, Luciano Nascimento. *Repressão Penal e Crime Organizado – Os novos rumos da política criminal após o 11 de Setembro*. – São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 228.

## **2. TRATADOS INTERNACIONAIS E O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

### **2.1. Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro**

Os tratados internacionais são atualmente a principal fonte de obrigação do Direito internacional, além de serem cada vez mais comuns, utilizados para regulamentar os mais diversos temas de interesse da comunidade internacional.

Como são acordos firmados voluntariamente entre Estados, eles são aplicáveis apenas àqueles que formalmente o adotaram. A boa-fé é o mais importante princípio que norteia sua interpretação. Porquanto a adesão não é obrigatória a nenhum Estado, deve-se presumir a boa-fé de todos os Estados-partes em cumprir os preceitos acordados.

Ressalte-se a possibilidade de um Estado-parte aderir ao tratado com reservas ou, caso não queira mais cumprir seus preceitos, utilizar-se do instituto da denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um dos Estados anuncia formalmente sua intenção de não mais fazer parte de um determinado tratado.

Entretanto, quando o Estado-parte formalmente passa a integrar um determinado tratado, obriga-se ao cumprimento de seus dispositivos, não lhe sendo permitido invocar disposições de seu ordenamento jurídico interno como justificativa para o descumprimento. É o que dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena, que disciplina e regula o processo de formação dos tratados entre Estados.

Em nosso sistema jurídico a incorporação de um tratado internacional deve se submeter a três fases distintas. Inicialmente o tratado é negociado e assinado pelo chefe do Poder Executivo, o Presidente da República, o que implica uma aceitação provisória e precária dos termos. Tal aceitação não

produz, ainda, efeitos jurídicos vinculantes. Em seguida, faz-se necessária a aprovação pelo Poder Legislativo, através de decreto legislativo. Por fim, o Poder Executivo deve formalizar a ratificação deste tratado, fazendo-o por meio de decreto, que consiste em aceite definitivo, momento em que passa a produzir efeitos no plano nacional.

Este ato complexo de integração do Estado Brasileiro a um tratado está previsto na Constituição Federal, no artigo 84, inciso VIII, que determina a competência exclusiva do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a posterior aprovação do Congresso Nacional, e pelo artigo 49, inciso I, que dispõe sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional para, através de decreto legislativo, aprovar estes documentos internacionais.

Ocorre que, apesar do sistema balanceado, que busca evitar abusos por parte dos poderes, Flávia Piovesan<sup>8</sup> critica a omissão da Constituição Federal em relação aos prazos para o Presidente da República encaminhar o tratado ao Congresso, o prazo para que o legislativo aprecie o tratado assinado e, ainda, o prazo para que o Presidente da República o ratifique, após aprovado. Pondera a autora que essas omissões possibilitam a afronta ao princípio da boa-fé, vigente no Direito Internacional.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma distinção entre os tratados internacionais relativos a direitos humanos e os demais, que se referem a outros temas.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, fruto do Poder Constituinte originário, estabeleceu que os direitos e garantias estabelecidas no artigo 5º, não excluem outros decorrentes dos tratados de que o Brasil seja parte. Assim, além dos direitos e garantias individuais enumerados nos diversos incisos do artigo 5º, também integram o rol de direitos individuais constitucionalmente

---

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11ª ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

garantidos os direitos implícitos, que são os decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, além de todos aqueles enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Diante deste dispositivo, a doutrina já defendia o entendimento de que os tratados internacionais que possuem como objeto a defesa de direitos humanos tinham *status* de norma constitucional. Contudo, não foi este o entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que, em suas decisões, concedeu-lhes o *status* de norma infraconstitucional.

Com o intuito de colocar fim à celeuma, a Emenda Constitucional n° 45, introduziu um parágrafo terceiro ao artigo 5°, determinando que os tratados e convenções internacionais relativos a direitos humanos devem ser aprovados em dois turnos, em ambas as casas legislativas, mediante quórum de três quintos de seus membros. Assim, terão a mesma força de emenda constitucional<sup>9</sup>.

Com efeito, conclui-se que atualmente os tratados internacionais referentes a direitos humanos, submetidos aos requisitos acima elencados, possuem a mesma hierarquia que as emendas constitucionais.

Existe a possibilidade de que materialmente o tratado internacional cumpra o requisito de tratar de direitos humanos, mas formalmente não seja submetido ao quórum especial e à votação em dois turnos. Ou seja, mesmo após o advento da emenda constitucional n° 45, se o tratado internacional de direitos humanos não se submeter ao requisito formal de votação previsto pelo § 3°, do artigo 5°, da Constituição Federal, ele poderá integrar o ordenamento jurídico, mas sem o *status* de norma constitucional.

A escolha da opção entre submeter o tratado ao quórum especial e votação em dois turnos para dar-lhe força de norma constitucional é ato discricionário do Congresso Nacional.

---

<sup>9</sup> Tratam-se das mesmas exigências que a Constituição Federal estabelece para a aprovação de emendas constitucionais no artigo 60, § 2°.

Ainda se discute a posição em relação à Constituição Federal dos tratados internacionais referentes a direitos humanos anteriores à vigência da Emenda Constitucional n° 45, vez que a votação em dois turnos e o quórum especial não lhes eram exigidos.

Em que pese a resistência da corte suprema, defende-se que o novo dispositivo apenas referendou o posicionamento de que eles sempre tiveram hierarquia constitucional, pois a matéria é que estabelece o poder ao tratado internacional, ressaltando-se que anteriormente à inovação legislativa não eram exigidos os requisitos formais especiais.

Desta forma, atualmente, para que um tratado relativo a direitos humanos tenha hierarquia constitucional ele deve ser submetido ao quórum privilegiado e à votação em dois turnos. Somente se cumpridas estas formalidades passarão a ter *status* de emenda constitucional e, mais, serão tidos como cláusulas pétreas.

Portanto, uma vez assinado e submetido à especial aprovação do Congresso Nacional, os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser objeto de denúncia pelo Brasil, pois, por força do disposto no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, passam a integrar o núcleo imutável da Carta Constitucional.

Outra diferenciação entre os tratados internacionais de direitos humanos e os que versam sobre outras matérias repousa no momento em que passam a possuir obrigatoriedade interna. Enquanto os tratados comuns necessitam de um decreto presidencial que lhes faça a incorporação ao ordenamento jurídico interno e dê publicidade, os tratados internacionais de direitos humanos têm aplicabilidade imediata após a aprovação legislativa, por decorrência do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Já em relação aos demais tratados internacionais, há quem sustente que, apesar da hierarquia infraconstitucional, eles possuem um posicionamento supralegal, em face do princípio da boa-fé, que tem como expressão o já mencionado artigo 27 da Convenção de Viena.

Entretanto, prevalece o entendimento de que os tratados internacionais não relativos a direitos humanos possuem o mesmo *status* de lei ordinária e, portanto, cumpridos os requisitos formais estabelecidos pela Constituição Federal, passam a integrar o ordenamento jurídico interno.

Nesta linha de pensamento, eventual conflito entre os tratados internacionais e a lei deve ser resolvido com fundamento no princípio de que a lei posterior revoga a lei anterior que com ela seja incompatível<sup>10</sup>.

Contudo, a adoção deste entendimento causa discrepância entre a ordem jurídica interna e a internacional. Primeiro porque, de acordo com a Convenção de Viena, não é admissível que se justifique o descumprimento de acordo utilizando-se como argumento a lei interna e, segundo, que no plano internacional a obrigatoriedade de cumprir o tratado persiste até que o Estado-membro formalize a denúncia.

Em relação à denúncia, critica-se o sistema estabelecido pelo ordenamento pátrio, pois esta é ato exclusivo do Poder Executivo. Acreditamos que o mais correto seria exigir-se o mesmo procedimento para a denúncia do que para a integração, pois o Poder Executivo estaria, sozinho, abrindo mão de direitos e obrigações de que o Poder Legislativo também participou, ao estabelecê-los.

Importa ao presente trabalho a especificação de que o direito pátrio adotou um sistema misto para disciplinar os tratados internacionais, concedendo regimes jurídicos diversos aos tratados de direitos humanos e aos demais, relativos a outras matérias.

---

<sup>10</sup> Foi o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, no Recurso Extraordinário nº 80.004.

Convém salientar, ainda, que, por terem hierarquia infraconstitucional, os tratados internacionais que não se referem a direitos humanos não podem contrariar a Constituição Federal. Compete ao Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, julgar as causas em que a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de um tratado internacional<sup>11</sup>.

## **2.2. Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional**

Conquanto exista o entendimento de que o combate à criminalidade organizada decorre da própria proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, a doutrina e a jurisprudência entendem que os tratados internacionais que versam sobre o combate ao crime organizado têm *status* de norma infraconstitucional, ingressando em nosso ordenamento com a mesma hierarquia de uma lei ordinária.

O principal instrumento internacional de combate ao crime organizado é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo<sup>12</sup>, mas que foi adotada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, na cidade de Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000.

Este documento internacional foi ratificado pelo Poder Legislativo Brasileiro através do Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003, e incorporado ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

---

<sup>11</sup> Artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.

<sup>12</sup> Esse documento foi aberto para assinatura no Palácio de Justiça de Palermo, na Itália, no período de 12 a 15 de dezembro de 2000. Posteriormente, ele seguiu para Nova Iorque, onde permaneceu até 12 de dezembro de 2002, aberto para novas adesões.

A convenção teve como objetivo promover a cooperação internacional para prevenir e combater o crime organizado transnacional. Em seu bojo, ela define organização criminosa, determina a tipificação da conduta daquele que integra e coordena esses grupos, prevê técnicas especiais de investigação para o combate ao crime organizado, disciplina o confisco de bens e valores e, ainda, prevê a responsabilidade da pessoa jurídica.

Outros três tratados internacionais foram adotados em conjunto e integrados à Convenção de Palermo pela Organização das Nações Unidas, visando a incentivar o combate internacional ao crime organizado. Eles também foram assinados e incorporados pelo Brasil<sup>13</sup>. São os chamados protocolos adicionais, pois são condicionados à assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e complementam-na. São eles: Protocolo para Prevenir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente de mulheres e crianças; Protocolo contra o Contrabando de Pessoas por Terra, Mar e Ar; e Protocolo contra a Produção Ilícita e o Tráfico de Armas de Fogo, suas Partes, Componentes e Munição<sup>14</sup>.

Enfatize-se, ainda, a existência de três outros documentos internacionais assinados pelo Brasil em que há previsão da utilização do instituto da entrega vigiada, importante instrumento de combate ao crime organizado<sup>15</sup>: Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos, Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

---

<sup>13</sup> Ver Decretos 5.017/04, 5.016/04 e 5.941/06.

<sup>14</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. Investigação criminal na Convenção de Palermo: instrumento e limites. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). Limites Constitucionais da Investigação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 357.

<sup>15</sup> Ver capítulo específico sobre o tema.

### **3. A NOVA CRIMINALIDADE E A GLOBALIZAÇÃO**

#### **3.1. A nova criminalidade organizada**

Durante séculos o Direito Penal foi utilizado como forma de manter o poder daqueles que o detinham em determinada época.

Somente na Idade Média surgiu a preocupação com a recuperação do criminoso. O Iluminismo é o movimento a partir do qual se edifica o desejo de justiça, igualdade e liberdade que, embora não tenha afastado totalmente a utilização do Direito Penal como forma de garantia do poder, trouxe à baila a preocupação também com a proteção do cidadão em relação aos abusos do Estado.

Atualmente, o Direito Penal visa à garantia da paz social, mas também tutela os direitos individuais, o que certamente foi uma das maiores conquistas da humanidade contra os frequentes abusos daqueles que detinham o poder e não encontravam qualquer força que lhe impusesse algum limite.

A legislação penal e processual penal brasileira e a Constituição Federal retratam bem essa fase de transição. O Código Penal Brasileiro, de 1940, destaca os crimes contra as pessoas, contra o patrimônio, contra os costumes, contra a administração pública, dentre outros. Já a Constituição Federal de 1988 apresenta um extenso rol de direitos e garantias individuais.

Contudo a criminalidade muito se modificou nas últimas décadas, visto que, além dos crimes individuais, praticados por delinquentes de forma isolada (há muito tipificados pela legislação brasileira), surgiu uma criminalidade organizada, com estrutura e organização hierárquica que tem demonstrado grande eficiência na prática de crimes e em livrar-se da atuação dos órgãos estatais responsáveis pela prevenção e repressão do crime.

Não que as organizações criminosas sejam um fenômeno recente, pois suas origens podem ser identificadas nos séculos XVII e XVIII, com as Tríades Chinesas, a Yakuza Japonesa e as Máfias italianas. Mas nas últimas décadas suas atuações muito se expandiram, estruturaram-se em um modelo empresarial e aproveitaram-se do crescimento da atividade econômica internacional e a abertura dos mercados.

Este fenômeno criminal experimentou um desenvolvimento extraordinário em virtude das novas tecnologias relacionadas à informática e meios de comunicação, bem como se aproveitou do relaxamento do controle que os Estados exerciam sobre suas fronteiras<sup>16</sup>.

Ademais, essa nova criminalidade reflete a atual situação experimentada pela sociedade, que é essencialmente capitalista. A prática de crimes econômicos é corolária disso. Por isso, Anabela Miranda Rodrigues escreveu que esta nova criminalidade, organizada e com finalidade econômica, é uma atividade econômica em sentido amplo, causando além das nefastas consequências econômicas, reflexos negativos nas ordens sociais e políticas<sup>17</sup>.

Ao contrário da criminalidade clássica, essa nova espécie de criminalidade não se limita à prática de crimes nos quais há uma vítima individualizada, mas tem seu foco central na prática de crimes que atingem a sociedade de forma difusa. Este aspecto faz com que a população não sinta diretamente os efeitos dessa criminalidade, embora seus efeitos sejam muito mais perniciosos à sociedade do que a maioria dos outros crimes.

Marco Antonio Marques da Silva<sup>18</sup>, citando Winfried Hassemer, aponta que as principais características dessa nova espécie de criminalidade são a

---

<sup>16</sup> CALLEGARI, André Luís, Crime Organizado (org) – Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 14.

<sup>17</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda Faria. Globalização, Democracia e Crime. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords). Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 283.

<sup>18</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da - Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 136.

ausência de individualização das vítimas, pois elas geralmente são o Estado e comunidades; a pouca visibilidade dos danos causados pelo crime; um novo *modus operandi*, já que são agressões civis; e a existência de um sistema de proteção de alta profissionalidade.

Outra característica presente nesta criminalidade organizada é a sua formação empresarial, com divisão de tarefas bem definidas, tercerização de algumas atividades e distanciamento entre o comando e os executores.

São crimes decorrentes dos novos riscos impostos pela sociedade atual, que há alguns anos eram inconcebíveis, pois os locais por onde transitavam sequer existiam, ou ainda eram embrionários. Dessa forma, alguns crimes ambientais e a lavagem de dinheiro, por exemplo, são decorrência da atual realidade social.

Assim, o Direito Penal e Processual Penal, na forma como previstos atualmente, com seu rigorismo formal, não têm conseguido reprimir a ocorrência destes crimes.

### **3.2. A globalização e a criminalidade transnacional**

No âmbito econômico, social, cultural e das comunicações, as duas últimas décadas têm experimentado um fenômeno denominado globalização.

A globalização é uma característica da sociedade pós-industrial e tem como motor o incremento dos meios de comunicação, que, cada vez mais, aproxima as pessoas, independentemente do local do mundo em que se encontrem.

Dentre os meios de comunicação, o mais recente e que mais tem contribuído para a formação da chamada “aldeia global” é a internet. Anabela Miranda Rodrigues destaca a mudança introduzida por este meio de comunicação, afirmando que ela não se restringiu a imprimir maior

velocidade na transmissão das informações, mas alterou a vida de todas as pessoas. Citou como exemplo marcante a figura de Nelson Mandela, que, muitas vezes, parece-nos mais familiar do que a de nosso vizinho<sup>19</sup>.

Essa globalização apresenta diversas características: a hegemonia militar e econômica dos Estados Unidos; a transformação dos locais estratégicos no mundo; a crise de identidade do Estado-nação; os atores deste fenômeno são os Estados, as grandes empresas e os organismos internacionais; a democracia como regime político e a desnacionalização como meta econômica; a perda do conceito de poder vertical e hierárquico; a perda da identidade pessoal em relação ao país ou um determinado grupo social; as ameaças do mundo são as organizações criminosas, os vírus e as catástrofes naturais; as desigualdades sócio-econômicas e culturais dividem a população do mundo em globalizados e excluídos; o avanço tecnológico (com ênfase na internet e a revolução digital); e a transformação do direito por meio de tratados e tribunais internacionais.

A globalização fez com que as fronteiras entre os países fossem diluídas, encurtando-se os espaços existentes entre um país e outro. Surgiram empresas transnacionais e formaram-se grupos internacionais econômicos e políticos como modo de regulamentar as relações entre as diversas nações.

Da mesma forma, essa globalização já atinge a criminalidade, que soube evoluir, tornando-se também transnacional. Um mundo globalizado possibilita a troca de informações de modo célere e constitui fértil campo para a criminalidade. Assim, é possível, atualmente, que uma pessoa em um determinado país, sem sair da frente de seu computador, pratique um crime em outro, situado do outro lado do mundo. É o chamado ‘ciber-crime’. Também a diversidade de ordenamentos jurídicos permite que o criminoso escolha o local em que vai praticar o crime (que pode ser diverso do local em

---

<sup>19</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda Faria. Globalização, Democracia e Crime. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords). Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 277;

que ele vai esconder o produto do crime, que também pode ser diverso do local onde ele se abrigará), tudo em prol de se resguardar, de acordo com as benesses legislativas de cada país.

Nessa era globalizada há predominância do crime organizado, que possui estrutura suficiente para aproveitar-se das facilidades que lhes são proporcionadas. O crime organizado atua em dois ou mais Estados e, geralmente tem finalidade econômica. São os chamados *crimes of the powerful* (crime dos poderosos<sup>20</sup>) e são, por exemplo: tráfico de entorpecentes, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos humanos, tráfico de animais, corrupção internacional e crimes cometidos pela internet.

Verifica-se que a sociedade cobra do direito penal uma resposta a essa criminalidade. Trata-se de um ônus para o qual ele ainda não está devidamente preparado, mormente em face da não previsão de todo esse avanço na legislação e o despreparo dos órgãos incumbidos do combate à criminalidade.

Também, o combate a esta criminalidade mostra-se muito complicado, em razão de suas peculiaridades, como, por exemplo, o alto poder de intimidação das organizações criminosas e a “lei do silêncio” imposta a seus integrantes e a eventuais testemunhas.

De igual modo, essas organizações criminosas aproveitam-se das lacunas existentes nas diferentes legislações dos países e utilizam seu poder econômico para corromper os órgãos estatais, facilitando sua atuação.

Embora haja uma predominância dos crimes econômicos, não significa que eles sejam as únicas formas de criminalidade na era globalizada. Ao lado de outros delitos como os crimes cibernéticos, o bioterrorismo e os delitos tradicionais, também se percebe o ressurgimento de crimes que não mais se

---

<sup>20</sup> Conforme tradução feita por Anabela Miranda Rodrigues, Op. Cit., p. 283.

observavam, como o tráfico de seres humano (tráfico de órgãos, prostituição e outros) e a pirataria.

Por fim, a lavagem de dinheiro tem sido prática comum, ante a necessidade dos criminosos de dar uma aparência lícita ao produto dos crimes por eles cometidos, podendo, então, desfrutar dos lucros.

Como já mencionado, a globalização atinge também o conceito de vítima e bem jurídico atingido. A primeira não se apresenta mais de forma individualizada, mas sim de forma difusa. E a segunda é composta não mais por interesses individuais, mas sim de bens jurídicos universais, como a genética, a segurança nos meios de telecomunicação, segurança da internet e outros.

Diante desses acontecimentos, para fazer frente à evolução da criminalidade, os Estados vêm buscando novas soluções. Nesse ponto, podem-se verificar algumas tendências político-criminais decorrentes do processo de globalização:

1<sup>a</sup>) Descriminalização dos crimes anti-globalização. Como este fenômeno implica na circulação de pessoas, bens e valores por todas as fronteiras, alguns crimes tendem a desaparecer por constituírem obstáculo ao próprio desenvolvimento, como, por exemplo, o crime de descaminho e de evasão de divisas.

2<sup>a</sup>) Globalização da política criminal. A forma de reação ao crime deve, na medida do possível, ser uniformizada, especialmente nos crimes que perturbam a ordem internacional, praticados por organizações criminosas. Assim, contra a criminalidade transacional devem-se estabelecer reações transnacionais, evitando-se a existência de “paraísos jurídico-penais”.

3<sup>a</sup>) Globalização da cooperação policial e judicial. Para o combate ao crime transnacional é necessária uma integração dos órgãos responsáveis pela investigação e repressão, que pode ser feita através de tratados ou acordos de colaboração mútua, formando-se forças-tarefa e trocando-se informações.

4<sup>a</sup>) Globalização da Justiça criminal. A mais recente das reivindicações consiste na criação de uma Justiça Criminal Internacional, que de forma permanente possa julgar os crimes que afetem diversos países. A maior expressão dessa tendência foi a criação do Tribunal Penal Internacional que tem competência para julgar os crimes que lesam toda a humanidade, como genocídio e crimes de guerra.

Estas tendências devem levar a uma flexibilização das regras de imputação e de garantias penais e processuais como forma de se alcançar a eficiência no combate a este tipo de crime. Deve-se estabelecer uma diferenciação entre o crime clássico que atinge vítimas individuais e aquele em que os efeitos perante a sociedade são de grandes proporções, não só nacionais, como internacionais.

Embora deva o Direito Penal ser cada vez mais “excepcional”, ele deve ser mais severo nos casos em que for chamado a intervir. Justifica-se a mencionada flexibilização na necessidade de se assegurar a eficiência da atividade estatal<sup>21</sup>.

Não se defende uma “guerra ao crime organizado”, mas a implantação de mecanismos eficientes para seu combate, sempre se mantendo o devido equilíbrio entre a necessidade de se combater esse novo mal e a necessidade de o Estado Democrático de Direito assegurar os direitos individuais das pessoas investigadas e, posteriormente, acusadas.

---

<sup>21</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. Criminalidade organizada e procedimento diferenciado: entre eficiência e garantismo. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords). Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 925.

Dentro desta flexibilização, necessária para o combate ao crime organizado, destacamos a utilização de novos meios de investigações. Estes, embora atinjam direitos individuais<sup>22</sup>, como o direito à intimidade, à vida privada e o sigilo de comunicações, são ferramentas necessárias ao Estado para a repressão a esta nova criminalidade.

Assim, a ideia de pronta interferência do Estado para cessar a prática delituosa teve que ceder à utilização da “ação controlada”. Frize-se, também, que os obstáculos legais e morais foram superados para que se autorizasse a infiltração de agentes em organizações criminosas.

Obviamente estas, assim como outras técnicas de investigação (por exemplo, a interceptação telefônica, quebra de sigilo fiscal e bancária, etc.), são medidas excepcionais, constituindo a *ultima ratio* da política criminal, que só podem e devem ser utilizadas quando imprescindíveis para a apuração de crimes graves, decorrentes da atuação de verdadeiras organizações criminosas.

Por fim, vale salientar que do ponto de vista político–social, essas medidas investigativas não são as formas mais eficientes de combate ao crime, ainda que o organizado. Ainda se acredita que a melhor forma de combate à criminalidade é a prevenção, que pode ser exercida pela fiscalização prévia do Estado, mas principalmente pela socialização de todos os cidadãos, no que se inclui a educação, saúde, respeito e, até mesmo, uma reestruturação do sistema penitenciário, que há tempos não consegue atingir sua finalidade ressocializadora.

---

<sup>22</sup> Antonio Scarance Fernandes, na obra Crime Organizado – Aspectos Processuais, que coordenou juntamente com outros autores, se posicionou no sentido de que a ação controlada, quando utilizada isoladamente, não é lesiva aos direitos individuais.

## **4. CRIME ORGANIZADO**

### **4.1. Evolução legislativa**

Com o advento da Lei 9.034/95, o ordenamento jurídico pátrio passou a dispor de um instrumento legislativo de combate às organizações criminosas. De imediato, a doutrina debruçou-se sobre o diploma legal em questão, abordando desde singelos aspectos formais aos de natureza eminentemente prática.

Uma das discussões mais importantes que se estabeleceu foi acerca do próprio conceito de organização criminosa.

Nesse particular, deve-se dividir a análise conceitual em dois momentos distintos: o advento da Lei 9.034/97 e sua alteração pela Lei 10.217/01.

Não se pode negar, por regra geral, que a lei (aqui, em sentido amplo) define parâmetros para sua aplicabilidade, cabendo ao intérprete verificar a relação das premissas abstratas com o universo concreto, numa atividade complementar.

Desta maneira, em seu texto original, a “Lei de Combate ao Crime Organizado” previa em seu artigo 1º, a notícia de que regularia “meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.”

Havia, pois, um norteador para que se estabelecesse o âmbito de aplicação das normas consequentes, ou seja, organização criminosa seria a que perpetrasse, em suma, ações de quadrilha ou bando.

De acordo com esse raciocínio, o intérprete era remetido ao artigo 288 do Código Penal, subsistindo indagações sobre as relações daí advindas. Assim, coube ao doutrinador tecer ponderações acerca da definição dada pela lei. Noutras palavras, do alcance sistemático do conceito de organização

criminosa.

Não foram poucos os que se detiveram ao tema. Dentre os quais, Carlos Alberto Marchi de Queiroz<sup>23</sup> salientou que haveria uma verdadeira impropriedade legislativa, posto que a exigência de mais de três pessoas afastaria, desde logo, qualquer conduta desviante assemelhada, praticada por até três pessoas (nos termos do artigo 288 do Código Penal). Outrossim, salientava o autor, na época da publicação de seus estudos (1998), que esta exigência poderia dar margem ao uso de artifícios processuais que poderiam frustrar em juízo a luta contra o crime organizado.

Alguns outros, como Geraldo Prado e William Douglas<sup>24</sup>, alertavam que a lei, ao relacionar ações de quadrilha ou bando com atividades de organizações criminosas, teria pecado por não distinguir quadrilhas de bagatela das verdadeiras organizações delinquenciais, prevendo para umas e outras o mesmo tratamento, de sorte que seria inadmissível igualar “ladrões de galinha associados” com as máfias de fraude à Previdência, por exemplo.

De fato, alguns equívocos poderiam ocorrer pela fria leitura do artigo. Afinal, os tais “ladrões de galinha associados” seriam tidos por organização criminosa, sofrendo todos os rigores da nova lei, como a vedação à liberdade provisória.

De outro lado, práticas como o jogo do bicho, atividade com reflexos notadamente ilícitos, além de outras contravencionais, não estariam contempladas pelo novo diploma. Isso porque o artigo 288 do Código Penal incrimina a conduta dos que se associam com a finalidade de cometer crimes, excluindo-se, nesta leitura, as contravenções.

Por conta de tais ponderações e utilizando a premissa fornecida pela redação original do artigo 1º (da Lei 9.034/95), algumas linhas de pensamento

---

<sup>23</sup> QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. Crime Organizado no Brasil, São Paulo, Editora Iglu, 1998, p.17-18.

<sup>24</sup> PRADO, Geraldo & DOUGLAS, William. Comentários à Lei do Crime Organizado. - Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, p.42-43.

ganharam força na doutrina e jurisprudência.

Surgiram correntes interpretativas, das quais três se destacaram, que, guardadas as respectivas diferenças, balizaram a atividade jurisdicional na leitura da expressão “crime organizado”.

A primeira delas, em verdadeira interpretação literal, compreendia que crime organizado corresponderia às ações praticadas por quadrilha ou bando, nada mais.

Outra vertente, num acréscimo à primeira concepção, afirmava a aplicabilidade da Lei 9.034/95 para delito de quadrilha ou bando, incluindo, pelas regras do concurso material, o ilícito resultante.

Para os defensores de ambas, não se poderia conceber a caracterização de organização criminosa sem o perfazimento do tipo penal do artigo 288 do Código Penal. A nova lei serviria para endurecer o tratamento de ilícito já previsto, disciplinando regras processuais e questões probatórias suplementares às já previstas.

As críticas que tais posicionamentos receberam não foram poucas. Dentre elas, a hipótese dos “ladrões de galinha associados” (já mencionada neste trabalho) ganhava relevância, porquanto o novo diploma poderia se prestar à punição de pequenos criminosos, em descompasso com a vontade do legislador.

Guaracy Mingardi<sup>25</sup>, ao tratar da provável vinculação dos conceitos de quadrilha/bando e organização criminosa, argumentou que a simples tipificação do primeiro não bastaria ao reconhecimento do segundo, reforçando a ideia de que a interpretação literal não seria a mais correta à espécie. Dessa feita, após apresentar o preceito primário do artigo 288 do Código Penal, advertiu que a lei seria adequada apenas para o crime comum, pois utilizava como único critério o número de participantes. Tal característica não bastaria para diferenciá-lo do crime organizado.

---

<sup>25</sup> MINGARDI, Guaracy. O Estado e o Crime Organizado, São Paulo: IBCCRIM, 1998, p.39.

Mingardi utiliza o exemplo dos “arrastões” ocorridos em praias cariocas, noticiados através de grandes veículos de comunicação, para justificar seu raciocínio. Diz ele, comparar um misto de briga e corre-corre numa praia da Zona Sul do Rio de Janeiro, onde centenas de jovens espantam os banhistas para furtá-los, com o que representaria o crime organizado, seria demasiadamente equivocado.

Para alguns dos adeptos da primeira posição, o crime do artigo 288 do Código Penal, por si só, bastaria para a configuração de uma organização criminosa, enquanto, para a segunda, deveria ser verificada conjuntamente a prática de delito diverso, desde que resultante da ilícita associação.

De se mencionar, pela concepção derivada, aqueles que se conluiassem para furtar galinhas (e perpetrassem seus propósitos) responderiam pelo artigo 288, cumulado com o artigo 155, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. Igualmente, os meliantes da orla fluminense. Estariam todos, pois, abrangidos pela Lei 9.034/95.

Portanto, a distinção prática entre os pensamentos não teria o condão de suprir a proclamada imperfeição legislativa.

Na falta de outros critérios apresentados pela lei, caberia, então, ao Poder Judiciário estabelecer a diferença entre as pequenas quadrilhas e verdadeiras organizações criminosas. Deveria, pois, muito além de dizer o direito, criar o direito, conferindo a correta aplicabilidade da norma abstrata ao universo concreto.

Entretanto, critérios diferenciadores não poderiam brotar a esmo, sob pena de usurpação da própria função legislativa. Falhando a interpretação autêntica, restaria a sistemática, teleológica, nunca puramente literal.

Adveio, então, um terceiro posicionamento, dando conta de que o conceito de organização criminosa seria complexo, composto pelos dados típicos do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, mais alguns requisitos extras.

Assim, autores como Luiz Flavio Gomes e Raul Cervini<sup>26</sup> defendiam, numa interpretação construtiva (considerada bastante questionável pelos próprios autores), que o correto âmbito de incidência da Lei 9.034/95 estaria constituído pelas organizações criminosas, de cuja composição fariam parte os dados típicos do artigo 288 do Código Penal e outras exigências adicionais (organização, planejamento, hierarquia do grupo etc.).

De plano, a única ponderação que nutria paralelismo entre as leituras doutrinárias apresentadas, sem dúvidas, era de que o delito de quadrilha ou bando, tipificado no artigo 288 do Código Penal, constituía o ponto de partida para qualquer análise sobre a expressão “organização criminosa”.

Criticavam o terceiro posicionamento, mais uma vez, os que não admitiam o artigo 288 do Código Penal como pressuposto à caracterização de organização criminosa, embora seus argumentos não fossem suficientes o bastante para repelir a redação legal.

Entretanto, embora a doutrina concordasse com a exigência de substratos adicionais à quadrilha/bando para a definição de crime organizado, divergia-se sobre alguns aspectos, como pertinência de todos os requisitos, incidência cumulativa, natureza facultativa de alguns, alternatividade, permanecendo incerto o conceito de organização criminosa.

Em resposta à discussão, sobreveio uma inovação legislativa que trouxe novos elementos para essa discussão.

Deste modo, em 23 de junho de 2000, por conta da MSC<sup>27</sup> 837/2000, foi encaminhada proposta de mudança dos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que resultou no Projeto de Lei 3.275/00.

Sem adentrar nas minúcias do processo legislativo, convém destacar

---

<sup>26</sup> GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl. Crime organizado. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 89 ss.

<sup>27</sup> “Mensagem do Poder Executivo”: Instrumento de comunicação oficial do Poder Executivo aos outros poderes. Quando destinado ao Poder Legislativo, é utilizado para informar sobre fato da Administração Pública; expor o plano de governo por ocasião da abertura de sessão legislativa; submeter ao Congresso Nacional matérias que dependem de deliberação de suas Casas; apresentar veto; enfim, fazer e agradecer comunicações de tudo quanto seja de interesse dos poderes públicos e da Nação.

algumas particularidades sobre a tramitação da propositura.

Dentre as inúmeras discussões sobre o teor apropriado do artigo 1º, *caput*, sugeriu-se a redação “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre a garantia da segurança e estabilidade institucional, ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”<sup>28</sup>.

Sem dúvidas, já se antevia significativa alteração, mormente por acréscimos como “garantia da segurança”, “estabilidade institucional”, e “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Certamente, não mais existia a tão só concepção de quadrilha/bando para nortear o operador do direito, mas outras balizas.

Entretanto, de logo, as noções de “garantia da segurança” e “estabilidade institucional” foram suprimidas<sup>29</sup>. De sua banda, durante o crivo pelo Senado Federal, surgiu a Emenda nº1, a qual determinava a retirada da expressão “...ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.<sup>30</sup>

Inegavelmente, a emenda do Senado Federal, em caso de sobrevida, manteria a essência da lei cuja reforma era discutida. Retornaria, pois, o parâmetro único da quadrilha ou bando.

Entretanto, não tendo prosperado a Emenda nº1 daquela casa legislativa, prevaleceu entendimento de que a redação devida ao artigo 1º, seria: “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”.

---

<sup>28</sup> Conforme “Diário da Câmara dos Deputados”, sábado, 24 de junho de 2000, p.33931.

<sup>29</sup> Conforme “Diário da Câmara dos Deputados”, quinta-feira, 14 de setembro de 2000, p.45828, Requerimento de Destaque (bancada do PT).

<sup>30</sup> Conforme “Diário da Câmara dos Deputados”, quarta-feira, 29 de novembro de 2000, p.61947.

Aprovado o teor, restou sancionado o projeto, no que nasceu a Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, alterando o trajeto da discussão sobre o conceito de “organização criminosa”.

Por isso, para significativa parcela da doutrina, três noções passaram a coexistir, de maneira autônoma e independente, cada qual com seu conteúdo próprio. Assim, “quadrilha ou bando”, “associação criminosa” e “organização criminosa” deveriam ser tratadas como concepções distintas.

Neste contexto, o ilícito da “quadrilha ou bando”, regrado pelo artigo 288 do Código Penal, remeteria às posições anteriormente apresentadas (como o risco de se enquadrar condutas penais de somenos relevância), guardadas as devidas proporções com a nova definição legal<sup>31</sup>.

Por seu turno, “associação criminosa”, expressão presente noutros diplomas, restou caracterizada como o conluio antevisto pelo legislador em situações específicas. Para ilustrar a hipótese, lições da época se referiam aos artigos 14 e 18, III, da antiga lei de drogas, como exemplos da espécie.

Atualmente, conforme o raciocínio apresentado, a associação criminosa se vislumbra no artigo 35 da Lei 11.343/06<sup>32</sup>, naquele concurso para a prática do genocídio<sup>33</sup>, dentre outras previsões legais.

Questão tormentosa, portanto, repousa no conceito de “crime organizado”, não devidamente abarcado pela lei, haja vista persistir a ausência de interpretação autêntica.

Poder-se-ia ponderar que “organização criminosa” é o gênero, do qual são espécies “quadrilha/bando” e “associação criminosa”.

Sob esse aspecto, “associação criminosa” não deveria ser caracterizada

---

<sup>31</sup> Por exemplo, a contravenção penal de jogo do bicho, argumento daqueles que resistiriam à vinculação de quadrilha/bando com organização criminosa, poderia encontrar guarida nas outras acepções fornecidas pelo legislador.

<sup>32</sup> “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único: Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”

<sup>33</sup> Art. 2º da Lei 2889/56: Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior.

apenas como o conluio legalmente definido (v.g., lei de drogas), embora incluísse a hipótese. Teria, cumpre ponderar, alcance mais abrangente, possibilitando o acréscimo de requisitos extras, livrando-se das amarras materiais da lei.

Não parece ser esta a solução adequada, porquanto “associação criminosa” poderá se restringir às hipóteses que o legislador lhe atribuir, conforme o caso específico, deixando a liberdade doutrinária definir “crime organizado” conforme a expressão “organização criminosa de qualquer tipo”, extraída do artigo 1º.

Dessa via, diversos juristas reconhecem que “associação criminosa” e “quadrilha ou bando”, embora perfilados à “organização criminosa” pela Lei 10.217/01, não se confundem com “crime organizado”.

A questão, pois, resolve-se da seguinte maneira: “crime organizado” seria a espécie “organização criminosa em sentido estrito”, enquanto “organização criminosa em sentido amplo” abraçaria também, enquanto gênero, “quadrilha ou bando” e “associação criminosa”.

A discussão em comento ostenta pertinência, teórica e prática, por vários motivos. Exemplificando, numa análise da delação premiada, prevista no artigo 6º da Lei 9.034/95: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Caso o intérprete entenda que “organização criminosa” é um sinônimo de “crime organizado”, este diferente em essência da “associação criminosa” e “quadrilha ou bando”, aos últimos não se aplicaria a delação premiada.

E, evidentemente, a pretensão do legislador foi a de que o diploma, com todas as suas disposições, regulasse as condutas perpetradas pelos grupos descritos no artigo inaugural. Daí a razão primordial da distinção entre “organização criminosa em sentido estrito” (aqui como “crime organizado”

ou “organização criminosa propriamente dita”) da “organização criminosa em sentido amplo” (gênero que abrange “associação criminosa” e “quadrilha ou bando”, as quais também poderiam ser denominadas “organizações criminosas por equiparação”).

A par da discussão até então enfrentada, o próprio parlamento reconheceu sua omissão, tendo buscado, ainda que tardiamente, apresentar a definição legal de “organização criminosa”.

Dentre as diversas propostas de alteração, destacamos a propositura do Projeto de Lei nº 7.223/02<sup>34</sup>, tendente a alterar a Lei 9.034/95. Na justificativa do projeto o deputado federal Luiz Carlos Hauly, do PSDB-PR, apontou que a maior omissão da Lei 9.034/95 foi não ter explicitado o conceito de “crime organizado” ou de “organização criminosa”, o que gerou sérios embaraços a interpretação e aplicação desta lei. Também explicitou a necessidade de se diferenciar o crime organizado das tradicionais quadrilhas e bando, há muito previstas no Código Penal<sup>35</sup>.

De certo, caso o projeto fosse convertido em lei, desprezando-se a possibilidade de qualquer alteração significativa durante o processo legislativo, seria forçoso reconhecer que, numa interpretação autêntica, crime organizado pressuporia: a) hierarquia estrutural; b) planejamento empresarial; c) uso de meios tecnológicos avançados; d) recrutamento de pessoas; e) divisão funcional de atividades; f) conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; g) oferta de prestações sociais; h) divisão territorial das atividades ilícitas; i) alto poder de intimidação; j) alta capacitação para a prática de fraude; l) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Esses requisitos, vale lembrar, exigidos no projeto de um parágrafo único a ser incluído no artigo 1º da Lei 9.034/95, ao mesmo tempo em que

---

<sup>34</sup> A íntegra do projeto de lei encontra-se disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, através do endereço: “<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/98644.pdf>”

<sup>35</sup> *Ibidem*.

resolveriam alguns problemas, de outro lado, trariam outros.

Por consequência, cumpre discutir se a redação proposta, com seus onze requisitos, exigiria a concomitância de todos eles. Ou seja, questiona-se: a caracterização de organização criminosa, para os novos efeitos da respectiva lei, presumiria que todas as exigências fossem observadas? Este o desafio que teria de ser enfrentado pela doutrina.

Parece sensato concluir que a resposta deve ser negativa.

Ora, dizer que uma organização criminosa apenas poderia ser assim caracterizada, sofrendo os imperativos da lei, se verificado, por exemplo, o uso de meios tecnológicos avançados, complicaria em muito as atividades do Poder Judiciário.

É perfeitamente concebível que uma estrutura inadvertidamente montada para a prática de ilícitos, dotada de hierarquia<sup>36</sup>, planejamento, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, dentre outros, se utilize de meios mais simplificados de comunicação, como cartas, mensageiros próprios, telefone com linha discada e outros.

Para demonstrar a plausibilidade da hipótese, basta lembrar muitas gangues que fomentam o tráfico de drogas, cujo movimento financeiro é descrito em simples cadernos, a chegada de policiais é alertada com menores empinando pipas e o comércio é feito pelos “aviõezinhos”, que fuzilam os seus devedores e amedrontam a comunidade. Como dizer que não se trata de organização criminosa?

Importante ponderar que ainda há o problema do enredo probatório. Como provar em juízo, muitas vezes, o uso de “tecnologia avançada”, e mais, o que significaria a expressão. Basta que lembremos as bandas largas e celulares modernos (com câmera, internet, etc), até pouco tempo considerados

---

<sup>36</sup> Aqui, em sentido amplo, deixando-se de lado a discussão de que “obediência hierárquica” só pode ser vislumbrada dentro da Administração Pública. Pensar desta maneira, ainda mais quando se busca entender o fenômeno das organizações criminosas, poderia aniquilar o objetivo da lei, afinal, exigiria uma relação de direito público com o subordinado, o que nos parece absurdo neste caso.

objetos de luxo e, atualmente, alvos de promoções cada vez mais acessíveis aos brasileiros de baixa renda.

Parece que a solução mais adequada seria caracterizar organização criminosa como a estrutura em que, no seu bojo, estivessem presentes diversos daqueles fatores que se pretendem incluir na lei, não necessariamente todos.

Entretanto, até o momento o mencionado Projeto de Lei não vingou, como também ainda não tiveram sucesso outras propostas de alteração da Lei 9.034/95 nesse aspecto.

Finalmente, vale ainda lembrar que, em 2004, o Brasil incorporou ao seu ordenamento<sup>37</sup> o texto da “Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”, adotado em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, que em seu artigo 2º apresenta uma definição de grupo criminoso organizado<sup>38</sup>.

Da definição trazida pelo diploma internacional é possível extrair-se os elementos mínimos para a configuração de uma organização criminosa no Brasil, vez que o texto está incorporado em nosso ordenamento, com força de lei ordinária.

O primeiro requisito é relativo à pluralidade mínima de integrantes, que segundo a convenção de Nova Iorque é de três pessoas. Assim, para a caracterização de uma organização criminosa são necessárias pelo menos três pessoas.

O requisito seguinte refere-se à necessidade de que a atividade exercida

---

<sup>37</sup> Ver Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, e Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003.

<sup>38</sup> Art. 2º: 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;
- b) ‘Infração grave’ - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) ‘Grupo estruturado’ - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada.

pelo grupo seja ilícita.

Em terceiro lugar exige-se uma atuação combinada, da qual se extrai a necessidade de existência de divisão de tarefas e uma hierarquia na organização, com submissão a um comando.

Já o quarto requisito é extraído do termo “existente há algum tempo”, do qual decorre a necessidade de se verificar a estabilidade e permanência do grupo. Note-se que a Convenção de Palermo contenta-se com a intenção de se praticar um só crime grave<sup>39</sup>, mas não prescinde da estabilidade e permanência.

O requisito seguinte é a existência de um grupo estruturado, ou seja, que não decorra de uma união fortuita, casual.

O último requisito é que a organização tenha como objetivo uma vantagem econômica ou outro benefício material. Trata-se de reflexo da preponderância dos crimes econômicos, diferenciando essas organizações dos grupos terroristas que são movidos por fins religiosos ou ideológicos.

Apesar do artigo 1º da Convenção dispor que o texto versa sobre a criminalidade organizada transnacional, não há razão para se diferenciar o tratamento, para fins de definição, entre uma organização criminosa que tenha atuação transnacional ou regional.

Ademais, o próprio texto da Convenção, em seu artigo 34, item 2, dispensa a natureza transnacional dos delitos que prevê para fins de incorporação ao direito interno de cada um dos Estados – parte.

Portanto, a transnacionalidade é apenas uma das características possíveis de se encontrar em uma organização criminosa, mas sua ausência não a desnatura.

Assim, apesar de se utilizar de termos vagos, a definição acima transcrita, constante do artigo 2, “a”, da chamada Convenção de Palermo, é a melhor definição legislativa de que dispomos em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>39</sup> Ao contrário do artigo 288 do Código Penal brasileiro, que exige a finalidade de cometer crimes.

Ela traz a vantagem de ser adotada por outros países signatários, o que permite a uniformização do combate à atuação destas organizações.

#### **4.2. Necessidade de conceituação**

Discute-se a necessidade de que o Brasil edite nova lei definindo o que seja crime organizado.

A princípio, o texto da convenção de Palermo, incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, supre a necessidade da existência de uma conceituação para atender ao princípio da legalidade.

Dessa forma, não há como se sustentar a inaplicabilidade dos diversos dispositivos legais que se referem a crime organizado ou organização criminosa por falta de uma definição legislativa.

Apesar das críticas no sentido de que a norma utiliza termos vagos e imprecisos, não se pode esquecer que o crime organizado é um fenômeno dinâmico e flexível, sempre a atuar nas brechas legislativas e fragilidades do Estado.

Assim, a edição de uma norma que previsse um conceito fechado de crime organizado, exigindo a presença de requisitos objetivos poderia tornar-se obsoleta pouco tempo após sua edição, causando a impunidade das ações dessas organizações.

São inúmeras as dificuldades de se chegar a uma definição sobre o que seja crime organizado, principalmente a inexistência de uma estrutura orgânica homogênea, decorrente de sua possibilidade de adaptar-se a qualquer estrutura sócio-econômica e a necessidade de livrar-se das medidas adotadas pelo Estado para combatê-la.

Entretanto, ainda há quem defenda a edição de uma lei ordinária, não

apenas definindo o que é uma organização criminosa, mas também tipificando a conduta daquele que a integra.

Destarte, seria necessária a edição de um tipo penal que trouxesse algumas características históricas dessas organizações criminosas, como a participação mínima de duas pessoas, intenção de obter vantagem econômica, infiltração no poder estatal, divisão funcional de tarefas e outros.

O legislador deveria, diante dessas características, estabelecer que, comprovada a existência de um número mínimo desses requisitos, estaríamos diante uma organização criminosa. Obviamente, há necessidade de prudência ao se estabelecerem os requisitos mínimos, visando-se a não inviabilizar a aplicação do dispositivo.

A vantagem da adoção dessa medida seria a possibilidade de se estabelecer um tipo penal incriminador para a conduta daquele que venha a integrar uma organização criminosa, pois muitas vezes não é possível comprovar a participação de todos os integrantes de uma organização na prática de um determinado crime.

André Luís Callegari<sup>40</sup> tece duras críticas a essa solução, apontando a conceituação legislativa de crime organizado seria muito próximo ao conceito do crime de quadrilha, além de que o Estado estaria impondo um modelo de transferência de responsabilidade de um ente coletivo a cada um de seus integrantes, o que fere os critérios de imputação de responsabilidade.

Vale recordar que ao aderir à Convenção de Palermo, o Brasil comprometeu-se a tipificar a conduta daquele que integra organização criminosa, conforme disposto no artigo 5º desse diploma internacional.

Entretanto, deve-se admitir que até o momento não foi possível chegar a um conceito completo sobre crime organizado, motivo pelo qual entendemos que, até que a ciência criminal chegue a um consenso, devemos

---

<sup>40</sup> CALLEGARI, André Luís, Crime Organizado (org) – Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 18-19.

permanecer com o conceito estabelecido na Convenção de Palermo.

### 4.3. Definição doutrinária

A despeito de todo o exposto, trabalhando com as premissas que hoje vigoram na ordem jurídica, a doutrina, a seu modo, tratou de conceituar o que seria “crime organizado”.

Mario Chiavario entende que, por organizações criminosas, dentre outros sentidos, estão as:

“(…) Organizações robustamente radicadas sobre o território mas já também com estreitas ligações e ramificações internacionais, ligadas sobretudo aquele narcotráfico, que aqui na América Latina se sente com uma intensidade ainda mais assustadora. Organizações capazes de criar uma espécie de anti-ordenamento jurídico com próprias regras, próprios tribunais e, sobretudo, próprios executores de sentenças, mas também, como já dizíamos, de insinuar-se nas fibras mais íntimas das próprias instituições estatais; em uma rede de conivência e solidariedade que se imprimem em inércias difusas quando não em trocas de apoios ativos (e suspeitos, entre os mais inflamados, chegaram também a roçar personalidades já colocadas no vértice do aparelho estatal). Organizações, enfim, que nos últimos anos puderam aproveitar também da degeneração das relações entre o mundo dos negócios, com a ampliação do assim chamado sistema de propina (isto é, das compensações distribuídas por baixo do pano pelos empreendedores públicos e privados, para partidos e homens de partido para obter vantagens de todos os gêneros)”<sup>41</sup>.

Já Alberto Silva Franco discorre sobre algumas das características da criminalidade organizada, que, além da transnacionalidade, possui “*uma sofisticada estrutura organizacional, uma finalidade de obter lucros ilimitados, dificuldade de determinação territorial e capacidade de criar uma zona cinzenta entre o lícito e o ilícito*”<sup>42</sup>.

Da mesma forma, Mario Daniel Montoya admite que ainda não há um

---

<sup>41</sup> CHIAVARIO, Mario. Direitos Humanos, Processo Penal e Criminalidade Organizada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.5, janeiro / março de 2004, p.28, *apud* PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. Comentários à Lei do Crime Organizado. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, p.41-42.

<sup>42</sup> FRANCO, Alberto Silva, Globalização e Criminalidade dos Poderosos. *In*: PODVAL, Roberto (org.). Temas de Direito Penal Econômico. - São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 260.

conceito satisfatório de crime organizado, mas afirma que é possível defini-lhe as principais características:

“1) O alto padrão organizativo; 2) A racionalidade do tipo de empresário da ‘corporação criminoso’, que oferece bens e serviços ilícitos (tais como drogas e prostituição) e vem investindo seus lucros em setores legais da economia; 3) A utilização de métodos violentos com a finalidade de ocupar posições proeminentes ou de ter o monopólio do mercado (obtenção do máximo lucro sem necessidade de realizar grandes investimentos, redução dos custos e controle da mão-de-obra); 4) Valer-se da corrupção da força policial e do Poder Judiciário; 5) Estabelecer relações com o poder político; 6) Utilizar a intimidação e o homicídio, seja para neutralizar a aplicação da lei, seja para obter decisões políticas favoráveis ou para atingir seus objetivos”.<sup>43</sup>

Marcelo Batlouni Mendroni salienta que organização criminosa é uma empresa com o objetivo de praticar as mais diversas formas de crimes<sup>44</sup>, detalhando que as tipicamente brasileiras têm observado os seguintes elementos: a) estrutura hierárquico-piramidal (com chefes, gerentes e aviões); b) divisão direcionada de tarefas; c) membros restritos; d) agentes públicos participantes ou envolvidos (quando não participam efetivamente do grupo, são corrompidos para viabilizar a ação das atividades criminosas); e) orientação para a obtenção de dinheiro e de poder; f) domínio territorial<sup>45</sup>.

Muito semelhantes são as características apontadas por Eduardo Araujo da Silva<sup>46</sup>: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilicitamente; d) alto poder de intimidação; e) conexões locais e internacionais; f) estrutura piramidal; g) relação com a comunidade.

Vale mencionar, ainda, os caracteres fundamentais arrecadados na doutrina por Antonio Scarance Fernandes:

<sup>43</sup> MONTROYA, Daniel Mario. *Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais, autoria mediata, responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas.* - Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Jutis, 2007, p. 67-68.

<sup>44</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.* São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.10.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.13-18.

<sup>46</sup> SILVA, Eduardo Araujo. *Crime Organizado – Procedimento Probatório.* 2ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 15-19.

“.. associação permanente e estável de diversas pessoas; estrutura empresarial, hierarquizada e piramidal, com poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato diretamente com as bases; poder elevado de corrupção; uso de violência e intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colaboração ou o silêncio de pessoas não participantes do núcleo criminoso, finalidade de lucro; uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as vultosas somas obtidas com as práticas delituosas; regionalização ou internacionalização da organização; o uso de modernas tecnologias”<sup>47</sup>.

Interessante notar que os conceitos apresentam estreita semelhança, capaz de delinear os requisitos mínimos de uma organização criminosa.

Ademais, a maioria desses requisitos apresentados pela doutrina estão inclusos no Projeto de Lei 7.223/02, acima mencionado.

Destarte, nessa comparação entre o material legislativo (ainda que numa fase embrionária) e doutrina, a convergência de pontos comuns poderia resultar na tão esperada pacificação conceitual sobre crime organizado, de modo que facilitaria aos operadores do direito o manejo de medidas eficazes de combate a essa nefasta estrutura.

#### **4.4. Direito estrangeiro**

Apesar da constante mutação do crime organizado, em alguns países o combate a essas organizações já colhe significativos frutos, oriundos de políticas públicas que tiveram coragem suficiente para reconhecer o problema e, adiante, buscaram extirpá-lo do cotidiano de seus cidadãos de bem.

É cediço, todavia, que cada nação apresenta formas diversas de criminalidade, de sorte que a concepção de organização delituosa acaba se moldando de acordo com a realidade territorial. Assim, apesar de alguns

---

<sup>47</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). Crime Organizado: Aspectos processuais – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 13.

pontos comuns, o conceito sofre mudanças de acordo com as realidades sociais, políticas, econômicas ou religiosas de cada região.

Diante desse quadro, alguns autores terminam por diferenciar substancialmente “máfia” de “crime organizado”. Enquanto, para outros, as expressões poderiam ser consideradas sinônimas.

A relevância da distinção entre eles, para aqueles que as observam como realidades distintas, residiria na maneira como um governo deveria combatê-las. A “máfia” ostentaria estrutura mais complexa, com lealdade imensurável de muitos de seus membros aos chefes (como se integrassem uma “família”). Ela estaria, ainda, enraizada no seio de algumas comunidades, dificultando sua total dissolução pelo aparato estatal.

Alguns autores ponderam que, observadas as diferentes máfias que o mundo conhece atualmente, alguns aspectos podem ser reputados comuns, o que torna possível enquadrá-los como premissas inerentes a tais grupos.

Mario Daniel Montoya, nesse rumo, ensina que, dentre as máfias conhecidas, os temas característicos podem ser resumidos em sete<sup>48</sup>: a) posição central da família (com a ressalva de que, por exemplo, na sociedade chinesa, a expressão pode abarcar até o povoado natal e o grupo étnico, incluindo consanguíneos e aliados); b) o sentido da honra (regra que constitui sua única lei, *v.g.* verdade e sinceridade dentro do grupo, bem como o silêncio fora dele); c) A cultura da morte (a vida deve ser sacrificada em prol dos interesses da organização); d) A relação com o Estado e com o poder; e) o mito fundante (Como exemplo, sociedade das “Tríadas”, que ostentava tal denominação por conta de seu símbolo, um triângulo equilátero cujos vértices representam os três conceitos da China: céu, terra e homem.); f) a utilização da violência; g) estrutura e organização.

Explicando a relação das máfias com o Estado e poder, o mesmo autor

---

<sup>48</sup> MONTROYA, Mario Daniel. *Máfia e Crime Organizado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2007, p.01-03

defende que, atualmente, algumas máfias têm poder igual ou superior ao de um Estado, elas possuem potencial militar e econômico<sup>49</sup>.

Montoya, prosseguindo o raciocínio, compreende o fenômeno como uma empresa criminosa, que possui fins lucrativos, cujos membros são selecionados por meio de iniciação ou captação, utiliza-se de violência, corrupção e influência para conseguir o silêncio e obediência de todos que lhes interessa. Ainda, na maioria das vezes, possui uma história e uma forte raiz sociocultural local, mas expande suas atividades a outros Estados<sup>50</sup>.

Sem olvidar, Giovanni Falcone, magistrado que ferrenhamente combateu a italiana *Cosa Nostra*, analisando as máfias, concluiu que elas não podem ser classificadas como um antiestado, mas como uma organização que funciona de forma paralela, aproveitando as distorções do desenvolvimento econômico para atuar na ilegalidade<sup>51</sup>.

Da análise das máfias mais conhecidas, verifica-se que possuem como características comuns a rigidez organizacional e uma enorme clandestinidade. Não que a organização e a clandestinidade não sejam também características das organizações criminosas, mas nas máfias apresentam-se em destaque, com grande relevância.

Também a dificuldade de ingresso, a lealdade, a honra, regras de comportamento rígidas, sanções e sistema de punição interna são peculiaridades das organizações mafiosas.

Vale dizer, a distinção apresentada, entre “máfia” e “crime organizado” apresenta relevância quando analisadas algumas organizações criminosas específicas, tal qual a *Cosa Nostra* italiana. Um ex-integrante que resolvesse desvendar os pilares da organização, para que sentisse estímulo a fazê-lo, não poderia ser beneficiado com uma simples redução de pena, mas sim, de garantias de que sua vida seria preservada, incluindo-se mudança de

---

<sup>49</sup> Ibidem, p.2.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>51</sup> Citado por MONTOYA, Mario Daniel, *ibidem*.

identidade, monitoramento constante do Estado, dentre outros.

Não que o delator do crime organizado (entendido como estrutura menos complexa que a máfia) também não devesse ficar receoso por sua vida. Todavia, a organização mafiosa não se contentaria tão somente em desacreditar a testemunha, como regra geral, mas silenciar um desagregado, violador de pactos de honra com o grupo.

A máfia, por certo, apresenta comandos que se afastam de suas próprias finalidades ilícitas, ainda que com ela mantenham relação indireta, regrando todos os aspectos da vida de seus integrantes. Traça, inclusive, regras de conduta a serem adotadas no âmbito familiar.

A despeito dessa distinção, entre “máfia” e “crime organizado”, o certo é que inúmeros países já talharam seus conceitos sobre crime organizado.

Desta feita, no Reino da Espanha, embora a lei processual tenha sido aprovada há bastante tempo, pelo Real Decreto de 14 de setembro de 1882 (denominada *Ley de Enjuiciamiento Criminal*), diversas alterações substanciais foram percebidas, de modo a compatibilizar seus dispositivos com novas exigências legais.

Surgiu, então, a Lei Orgânica 5/1999<sup>52</sup>, que modificou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Adveio, então, o artigo “282 bis”, no título destinado a Polícia Judicial, referindo-se às organizações criminosas através de cinco parágrafos.

O artigo 282 bis, *apartado* 4, apresenta o que se deve entender por organização criminosa, dispõe que para os efeitos do disposto no artigo 282 bis, parágrafo 1º, daquele diploma espanhol<sup>53</sup>, se considera organização criminosa a associação, de três ou mais pessoas, para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham por finalidade a prática de

---

<sup>52</sup> Ley Orgánica 5/1999, de 13 de janeiro.

<sup>53</sup> A análise do artigo 282 bis, parágrafo 1º, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, será objeto de estudo no momento oportuno, em capítulo posterior, justamente por se relacionar com a discussão acerca do agente infiltrado. Por ora, interessa apenas o conceito de organização criminosa (*delincuencia organizada*).

determinados delitos: extorsão mediante sequestro<sup>54</sup>, participação na prostituição<sup>55</sup>, crimes contra o patrimônio e ordem socioeconômica, contra a propriedade intelectual e industrial, contra os direitos dos trabalhadores, tráfico de espécies da fauna ou flora ameaçada, tráfico de material nuclear ou radioativo, contra a saúde pública, falsificação de moeda, tráfico e depósito de armas<sup>56</sup>, terrorismo e retirada, da Espanha, de bens que integrem seu patrimônio histórico<sup>57</sup>.

De outro lado, em Portugal, duas leis merecem destaque justamente por trabalharem a ideia de criminalidade por grupos.

O Código Penal português, em seu artigo 299, define o que representaria “associação criminosa”, punindo-se aquele que promove ou funda grupo, organização ou associação cuja finalidade seja a prática de crimes. Note-se que não se exige um número mínimo de pessoas para a configuração do delito. O parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo pune com pena mais severa os chefes ou dirigentes dessa associação criminosa.

Pela regra do artigo 299 do Código Penal, forçoso reconhecer sua proximidade com o nosso artigo 288, que versa sobre quadrilha ou bando, dotado aquele, todavia, de maior especificidade.

Outro diploma significativo naquele país é a Lei 5/2002, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, dentre outros, prevendo um regime especial de coleta de provas. O artigo 1º desta lei estabelece os crimes para os quais se aplica este regime especial, que são: tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de armas, tráfico de influência,

---

<sup>54</sup> O delito de *secuestro de personas*, previsto no artigo 164, do Código Penal da Espanha, diante de seu preceito primário, *El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad*, remete, como paralelo no âmbito brasileiro, ao crime de extorsão mediante sequestro, justamente pela exigência de condição para soltura.

<sup>55</sup> Quanto aos artigos 187 a 189 do Código Penal da Espanha, observa-se o equivalente no Brasil pelos artigos 228 a 230 do Código Penal, e 240 a 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>56</sup> Observar, no Brasil, o Estatuto do Desarmamento.

<sup>57</sup> Artigo 2, parágrafo 1º, “e”, *Ley Organica 12/1995: Cometien delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas los que: (...) Saquen del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.*

corrupção ativa e passiva, peculato, participação econômica em negócios, lavagem de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio, tráfico de menores, falsificação de moeda e outros títulos equiparados.

A leitura da Lei 5/2002, alterada pela Lei 19/08, consoante seu artigo 1º, parágrafo 2º, quando qualquer dos crimes do parágrafo 1º, de “a” a “n”, forem perpetrados de maneira organizada, aplica-se o regime especial de coleta de provas (ressalvando-se que os ilícitos de contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e tráfico de menores e contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda apenas observam o diploma se, exclusivamente, forem praticados por tais grupos).

Já, na República Italiana, vislumbramos os artigos 416 e 416-bis, do respectivo Código Penal, os quais tratam, respectivamente, da associação para delinquir e da associação mafiosa.

Em suma, pela redação conferida ao artigo 416 do Código Penal italiano, quando três ou mais pessoas se associam com a finalidade de cometer vários delitos, aquele que promover ou organizar a associação é punido, por esse simples fato, com a prisão de três a sete anos. De outra via, o simples fato de participar do grupo acarreta pena de um a cinco anos.

De outro lado, o art. 416-bis, do mesmo estatuto repressivo, prevê a participação de pelo menos três pessoas para caracterizar o grupo mafioso, bem como a utilização, por parte dos membros, dentre outros, da intimidação oriunda do vínculo associativo. Reprova-se o intuito de adquirir, de modo direto ou indireto, a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões ou de permissões de serviços públicos, para obter lucro ou vantagem ilícita. Punem-se, também, as ações que visem a obstruir o livre exercício do direito de voto, ou a utilização de intimidação para captar votos para si ou para outrem.

Por conta das menções anteriormente apresentadas, sobre o conceito de

máfia e crime organizado, não restavam dúvidas de que, em vista dos diversos embates entre a justiça italiana e alguns mafiosos, o país adotaria tipo penal específico.

Deve ser lembrado que o sobredito comentário encontra guarida na discussão sobre o próprio conceito de crime organizado, afinal, ele se altera conforme as particularidades percebidas por cada ente soberano.

De outra via, o crime organizado também é alvo de estudos por diversos órgãos ao redor do mundo, o que quase sempre reflete a necessidade da respectiva nação em combater os grupos delituosos.

Assim, de acordo com o “Federal Bureau of Investigation”, mundialmente conhecido por sua sigla (FBI), crime organizado pode ser definido como:

“Qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso da violência, corrupção, fraude ou extorsões e, geralmente, têm significativo impacto sobre os locais e regiões do País onde atuam”.<sup>58</sup>

Já, para a “Interpol”, a definição de organização criminosa pode ser traduzida desta maneira: “*Qualquer grupo que tenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática da corrupção*”.<sup>59</sup>

Lembrando do modelo estadunidense, importante salientar que alguns estados federados (dada a autonomia entre os entes que, por lá, ostenta feições significativas), adotaram suas providências no combate ao crime organizado.

De exemplo, o estado da Califórnia tentou compreender o fenômeno das organizações criminosas e caracterizou-as da seguinte maneira:

“Consiste em duas ou mais pessoas que com continuidade de

---

<sup>58</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.6.

<sup>59</sup> Ibidem.

propósitos, se engajam em uma ou mais das seguintes atividades: 1- Provimento de coisas e serviços ilegais, vícios, usura 2- Crimes predatórios como furtos e roubos; diversos tipos distintos de atividades criminosas se enquadram na definição de crime organizado, que podem ser distribuídos em cinco categorias:

1. Extorsões;
2. Operadores de vícios: Indivíduos que operam um negócio contínuo de coisas ou serviços ilegais, como narcóticos, prostituição, usura e jogos de azar;
3. Furtos/Roubos/Receptações/Estelionatos;
4. Gangues: Grupos de indivíduos com interesse comum ou segundo plano de se atarem juntos e se engajarem coletivamente em atividades ilegais para crescer a sua identidade grupal e influência, como gangues de jovens, clubes de motoqueiros fora-da-lei e gangues de presidiários;
5. Terroristas: Grupos de indivíduos que combinam para cometer espetaculares atos criminais, como assassinios e seqüestros de pessoas públicas, para minar confidências públicas em governos estáveis por razões políticas ou para vingar-se de alguma ofensa”<sup>60</sup>.

A União Europeia, em 1997, aprovou o documento Enfopol 161-REV-3 (Diretriz 6204/2/97), no qual descreve onze características para se identificar a existência de uma organização criminosa. São elas: a) colaboração de duas ou mais pessoas; b) permanência da organização; c) cometimento de delitos graves; d) ânimo de lucro; e) distribuição de tarefas; f) controle interno da organização sobre seus membros; g) atividade internacional; h) violência; i) uso de estruturas comerciais ou de negócios; j) branqueamento de capitais; e k) pressão sobre o poder público. As quatro primeiras devem, obrigatoriamente, estarem presentes, sendo que as demais podem variar de acordo com o tipo de organização.

O fato, pois, é que deve haver um conceito mínimo do que seria organização criminosa, ao qual se acrescentariam elementos extras, conforme as realidades de cada país. Nesse raciocínio, eventualmente, se enquadraria a mencionada Convenção de Palermo, que estabeleceu um norte para a unificação das definições.

---

<sup>60</sup> ABADINSKY, Howard. *Organized Crime*, Nelson-Hall Publisher, Chicago, p.2-4 *apud* MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002. p.5.

## **5. AÇÃO CONTROLADA**

### **5.1. Definição**

Um dos mais importantes mecanismos para o combate ao crime organizado é a ação controlada, instituto de grande utilidade para se identificar diversos integrantes de uma organização criminosa.

Embora a “Lei do Crime Organizado” seja de 1995, bem como diversos debates tenham surgido durante o trâmite legislativo, é fato que os brasileiros somente em tempos recentes se acostumaram a lidar com a expressão “ação controlada”, principalmente por conta de casos que obtiveram grande repercussão nacional e, conseqüentemente, destaque na mídia.

Como exemplo, no caso envolvendo a chamada “Operação Satiagraha”, da Polícia Federal, em que o noticiário alardeou cada detalhe possível da persecução penal, houve um tópico da sentença condenatória denominado “ação controlada”<sup>61</sup>, acostado entre as folhas 162 a 179 dos autos. Longe de se analisar a correta aplicação do instituto no caso em apreço, bem como suas minúcias, é forçoso reconhecer que foi trazida à baila forte discussão sobre sua visualização prática, possibilidade de excessos e embaraços percebidos.

Quanto ao seu conceito, o legislador incumbiu-se de elaborar verdadeira interpretação autêntica, ao estabelecer, na Lei 9.034/95 (com alteração do *caput* pela Lei 10.217/01), no inciso II, do artigo 2º, que a ação controlada “...consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento

---

<sup>61</sup> Integra da sentença condenatória, conforme sitio eletrônico da Justiça Federal de São Paulo, referente ao processo 2008.61.81.010136-1, da 6ª Vara Criminal de São Paulo, disponível no endereço: “<http://www.jfsp.gov.br/noticias/2008/dez/081202Satiagraha.pdf>”,

de informações”.

Não custa lembrar, o Projeto de Lei 3.516, de 1989, de autoria de Michel Temer, que deu supedâneo a este diploma. Em seu verdadeiro nascedouro, apresentava definição diversa de ação controlada em seu artigo 7º<sup>62</sup>.

Conforme se verifica no texto efetivamente sancionado, a redação originalmente proposta percebeu significativas alterações. No artigo 2º, inciso II, primitivamente simples, o legislador terminou por definir ação controlada, todavia, sem a pormenorização que se pretendia no artigo 7º, o qual não restou incorporado ao corpo da lei.

Numa apertada síntese, em vez de se aprofundar na descrição das hipóteses de não interdição policial imediata, redigidas no projeto “do transporte, guarda, remessa e entrega de mercadorias, objetos, documentos, valores, moedas nacional e estrangeira, substâncias, materiais e equipamentos”, optou o legislador pela redação “que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada”, em que se inclui, implicitamente, o constante do texto suprimido, não exaurindo, todavia, o campo interpretativo da norma.

Excluiu-se, também, a necessidade de prévia autorização judicial, dando início à discussão acerca da necessidade de decisão judicial para a utilização do instituto<sup>63</sup>.

Por outro lado, além da interpretação autêntica, alguns doutrinadores incumbiram-se de definir o instituto.

---

<sup>62</sup> Art. 7º Sempre que fundados elementos o justifiquem, o juiz poderá autorizar, em decisão motivada, a não interdição policial do transporte, guarda, remessa e entrega de mercadorias, objetos, documentos, valores, moedas nacional e estrangeira, substâncias, materiais e equipamentos, relacionados com a infração penal, antes da apreensão considerada significativa para a repressão ao crime organizado.

§ 1º – As ações controladas serão desenvolvidas no território nacional e em âmbito internacional, desde que previstas em tratados, convenções e atos internacionais.

§ 2º – O resultado da operação será imediatamente relatado em auto circunstanciado ao juiz que a autorizou, para avaliação.

<sup>63</sup> Sobre o tema, remetemos o leitor ao item 3.3.

De modo que Marcelo Batlouni Mendroni salienta, ao abordar a ação controlada, que ela “*Consiste no retardamento e espera do melhor momento para a atuação policial repressiva contra os criminosos integrantes da Organização*”<sup>64</sup>.

Prossegue o autor, mencionando que este instituto concede à Polícia a possibilidade de esperar a melhor oportunidade para agir, do ponto de vista da possibilidade de se obter mais provas sobre o fato investigado. A ação controlada pode ser praticada na forma de flagrante esperado, oportunidade em que a Polícia recebe notícia sobre a futura prática de um crime e aguarda a ação dos criminosos em campanha, mas também pode ocorrer de se seguir, clandestinamente e a distância, os passos dos integrantes da organização criminosa, monitorando toda a ação mediante escuta telefônica ou outros meios investigatórios.

Aqui, embora se mencione o flagrante esperado quando trata da ação controlada, importante notar que significativa parcela da doutrina, tecnicamente, conceitua esta modalidade diferentemente do flagrante esperado<sup>65</sup>.

Já, Geraldo Prado e William Douglas<sup>66</sup> dão conta de que a ação controlada, a rigor, não é meio, mas sim, fonte probatória, que origina provas testemunhais e documentais. Reconhece-se, também, a possível apreensão de coisas factíveis de serem tidas como corpo de delito.

Ou seja, por palavras diversas, enquanto os documentos previstos no artigo 2º, inciso III, da Lei 9.034/95, são, ao menos potencialmente, meios de prova, a ação controlada constitui verdadeira fonte de prova. No mesmo

---

<sup>64</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.63-64.

<sup>65</sup> E, em virtude de pensamentos essencialmente opostos, remetemos o leitor ao item 5.3 deste trabalho, que aborda a diferença entre as várias espécies de flagrante, mormente diferido e esperado.

<sup>66</sup> PRADO, Geraldo & DOUGLAS, William. Comentários à Lei do Crime Organizado. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, p.49-50.

sentido, Vicente Greco Filho classifica a ação controlada como uma estratégia, da qual serão obtidas as provas buscadas<sup>67</sup>.

Prosseguindo, Prado e Douglas<sup>68</sup> definem, em síntese, ação controlada como uma vigilância da polícia sobre a atividade criminosa, que é acompanhada até o momento mais adequado/eficaz do ponto de vista da formação de provas e obtenção de informações. Nesse momento, então, se concretizaria a necessária intervenção estatal.

Note-se que o emprego da ação controlada minimiza os efeitos do segredo, característica comum entre os membros de organizações criminosas, a qual permite chegar-se aos dirigentes desses grupos e outros integrantes que normalmente não participam dos atos de execução das atividades criminosas realizadas<sup>69</sup>.

Outra questão merecedora de destaque versa sobre o instituto da entrega vigiada, com previsão no artigo 33, inciso II, da Lei 10.409/02<sup>70</sup> (revogada lei de entorpecentes), substituída pelo artigo 53 da Lei 11.343/06<sup>71</sup> (diploma vigente no combate às drogas).

---

<sup>67</sup> GRECO FILHO, Vicente. A entrega vigiada e tráfico de pessoas. *In*: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coord). Tráfico de Pessoas. – São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 300-301.

<sup>68</sup> Op. Cit., p. 50.

<sup>69</sup> SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). Crime Organizado: Aspectos processuais – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 44.

<sup>70</sup> Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – (...);

II – a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de, em colaboração ou não com outros países, identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível

<sup>71</sup> Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

(...)

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

Nos dois casos, os artigos de lei contêm um parágrafo único, que disciplina a hipótese. Assim, pela revogada Lei 10.409/02, na hipótese do inciso II, a autorização seria concedida, desde que: a) fossem conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores; b) as autoridades competentes dos países de origem ou de trânsito oferecessem garantia contra a fuga dos suspeitos ou de extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas.

De sua banda, na nova lei, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Aqui, faz-se necessária uma observação. Quando a lei exige o prévio conhecimento dos agentes ou de colaboradores, refere-se a pelo menos um dos envolvidos, pois um dos objetivos deste meio investigatório é exatamente a identificação de outras pessoas que participem da organização criminosa e dos delitos investigados.

Da mesma forma, a necessidade de prévio conhecimento do itinerário deve ser compreendida de forma genérica, admitindo-se a utilização da entrega vigiada com a mera apresentação de indícios de qual será o itinerário, sob pena de se inviabilizar a utilização do instituto.

Note-se que desvendar a identidade dos agentes e colaboradores e o itinerário que seguirá a droga são exatamente os objetivos da ação controlada.

Prosseguindo, o ordenamento pátrio contempla o Decreto nº 3.229, de 29 de outubro de 1999<sup>72</sup>, que promulgou a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos, concluída em Washington, em 14 de novembro

---

<sup>72</sup> O Congresso Nacional aprovou o Ato multilateral por meio do Decreto Legislativo 58, de 18 de agosto de 1999. Ele entrou em vigor, internacionalmente, em 1º de julho de 1998. O Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação à Convenção em 28 de setembro de 1999, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 28 de outubro de 1999, nos termos de seu art. XXV. Tudo, conforme exposto no Decreto 3.229.

de 1997. Esta convenção, em seu artigo primeiro, item sete, traz uma definição de entrega vigiada<sup>73</sup>.

O instrumento também é previsto em dois outros documentos internacionais assinados pelo Brasil: Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 154/91 e pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, que passou a vigorar no Brasil através do Decreto 5.687/06.

Não fosse isso, conforme já exposto no presente trabalho<sup>74</sup>, o Brasil adotou<sup>75</sup> a “Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”, a denominada “Convenção de Palermo”.

A convenção, em seu bojo, ao dispor sobre instrumentos de combate ao crime, tratou de definir em seu artigo segundo, alínea “i”, entrega vigiada<sup>76</sup>. Já no artigo vinte, tratou de norma programática, dispondo que os Estados-parte deveriam esforçar-se para incluir em seus ordenamentos jurídicos nacionais a entrega vigiada.

Pois bem. Não restam dúvidas de que nosso ordenamento contempla a “ação controlada” na Lei 9.034, bem como reconhece a “entrega vigiada” em cinco situações: a) Lei de Drogas; b) Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e

---

<sup>73</sup> Artigo I

Definições

Para efeitos desta Convenção, entender-se-á por:

(...)

7. “Entrega vigiada”: técnica que consiste em deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, com o fim de identificar as pessoas envolvidas no cometimento de delitos mencionados no Artigo IV desta Convenção.

<sup>74</sup> No item 2.1, “Conceito”, na análise de “Organização Criminosa”.

<sup>75</sup> Ver Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, e Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003.

<sup>76</sup> Artigo 2

Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

i) “Entrega vigiada” - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;

outros Materiais Correlatos; c) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; d) Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas; e) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Importante ressaltar a importância dos textos dos tratados internacionais, pois são eles que permitem a utilização da ação controlada em crimes transnacionais, no qual o Brasil seja um dos países pelo qual se desenvolve a atividade criminosa. Nesse caso, não há previsão da não-punição para o delito praticado em território brasileiro, mas apenas se retarda a ação estatal até a conclusão das investigações realizadas em âmbito internacional. Encerrada a investigação, compete ao Brasil requerer a extradição das pessoas envolvidas nos delitos praticados em território brasileiro.

De início, forçoso reconhecer a semelhança entre a “ação controlada” e a “entrega vigiada”, mormente em seus meios e objetivos, dentre os quais se incluem aguardar o momento mais oportuno para concretizar a resposta estatal e identificar o destino do bem e as pessoas envolvidas na prática do crime.

Todavia, cabe indagar a razão pela qual o ordenamento utiliza terminologias distintas. Afinal, se a lei pretendesse tratar entrega vigiada como ação controlada, ou o contrário, teria utilizado as mesmas expressões nos diferentes diplomas.

Outrossim, ação controlada e entrega vigiada teriam naturezas distintas, a despeito de inevitáveis pontos comuns entre suas definições.

No direito francês há diferenciação evidente: na entrega vigiada a mercadoria ilegal é vigiada à distância, enquanto, na ação controlada, utiliza-se de agentes infiltrados na operação<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> GRECO FILHO, Vicente. A entrega vigiada e tráfico de pessoas. *In*: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coord). Tráfico de Pessoas. – São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 295.

Contudo, não parece, todavia, ser esta a leitura mais coerente com o sistema pátrio. Se a distinção fosse proposital, poderia prosperar o entendimento e, conseqüentemente, a diversidade, mas não existem elementos suficientes que deem conta disto.

Vale lembrar, diversas nações ao redor do mundo vêm, há tempos, criando e aperfeiçoando soluções no combate ao crime organizado, as quais implicam expressões gramaticalmente diferenciadas, que versam, todavia, sobre idênticos institutos.

Portanto, a denominação se apresenta questão de somenos, importando, tão somente, a respectiva aplicabilidade.

Exemplificando, uma medida que se apresente eficaz no combate ao tráfico de drogas, transplantada para outra realidade, pode ser válida no trato com a mercancia de armas, ou, ainda, nortear o enfrentamento de toda e qualquer organização criminosa, utilizando-se, para tanto, fórmula genérica.

Destarte, como o Brasil produziu seu próprio material legislativo, inspirado em premissas exteriores, bem como incorporou tratados internacionalmente debatidos e elaborados, não restam dúvidas de que “entrega vigiada” e “ação controlada” podem ser expressões sinônimas ou, ao menos, detentoras de relação umbilical.

Debatendo a pretensa sinonímia tem-se que a colaboração de um criminoso para a atividade estatal, ao permitir atividades preventivas (ao evitar a prática de novos delitos) e repressivas (recolhimento de provas contra os demais co-autores), pode gerar conseqüências diversas conforme o contexto em que os fatos estejam inseridos (redução de pena, perdão judicial, regime inicial menos severo).

Nessa esteira, dependendo de qual foi o crime perpetrado pelo grupo, a colaboração de um dos agentes pode lhe resultar benesses distintas, conforme particularidades vislumbradas nas leis que disciplinam as hipóteses. Inegável,

contudo, que sempre estaremos diante da “delação premiada”, ainda que por outras roupagens.

Em resumo, a “delação premiada” objetiva a colaboração de delinquentes na identificação dos comparsas, mas seu tratamento pelo ordenamento não é uniforme. Em tese, poderia ostentar outras denominações, mas não se perderia a essência do instituto. De igual maneira, “ação controlada” e “entrega vigiada” nutrem a mesma finalidade: retardar a atuação estatal até o momento mais adequado (do ponto de vista probatório), sem olvidar perceptíveis variações entre as leis disciplinadoras.

Dessa forma, ação controlada e entrega vigiada são terminologias diversas que são utilizadas indistintamente, pois possuem o mesmo objetivo: identificar o maior número possível de integrantes de uma organização criminosa.

Rodrigo Carneiro Gomes<sup>78</sup>, ao se debruçar sobre a questão, ponderou que o conceito de ação controlada é mais amplo, pois se aplica a qualquer ação criminosa, enquanto a entrega vigiada é aplicável apenas nos casos de entorpecentes (Convenção de Viena) e armas (Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo). Assim, sustenta que a entrega vigiada é uma modalidade de ação controlada.

Já Flávio Cardoso Pereira<sup>79</sup> sustenta que, apesar da diferenciação acima descrita, a distinção entre os dois não tem qualquer efeito prático, uma vez que existem apenas características doutrinárias que permitiriam a separação dos institutos. Dessa forma, defende que ambos são sinônimos de flagrante retardado, que é meio de investigação usado pela polícia para identificar e prender o maior número de agentes envolvidos no crime.

---

<sup>78</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. Investigação criminal na Convenção de Palermo: instrumentos e limites. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). Limites Constitucionais da Investigação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 375.

<sup>79</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal. Infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). Disponível no Portal Jurídico *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1777, em 13 de maio de 2008. Acesso por: “<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11258>”.

Sem dúvidas, a definição de ação controlada prevista no artigo 2º da Lei 9.034/95 tem aplicação para qualquer atividade praticada pelo crime organizado, restando bem mais ampla do que a redação preliminarmente proposta (consustanciada no artigo 7º do Projeto de Lei 3.516). De outro lado, os textos legais que versam sobre a entrega vigiada são dotados de especificidade, cada qual inserido no contexto do diploma que a preceitua.

Na Argentina o instituto é destinado ao combate ao tráfico de drogas, motivo pelo qual Carlos Enrique Edwards<sup>80</sup> define a entrega vigiada como uma técnica de investigação, consustanciada na permissão de que entorpecentes sejam naturalmente transportados (por qualquer meio) e, assim, possam chegar ao seu destino sem interceptação prematura, a fim de se poder identificar remetente, destinatário e os demais participantes da manobra criminosa.

Edwards lembra-nos que o narcotráfico internacional merece ser entendido como um fenômeno desconhecedor de fronteiras, de sorte que um carregamento de drogas pode circular por dois ou mais países. Assim, ao ser interceptado o envio do entorpecente no país pelo qual circula, sobreleva o risco de não se atingirem os destinatários do carregamento. E, por meio das entregas controladas, não apenas poderão ser identificados e detidos os membros do grupo que transportam a remessa (através de determinado país), mas também os outros integrantes que a recebem, possibilitando desbaratar totalmente a organização<sup>81</sup>.

Antonio Scarance Fernandes, ao detalhar a forma de realização dessa operação, aponta as alternativas que surgem quando da utilização da ação controlada. A primeira é a interdição, em que há interrupção da entrega da coisa. A segunda chama-se substituição, ocasião em que a coisa é substituída por outra, evitando-se, dessa forma, sua perda ou extravio. Por fim, a última

---

<sup>80</sup> EDWARDS, Carlos Enrique. *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada – Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424.* - Buenos Aires: Ad Hoc, 1996. p.107-108.

<sup>81</sup> Ibidem.

modalidade é o acompanhamento, no qual é realizada apenas uma vigilância sobre a atividade criminosa<sup>82</sup>.

Estas possibilidades são descritas no artigo 11, item 3, da “Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas”, assinada na cidade de Viena, em 1988 e incorporada pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991<sup>83</sup>.

Deve-se reconhecer, a partir da análise dessas opções, que, na primeira hipótese, há grande possibilidade de se frustrar a finalidade da operação, pois, quando derem falta da coisa, os integrantes da organização criminosa cessarão imediatamente sua atividade normal, fazendo o possível para não serem identificados, inclusive cessando os contatos e encontros entre eles. Essa alternativa parece-nos mais uma atitude de frustração da operação em face da probabilidade de se perder o objeto vigiado. Assim, para que não exista prejuízo, interrompe-se a operação, apreende-se o objeto e efetua-se a prisão apenas das pessoas que estavam identificadas até aquele momento.

A segunda hipótese, chamada de substituição, se bem feita, traz grande vantagem de afastar o risco da perda do produto criminoso. Nesse caso a substituição, que pode ser total ou parcial, é feita por uma substância similar, que visa a iludir os investigados. Chama-se de “entrega limpa”.

Já a atuação chamada de acompanhamento é a mais comum: a substância vigiada permanece em poder dos criminosos, sendo acompanhada pelas autoridades.

Por fim, não custa lembrar que a ação controlada (flagrante diferido) não pressupõe a existência da infiltração de policiais, embora as ideias se complementem<sup>84</sup>. O agente dessa qualidade, por óbvio, quando inserido no

---

<sup>82</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). Crime Organizado: Aspectos processuais – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 16.

<sup>83</sup> 3. As remessas ilícitas, cuja entrega vigiada tenha sido negociada poderão, com o consentimento das Partes interessadas, ser interceptadas e autorizadas a prosseguir intactas ou tendo sido retirado ou subtraído, total ou parcialmente, os entorpecentes ou substâncias psicotrópicas que continham.

<sup>84</sup> Sobre a ação controlada sem infiltração de agentes, recomendamos a leitura do item 5.3.

seio da organização criminosa, poderá indicar as coordenadas a serem seguidas pelo grupo, facilitando o acompanhamento do ilícito ou, ainda, poderá ele próprio fazer o acompanhamento, repassando as informações obtidas a seus superiores.

Sem prejuízo, a “ação controlada - entrega vigiada” pode muito bem ser desencadeada sem que representantes do Estado se infiltrem no grupo, utilizando-se escutas, campanas ou outros meios.

## **5.2. Direito estrangeiro**

A ação controlada é instrumento de combate à delinquência organizada utilizada em diversos outros países, ante sua capacidade de auxiliar na identificação do maior número possível de integrantes dessas organizações e, até mesmo, auxiliar no conhecimento da estrutura e desmantelamento delas.

Em alguns países o instrumento é destinado apenas ao combate ao tráfico de drogas, enquanto noutros sua utilização é aceita para todos os delitos que envolvam o crime organizado.

Na Argentina esse instrumento recebe a denominação de “entrega vigiada” e está destinada apenas ao combate do tráfico de drogas, dependendo de prévia autorização judicial.

O artigo 33 da Lei 23.737/89 daquele país, incorporado pelo artigo 11 da Lei 24.424/95, prevê, inclusive, a possibilidade de se autorizar a saída do entorpecente do território argentino, desde que haja cooperação do país de destino das drogas. Se possível, deve-se constar na decisão o tipo de droga, sua quantidade e peso.

Na Colômbia a medida vem prevista no Código de Procedimento Penal (Lei 906/2004, artigo 243), podendo ser utilizada para o combate ao transporte de armas, explosivos, munições, moeda falsificada, drogas e, ainda,

quando houver informação prestada por agente infiltrado da existência de atividade criminal contínua, que certamente inclui os delitos praticados por organizações criminosas.

Esse mesmo diploma prevê, ainda, que é possível que a operação seja realizada em conjunto com autoridades de outros países, quando o produto vem de outro país ou tem como destino outra nação. Nesse caso, deve ser solicitada a cooperação judicial de autoridades estrangeiras, como prevê o artigo 485 do Código de Procedimento Penal.

Vale ressaltar o cuidado do legislador colombiano em impedir que o agente infiltrado induza o investigado a cometer o delito, expressando tal impedimento no texto legal.

Por fim, o texto dispõe que, após a conclusão da operação, os resultados devem ser levados à apreciação do juiz de controle de garantias, o qual, em trinta e seis horas, estabelecerá a legalidade formal e material, passando a valer como elemento probatório.

Na Espanha o instituto encontra-se previsto no artigo 263 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, introduzido pela *Ley Orgánica 5 de 13 de janeiro de 1999*, que dispõe que a medida pode ser autorizada pelo juiz, pelo Ministério Público, chefes das unidades orgânicas, centrais ou provinciais, da Polícia Judiciária e os seus comandos superiores. Contudo, caso autorizada por esses últimos, a operação deve ser comunicada imediatamente ao Ministério Público e, se já existir procedimento judicial, ao juiz de instrução competente.

A lei espanhola permite a utilização da entrega vigiada para o combate a diversos tipos de crimes, os quais são comumente praticados por organizações criminosas, como receptação, tráfico de drogas, tráfico de armas e outros.

Interessante observar-se que no último parágrafo do dispositivo em apreço, o legislador permite a interceptação de correspondências suspeitas de

conter entorpecentes, sua abertura e substituição por outro produto, para então segui-la e identificarem-se os destinatários.

Nesse ponto, como há violação do direito de sigilo das correspondências, que é constitucionalmente assegurado, a doutrina espanhola vem entendendo que há necessidade de prévia autorização judicial<sup>85</sup>.

Na Itália a ação controlada é prevista para o combate ao tráfico de drogas (*Decreto Del Presidente Della Repubblica* n° 309/ 1990), extorsão mediante sequestro (Lei n° 82/1991) e extorsão, usura e lavagem de dinheiro (Lei n° 172/1992).

Naquele país o juiz tem o poder de retardar a emissão ou a execução de ordens de sequestro e de prisão. Já a autoridade policial também pode retardar atos de sua atribuição, como a prisão em flagrante e a execução de ordens de prisão, desde que se comunique o Ministério Público, a quem incumbe o estabelecimento de diretrizes para que a Polícia Judiciária empregue a ação controlada<sup>86</sup>.

Em Portugal a ação controlada atualmente está regulada pelo artigo 160-A da Lei n° 144, de 31 de agosto de 1999, introduzido pelo artigo 2º, da Lei n° 104, de 25 de agosto de 2001, que é legislação que trata da cooperação judiciária internacional em matéria penal e, portanto, prevê apenas sua utilização em casos nos quais a investigação criminal passa por Portugal e em algum outro país com o qual ele tenha firmado convenção de cooperação em matéria penal, desde que o crime admita a extradição.

Determina-se, também, a necessidade de imediata intervenção da polícia judiciária quando houver aumento na possibilidade dos autores da

---

<sup>85</sup> COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JOSÉ, Maria Jamile. Crime organizado e terrorismo na Espanha. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). Crime Organizado: Aspectos processuais – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 144-145.

<sup>86</sup> VAGGIONE, Luiz Fernando; MAGALHÃES, Rodrigo Mansour. O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para seu combate. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). Crime Organizado: Aspectos processuais – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 246.

infração escaparem ou de se perder a possibilidade de apreenderem-se as substâncias ou bens vigiados.

Como se verifica, além da previsão em diplomas internacionais, a ação controlada (ou entrega vigiada) vem prevista em diversas legislações estrangeiras, constituindo relevante e difundido instrumento de combate à delinquência.

### **5.3. Controle da investigação**

A demora na efetivação da prisão em flagrante<sup>87</sup> sob o rótulo de ação controlada<sup>88</sup>, inicialmente prevista na Lei 9.034/95, vai muito além de simplesmente livrar o policial do delito de prevaricação (pela não intervenção imediata), mas resguarda todo o seio social, à medida que tem por objetivo final o desmantelamento de organizações criminosas.

Não se concebe que o ordenamento se contente com uma ação precipitada, que coíba a ocorrência de crimes de somenos e identifique apenas alguns integrantes do grupo criminoso, quando a prudência recomenda (e a sociedade reclama) que o Estado atue para extirpar da sociedade a organização criminosa, que, ao agir, perpetra diversas ações delituosas.

Assim, utilizando-se da ação controlada o policial não precisa efetuar o flagrante de inopino (embora esse seja o seu dever). Ele pode, destarte, aguardar o melhor momento para a intervenção estatal, de forma a alcançar o maior número possível de membros de determinada organização criminosa e identificar outras ações delituosas, que antes não haviam sido reveladas.

---

<sup>87</sup> Expressão colocada numa acepção menos técnica, sem entrar na discussão entre flagrante esperado e diferido, objeto do item 5.4 deste trabalho.

<sup>88</sup> Entrega Vigiada e Ação Controlada, a despeito de respeitáveis entendimentos contrários, serão tratadas como expressões sinônimas, conforme explicação contida no item 3.1.

Noutras palavras, ao Estado interessa encontrar aqueles que verdadeiramente comandam a atividade criminosa. Exemplificando, na observância do delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, devem ser perseguidos os “chefes do tráfico”, que detêm a propriedade do entorpecente e que respondem por sua circulação, não somente o popular “aviãozinho” (geralmente um viciado desafortunado que vende drogas para sustentar o próprio vício) ou o pequeno distribuidor.

Todavia, enquanto o mecanismo da ação controlada contempla certo brilhantismo numa leitura teórica, de outro lado, enfrenta problemas relacionados à sua percepção prática.

O primeiro decorre da ineficiência dos agentes envolvidos na operação, em razão da qual, muitas vezes, se esvai não apenas a finalidade de se identificarem outros integrantes da organização criminosa, mas também se perde a oportunidade de efetuar-se a prisão em flagrante dos criminosos vigiados e de se apreenderem os produtos criminosos que traziam com eles.

Nessa hipótese é forçoso reconhecer que a frustração faz parte do risco da utilização desse meio de investigação. Com efeito, o Estado deve-se preparar para diminuir ao mínimo a possibilidade dessa fatídica ocorrência.

Assim, os agentes devem ser bem treinados e a vigilância deve ser feita por mais de uma forma, por mais de uma equipe, a fim de se minimizarem os riscos.

Outro problema, este mais grave, advém da possibilidade de que servidores levianos possam aproveitar-se da espécie para justificar a inércia em determinados casos.

Ilustrando a hipótese, basta imaginar um policial que assiste, silenciosamente, ao intenso comércio de drogas em sua área de atuação. Surpreendido pela inobservância do dever legal (necessidade de realizar o flagrante), poderia alegar que estava se utilizando da ação controlada e que

aguardava o momento mais apropriado (em seu questionável universo valorativo) para realizar a prisão.

Por tais razões, ainda que a ação criminosa já esteja em curso, subsiste a imprescindibilidade de acompanhamento judicial da medida, com intervenção do Ministério Público, tudo para evitar empreitadas inadvertidas por alguns policiais levianos.

Ora, a ação controlada não pode nascer de meras conjecturas ou exacerbado subjetivismo, sob pena de legitimar camufladas desídias ou, pior, conluíus entre policiais e criminosos.

Nesse sentido, Marcelo Mendroni<sup>89</sup> asseverou que é imprescindível a prévia autorização judicial, sob pena de ser ter uma “ação descontrolada”. Assim, é a ordem judicial que deve estabelecer o termo inicial da ação policial. Dessa forma, evita-se o desvirtuamento da utilização da medida por maus policiais, que, por exemplo, ao serem surpreendidos dando proteção a criminosos, visando a isentarem-se de qualquer responsabilidade penal por suas condutas, poderiam alegar que ali se encontravam utilizando-se da ação controlada.

Dessa forma, observada prévia comunicação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, não restariam motivos para duvidar de propositada demora na realização do flagrante, principalmente quando se poderia exigir relatório pormenorizado ao respectivo agente policial e, adiante, questioná-lo sobre toda a diligência.

Ademais, além do controle a ser exercido sobre a atividade policial, a necessidade de autorização judicial decorre da possibilidade de violação a direito fundamental dos investigados. A ação controlada exige um acompanhamento próximo da mercadoria ilícita e das pessoas que a

---

<sup>89</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.65.

conduzem, o que pode, na maioria dos casos, lesar o direito à intimidade daqueles que estão sendo investigados.

Entretanto, deve-se ponderar que, embora a autorização judicial possa traduzir providência óbvia, ou seja, premissa natural da ação controlada, estranhamente o parlamentar não a exigiu de forma expressa na Lei 9.034/95.

Diante de infeliz omissão legislativa, a qual dá margem a entendimentos que desprezavam a intervenção prévia do magistrado, interveio o legislador com a edição da Lei 10.409/02 (diploma elaborado sobre o universo das drogas), fulminando a celeuma ao prever a entrega vigiada e regras para sua percepção.

Nos termos da previsão legal de que se fala, atualmente revogada, estipulou-se a necessidade de autorização judicial, precedida de manifestação do representante do Ministério Público.

Nota-se que o legislador foi além das expectativas inicialmente ponderadas, prescrevendo não apenas a necessidade de decisão proferida pelo magistrado monocrático, mas também, requisitos que deveriam nortear a autorização judicial. Assim, a autorização judicial somente poderia ser concedida se: fosse conhecido o provável itinerário, fossem identificados os agentes do delito e seus colaboradores, se as autoridades dos outros países pelos quais a droga iria transitar oferecessem garantias contra a fuga dos suspeitos e o extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas.

Sobreveio, então, a Lei 11.343/06, diploma que subsiste até os dias atuais no trato com as drogas e crimes relacionados. Felizmente, este novo preceito, em seu artigo 53 “caput”, inciso II, e parágrafo único, repetiu a necessidade de autorização judicial e oitiva do órgão ministerial, indispensáveis ao bom andamento da medida.

Contudo, a nova lei de drogas não repetiu uma das premissas do diploma de 2002 (de que as autoridades competentes dos países de origem ou

de trânsito oferecessem garantias contra a fuga dos suspeitos ou de extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas), embora a doutrina aponte o requisito pela leitura implícita da medida e das disposições trazidas pelos já mencionados tratados internacionais que tratam do tema.

Assim, verifica-se uma evolução do instituto pelo legislativo, desde o seu nascedouro (na Lei 9.034/95) até os dias atuais (ante o novo diploma de drogas), a despeito de aparente diferença terminológica (entrega vigiada – ação controlada).

De qualquer forma, deve-se observar que o ordenamento não pormenoriza a percepção prática da ação controlada. Desse modo, coube à doutrina traçar parâmetros que uniformizem o tratamento conferido pelo Judiciário.

Nesse sentido, Flávio Cardoso Pereira<sup>90</sup> pondera que seria necessária a inclusão de alguns requisitos para perfeita delimitação na utilização do instituto. Por isso, a lei deveria afastar de forma clara a possibilidade de uso da medida sem autorização judicial, exigir um planejamento estratégico anterior e, finalmente, impor um controle da execução da medida, determinando que a autoridade policial informasse diariamente ao Ministério Público o andamento das investigações, evitando-se abusos.

O autor defende, ademais, que antes da concessão da autorização pelo magistrado, deve-se estabelecer um planejamento operacional ente Polícia e Ministério Público, no qual se verificará a necessidade de utilização da medida, relatando-a de forma detalhada para que o juiz possa compreendê-la. Somente dessa forma, poderá o magistrado proferir decisão, com base no princípio da proporcionalidade, considerando sempre a utilização da ação

---

<sup>90</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). Limites Constitucionais da Investigação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

controlada como *ultima ratio*, ante a possibilidade de violação de direitos e garantias individuais dos investigados<sup>91</sup>.

A autorização judicial deve delimitar o tempo de duração da operação ao necessário para a “formação das provas” ou ao “fornecimento de informações”, conforme as expressões constantes do artigo 2º, inciso II, da Lei 9.034/95.

Assim, dentro destes parâmetros e de acordo com o caso concreto, deve o magistrado estabelecer o prazo de duração da medida, podendo, posteriormente, prorrogá-lo, caso comprovada a necessidade.

Entretanto, há quem faça uma análise segmentada do instituto, diferenciando-o em relação ao diploma legal em que ele está inserido. Assim, Vicente Grecco Filho<sup>92</sup> defende que a autorização judicial somente é necessária para as hipóteses de investigação de crimes ligados ao tráfico de drogas, previstos na Lei nº 11.343/06. Já para as investigações de organizações criminosas ela é prescindível, ante a omissão da lei 9.034/95 e a lei nº 10.217/01 que a alterou.

Ainda assim, o autor entende que nas hipóteses da lei nº 11.343/06 a natureza jurídica da autorização judicial é de ser um ato de jurisdição voluntária, pois visa apenas ao controle judicial sobre a atividade policial, não incide, pois, sobre a esfera jurídica de terceiros<sup>93</sup>.

Embora tenhamos adotado o entendimento de que, em nosso ordenamento jurídico, há a exigência de prévia autorização judicial, deve-se ponderar que, em algumas hipóteses, quando a ação criminosa já estiver em curso, o tempo necessário para se obter essa autorização possa prejudicar a operação.

---

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> GRECO FILHO, Vicente. A entrega vigiada e tráfico de pessoas. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coord). Tráfico de Pessoas. – São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 297 ss.

<sup>93</sup> Para Vicente Grecco Filho a utilização da ação controlada não interfere em direitos fundamentais dos investigados.

Assim, por exemplo, quando policiais identificam, ao acaso, um caminhão transportando grande quantidade de drogas, eles, à evidência, colheriam melhores resultados se utilizassem a ação controlada, embora não possuam tempo suficiente para obter uma autorização judicial. Por este motivo, Antonio Scarance Fernandes defende a possibilidade de, em casos de urgência, aceite-se uma vigilância inicial da polícia, até que, em seguida, se obtenha a autorização judicial para o prosseguimento da ação controlada<sup>94</sup>.

Para evitarem-se os problemas acima descritos, faz-se necessário que esse pedido seja feito logo em seguida ou concomitante (pela autoridade policial), ainda que verbalmente, utilizando em analogia a previsão contida no artigo 4, § 1º, da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas).

Inquestionavelmente, a ação controlada percebe melhores frutos quando desenvolvida em conjunto com a figura do agente infiltrado.

Contudo, nem sempre ocorrerá a utilização simultânea de tais mecanismos, remanescendo a discussão sobre a percepção isolada da entrega vigiada.

Noutras palavras, subsiste a indagação sobre os meios que alicerçariam a ação controlada enquanto providência autônoma, ou seja, na ausência de servidores enraizados na estrutura delitiva.

Sem dúvida é possível imaginar a utilização da ação controlada sem que haja em curso uma infiltração de agentes, quando o acompanhamento puder ser feito de outras formas, como campanas, em que há observação a distância, sem que os investigados percebam.

Marcelo Batlouni Mendroni denominou a hipótese de “investigação monitorada”<sup>95</sup>, mas ao nosso ver sem razão, pois além da questão terminológica nos parecer questão de somenos, a medida permaneceria

---

<sup>94</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). Crime Organizado: Aspectos processuais – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 17.

<sup>95</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.68-69

essencialmente a mesma. O operador do direito deve apenas esclarecer se a desencadearia com ou sem a infiltração de agentes.

Assim, como já mencionado, a ação controlada pode ser percebida isoladamente, não pressupondo a infiltração de agentes para existir. Pode, ainda, ser utilizada em conjunto com outras medidas, como a interceptação telefônica.

O que se pondera, todavia, é a conveniência da utilização conjunta dos mecanismos, aumentando significativamente a probabilidade de êxito na empreitada.

Ou seja, as providências são independentes, embora haja conveniência numa leitura conjunta.

Evidentemente, qualquer outra diligência necessária para a investigação, como a interceptação telefônica, escuta ambiental, violação de domicílio e outras, devem ser precedidas de autorização judicial própria.

Por fim, como bem ponderado por Eduardo Araujo da Silva<sup>96</sup>, os policiais que se utilizam da ação controlada devem ter atenção especial para manterem sempre uma posição passiva, não induzindo os integrantes da ação criminosa a praticarem algum crime e, ainda, não devem praticar atos que violem a intimidade e a vida dos investigados.

#### **5.4. Flagrante diferido e flagrante esperado**

A análise do instituto da ação controlada está diretamente ligada à prisão em flagrante, pois com a utilização desse mecanismo de investigação, prorroga-se a realização da prisão.

Sabe-se que, regra geral, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, o policial que deparar com qualquer das situações de

---

<sup>96</sup> Op. Cit., p. 84.

flagrante descritas no artigo 302 do mesmo diploma, deve prender imediatamente o autor do crime.

A exceção é exatamente a ação controlada, na qual a prisão em flagrante é prorrogada para momento posterior, mais oportuno à colheita de provas.

A prisão em flagrante é uma espécie de prisão provisória, consistente numa medida cerceadora da liberdade de locomoção, autodefesa da sociedade e a única hipótese em que é executada independentemente de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Inicialmente, não se pode negar que a prisão em flagrante ostenta diversas funções, dentre elas, evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de provas, além de impedir a consumação (ou o exaurimento) do delito<sup>97</sup>.

Sobre o conceito dessa espécie carcerária, Julio Fabbrini Mirabete<sup>98</sup> explicou que o termo “flagrante” deriva do latim *flagare*, *flagrans* e *flagrantis*, que significa o que é acalorado, evidente, notório, visível ou manifesto. Juridicamente, flagrante é a qualidade do delito que está acontecendo, que permite identificar-se e prender-se seu autor independentemente de mandado de prisão. Segundo ele, a prisão em flagrante define-se como uma forma de autodefesa da sociedade, decorrente da necessidade social de se fazer cessar imediatamente a prática do crime e, ainda, como uma forma acautelatória da prova da autoria e materialidade do delito.

A prisão em flagrante ostenta natureza jurídica de ato administrativo, ainda que exercida facultativamente pelo particular, como admite a lei.

De maneira inquestionável, a flagrância, quando processualmente imaculada, torna tormentosa a defesa do acusado que, em vista da pronta intervenção estatal, dificilmente consegue afastar a autoria do injusto.

---

<sup>97</sup> Ressalvando-se, na hipótese de impedir a consumação do delito, a observância da ação controlada.

<sup>98</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 16. ed. rev. e atual. - São Paulo: editora Atlas, 2004, p.401-402.

Por conta das espécies de flagrante, podemos denominá-lo “próprio”, “impróprio”, “presumido”, “preparado”, “esperado”, “diferido”, “compulsório” e “facultativo”.

Diz-se próprio o flagrante em que o agente é surpreendido no momento em que está cometendo a infração penal (artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal) ou, ainda, quando acaba de praticá-la (artigo 302, inciso II, do Código de Processo Penal). Essas hipóteses, doutrinariamente, também são conhecidas por flagrante real ou propriamente dito.

Importante ressaltar que alguns juristas questionam a inclusão do artigo 302, inciso II, do Código de Processo Penal, no conceito de flagrante próprio, pois o criminoso já esgotou todo o seu potencial lesivo. Ele pode ser preso, todavia, por ainda permanecer no local do delito ou diante de circunstância indicativa da autoria.

De acordo com o raciocínio, a hipótese retrataria, em verdade, mera presunção, por conta do agente não ter sido surpreendido enquanto efetivamente praticava o crime, mas num momento fático diverso, posterior, ainda que imediatamente após. Enquadrar-se-ia melhor na “quase-flagrância” (mesma seara da próxima modalidade, prevista pelo artigo 302, inciso III, do Código de Processo Penal). Na defesa dessa tese, exemplificam que o acusado poderia ter apanhado a arma depois do delito praticado por outrem, ou a roupa ter sido manchada pelo sangue da vítima na tentativa de socorrê-la.

Entretanto, a despeito dos respeitáveis argumentos em sentido contrário, subsiste a concepção de que, ao ser surpreendido depois da prática do crime (respeitadas as circunstâncias do caso concreto), autoriza-se a prisão do agente na modalidade flagrante próprio.

De via diversa, flagrante impróprio ou quase-flagrante, retratado no artigo 302, inciso III, do Código de Processo Penal, se verifica quando o agente é perseguido, logo após o crime, pela autoridade, ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir que ele seja o autor da infração.

Ainda no mesmo artigo 302 do Código de Processo Penal, o inciso IV prevê a figura do flagrante presumido, que ocorre quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que o façam presumir autor da infração.

Discussão existe, vale lembrar, por conta das expressões “logo após” e “logo depois”, observadas pela lei, respectivamente, nos casos de flagrante impróprio e presumido. Alguns afirmam que se trata de locuções sinônimas, enquanto outros, fundamentadamente, apontam diferenças.

Fernando da Costa Tourinho Filho anotou que as duas expressões possuem o mesmo sentido, mas reconheceu que elas são expressões um tanto vagas, que permitem uma interpretação mais flexível<sup>99</sup>.

A despeito dos diferentes posicionamentos, indubitável que as expressões devem ser analisadas com a prudência devida, numa margem temporal razoável, evitando-se arbitrariedades. Parece correta, todavia, a interpretação que as trata de maneira uniforme.

Dessa forma, a prisão deve se concretizar num lapso condizente com a presunção de autoria. Afinal, quanto mais distante cronologicamente o crime, maiores as chances de o criminoso ter-se despojado de tudo que o ligava ao ato espúrio.

Por seu turno, qualquer do povo poderá prender alguém em flagrante, nos termos do artigo 301, primeira parte, do Código de Processo Penal, no que se denomina flagrante facultativo. Como já mencionado, as autoridades policiais e seus agentes não somente poderão, mas sim, deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, pela leitura do artigo 301, *in fine*, do Código de Processo Penal, hipótese intitulada flagrante compulsório.

Surgem, pois, mais três espécies de flagrante, quais sejam, preparado, esperado e diferido.

---

<sup>99</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal, 28ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 48.

No flagrante preparado, também chamado provocado, o agente é induzido a praticar um crime que, por conta da ação anterior da vítima ou agente público, nunca poderá ser consumado.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, editou súmula de entendimento, sob o número 145, no sentido de que: “Não há crime, quando a preparação do flagrante torna impossível a sua consumação”.

Assim, após provocar outrem a praticar o crime, o agente toma todas as providências necessárias para prendê-lo em flagrante durante a execução, tornando impossível a consumação.

O flagrante preparado, também conhecido por delito de ensaio ou de experiência, resta compreendido no conceito de crime impossível (que engloba a ineficácia absoluta do meio e a impropriedade absoluta do objeto material).

Diferentemente, no flagrante esperado não há qualquer instigação para outrem praticar o crime, inexistente, portanto, interferência externa. Vale dizer, a decisão de praticar o ilícito é tomada pelo próprio criminoso, enquanto o aparato estatal apenas aguarda a efetivação de sua deliberação interna para surpreendê-lo.

O flagrante esperado evita que o delinquente seja surpreendido prematuramente, enquanto empreende somente atos preparatórios, geralmente atípicos. Espera-se, conscientemente, o início de execução ou a consumação do crime, quando será possível vislumbrar a situação de flagrante.

Situação diversa ocorre no flagrante prorrogado ou retardado, quando o crime já foi praticado, todavia, não há repentina repressão. Sem prejuízo, a inércia inicial se justifica pela possibilidade de surpreender outros membros da empreitada criminosa, gerando maior efetividade da atuação policial.

Como exemplo das últimas espécies discutidas, podemos lembrar de situação extremamente corriqueira nos dias atuais, por exemplo, daquele criminoso surpreendido vendendo drogas. Por certo, conforme as

circunstâncias, podem surgir três hipóteses essencialmente distintas:

a) O autuado não queria negociar drogas, trazia consigo apenas para seu uso, mas acabou cedendo diante da insistência do policial em adquiri-las. Trata-se de flagrante preparado quanto ao crime de tráfico, afinal, ele apenas foi perpetrado pela instigação do agente público;

b) A polícia descobriu, de antemão, que o criminoso iria entregar certa droga em determinado endereço, para consumo de terceiros. Por isso, espera o traficante chegar ao local combinado e, percebendo que ele traz consigo a substância, efetua a prisão. Aqui, a hipótese é de flagrante esperado;

c) Há notícias de que certo delinquente faça parte de grupo organizado para o tráfico de drogas, participando unicamente como “aviãozinho”. Embora a polícia o surpreenda vendendo drogas, deixa de capturá-lo imediatamente (embora crime já tenha se consumado) para verificar o local para onde o dinheiro é levado. Lá chegando, poderá encontrar depósito de substâncias ilícitas, além dos demais membros da organização, hipótese em que a atividade estatal terá colhido frutos bem mais significativos. Aqui, pois, reside o flagrante retardado.

A diferença primordial entre flagrante esperado e retardado reside, portanto, no momento em que a prisão é levada a efeito. Enquanto no primeiro a consumação é o ponto derradeiro para a intervenção policial, no outro se prorroga esse instante, estendendo-se a vigilância para depois do crime, objetivando, assim, a captura de maior número de pessoas ou apreensão de coisas.

Retornando ao último exemplo, caso a polícia sempre prendesse o “aviãozinho”, jamais chegaria ao coração da cadeia criminosa. Isso porque o simples vendedor dificilmente entregaria seus comandantes, aqueles que efetivamente detêm o controle sobre o comércio de ilícitos, produzindo, distribuindo e lucrando com as drogas.

Sustenta-se que flagrante retardado, ou diferido e a ação controlada –

entrega vigiada sejam sinônimos.

Nesse raciocínio, seria possível o flagrante diferido apenas quando a lei o permitisse, nas hipóteses da ação controlada e entrega vigiada, reconhecendo-se, assim, seu caráter excepcional. Nada mais correto, com respeito aos que pensam de maneira diversa, já que a regra determina a intervenção estatal imediata, ou seja, a pronta captura daquele que praticou um crime.

Oportuno mencionar, pelo entendimento de que as expressões “ação controlada”, “entrega vigiada” e “flagrante diferido” seriam idênticas, não se inclui o previsto na “Lei de Lavagem de Dinheiro”.

Mormente porque embora o artigo 4º, §4º, da Lei 9.613/98, prescreva que “A ordem de prisão de pessoas ou da apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores, poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata pode comprometer as investigações”, a medida, nos termos do *caput*, somente teria supedâneo no curso de ação ou inquérito policial, quando não mais haveria espaço para o flagrante.

Portanto, mesmo que o disposto na legislação contra a lavagem de dinheiro tenha a mesma finalidade dos demais institutos, ou seja, precipuamente aguardar o melhor momento para a intervenção estatal, as espécies ostentariam naturezas distintas.

Nesse caso, quando a lei menciona “ordem de prisão”, pressupõem-se outras espécies de prisão, que não a em flagrante.

Contudo, embora instituto diverso, se trata de outro mecanismo para assegurar maior efetividade no combate ao crime e, por consequência, merece ser amplamente discutido e aplicado.

## **6. INFILTRAÇÃO DE AGENTES**

### **6.1. Conceito**

Conceituar agente infiltrado, sem quaisquer dúvidas, consubstancia-se numa árdua tarefa aos operadores do direito pátrio, seja por tratar-se de figura bem recente em nosso ordenamento, seja pela escassez de material legislativo disciplinando o tema.

Por certo, na primitiva redação da Lei 9.034, constante no Diário Oficial de 04 de maio de 1995<sup>100</sup>, inexistia qualquer referência sobre infiltração de agentes no crime organizado, subsistindo, naquela época, discussão teórica baseada em experiências estrangeiras.

Basta observar que, no Brasil, enquanto o deputado federal Michel Temer apresentava o Projeto de Lei 3.516, em 24 de agosto de 1989<sup>101</sup>, noutra realidade, em Portugal, seis anos antes, o Decreto-Lei nº 430/83 já disciplinava este importante instrumento de combate à criminalidade.

Cumprir ponderar que, embora a figura do agente infiltrado estivesse contemplada no Projeto de Lei em testilha, não foi mantida a previsão quando o diploma entrou em vigor.

Na oportunidade, o Presidente da República optou por vetar o inciso I, do artigo 2º<sup>102</sup>, dando conta de que seu teor, em tese, afrontaria o interesse público. Nesse raciocínio, a Mensagem nº483, incluindo em seu bojo as razões do Ministério da Justiça sobre o assunto, assinalava que o dispositivo

---

<sup>100</sup> p. 6241

<sup>101</sup> Conforme noticiado pelo “Diário do Congresso Nacional”, Seção I, de 25 de agosto de 1989, p.8555, que deu origem à Lei 9.034/95.

<sup>102</sup> Artigo 2º – Em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I – infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no art.288 do Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade;

contrariava o interesse público, pois permitia que um agente policial, independentemente de autorização judicial, se infiltrasse em quadrilhas ou bandos. Lembrou a mensagem de veto que a redação do projeto original, criado na Comissão de Constituição e Justiça e Redação, condicionava a infiltração à prévia obtenção de autorização judicial<sup>103</sup>.

Convém salientar, o dispositivo vetado teve sua redação alterada durante a tramitação do processo legislativo. Desse modo, é importante lembrar a diferença entre o texto originalmente proposto e aquele enviado para sanção. No projeto original, o artigo 8º exigia: a solicitação feita pela autoridade policial, a análise da imprescindibilidade da medida, decisão judicial e ciência do Ministério Público<sup>104</sup>.

Em apertada síntese, o veto presidencial repelia a desnecessidade de autorização judicial, no que, eventualmente, diversas arbitrariedades poderiam ser praticadas.

A ausência de autorização judicial tornaria difícil delimitar até aonde iria o exercício correto das atividades investigatórias e a partir de onde poderia existir uma verdadeira colaboração do agente infiltrado nas atividades delituosas da organização criminosa.

De certo, o texto final daria margem ao inadvertido uso da infiltração por agentes públicos levianos, hipótese em que, ventilada como plausível na época, desvirtuaria os objetivos primordiais deste instrumento de combate ao crime organizado.

Contudo, alguns anos depois, em 2000, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso divulgou o “Plano Nacional de Segurança Pública”, cujo objetivo era traçar parâmetros mais eficientes para a área.

---

<sup>103</sup> Conforme exposto no sítio eletrônico da Presidência da República Federativa do Brasil, em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/Mensagem\\_Veto/antecedente\\_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/antecedente_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf)

<sup>104</sup> Art. 8º A infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa, para investigação do crime organizado, será solicitada pela autoridade policial ao Juiz competente, que a autorizará desde que haja suficientes indícios da prática ou da tentativa das infrações penais presentes nesta lei e a providência for absolutamente indispensável à apuração ou à assecuração das provas, dando ciência ao Ministério Público.

Naquele momento o país estava sendo atingido por uma onda de violência, principalmente na cidade do Rio de Janeiro, onde o tráfico de drogas gerava consequências devastadoras. Assim, em regime de urgência constitucional, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.275/00<sup>105</sup>.

Dessa maneira, o ordenamento recebeu a Lei 10.217/2001, que incluiu o inciso V, ao artigo 2º, da Lei 9.034/95, o qual trouxe, finalmente, o agente infiltrado ao nosso sistema legislativo.

Pela fria leitura do texto legal, poder-se-ia, num breve resumo, definir agente infiltrado como o membro de grupo policial ou de inteligência que, mediante circunstanciada autorização judicial, termina inserido na estrutura do crime organizado, instante em que passa a ser um de seus integrantes, com o escopo primordial de conhecer-lhe a estrutura, o funcionamento, identificar seus integrantes e reconhecer seus líderes, além, evidentemente, de colher elementos probatórios para futura ação penal.

Ocorre, todavia, que a descrição legal do instituto se apresenta sobremaneira genérica e inviabiliza, por vezes, sua aplicabilidade prática. O legislativo perdeu, com a redação apresentada, ótima oportunidade para disciplinar a atividade do agente infiltrado e, conseqüentemente, dificultou a atuação estatal nesse sentido.

Embora a doutrina venha se preocupando em discutir os limites do agente, estabelecendo-se aspectos norteadores de sua atuação, todo o trabalho investigativo corre o risco de esbarrar na ausência de pormenorização legal, fulminando de nulidade bons trabalhos de infiltração amparados somente em interpretações doutrinárias que, por sua natureza, poderiam ser duramente questionadas nos nossos Tribunais.

Entretanto, a doutrina ainda tenta compreender o verdadeiro alcance da expressão “agente infiltrado” e, ainda, apontar a deficiência de nossa previsão

---

<sup>105</sup> PACHECO, Rafael. Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba: editora Juruá, 2007, p.112-113.

legislativa, na esperança do surgimento de um novo texto legal que pormenorize a utilização desse meio de investigação.

A argentina Claudia Santamaría, ao definir agente infiltrado, asseverou que, naquele país, além do policial, também é possível o uso das forças armadas para a escolha do agente infiltrado. Por lá, nos dizeres da autora, observa-se a finalidade de investigar internamente a organização criminosa, mormente na percepção do cometimento e preparação de ilícitos, informando sobre tais circunstâncias para, conforme o caso, descobrir a empreitada, podendo o agente estatal participar da atividade ilícita e, também, ter preservada sua verdadeira identidade<sup>106</sup>.

Por sua vez, Alberto Silva Franco, ao sintetizar o conceito, define agente infiltrado como “*funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa forma, desmantelá-la*”<sup>107</sup>.

Marcelo Batlouni Mendroni, a seu modo, salienta que a infiltração de agentes:

“Consiste basicamente em permitir a um agente da Polícia ou de serviço de inteligência infiltrar-se no seio da Organização Criminosa, passando a integrá-la como se criminoso fosse, - na verdade como se um novo integrante fosse. Agindo assim, penetrando no organismo e participando das atividades diárias, das conversas, problemas e decisões, como também por vezes de situações concretas, ele passa a ter condições de melhor compreendê-la para melhor combatê-la através do repasse das informações às autoridades”<sup>108</sup>.

Para Soraya Moradillo Pinto:

“A infiltração consiste na introdução de agentes de polícia ou de inteligência no meio da organização sem que sua real atividade seja conhecida, para nela trabalhar e viver temporariamente, como parte

---

<sup>106</sup> SANTAMARIA, Claudia B Moscato de. *El agente encubierto*, Buenos Aires: La Ley, 2000, p.1 *apud* PACHECO, Rafael. Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba: editora Juruá, 2007, p.108.

<sup>107</sup> FRANCO, Alberto Silva. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7ª edição ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p.584.

<sup>108</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Agentes infiltrados x ação criminosa*. Portal Âmbito Jurídico, 31 de janeiro de 2006. Disponível no sitio eletrônico: “[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=697](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=697)”.

integrante dela, com a finalidade de descobrir a forma como as suas atividades são desenvolvidas, seus pontos vulneráveis, as pessoas que dela fazem parte e os cargos que hierarquicamente ocupam dentro da organização, os seus fornecedores, sua clientela, seus auxiliares com vinculações estatais, seu real poder de comando e de abrangência, seus planos e forma de atuação e execução, captação de documentos e informações, enfim tudo que possa servir para esclarecer as atividades ilegais e obter provas necessárias para o procedimento judiciário”.<sup>109</sup>

Entretanto, como toda inovação legislativa, ainda mais em Processo Penal, o instituto gerou questionamentos de alguns doutrinadores.

Uma das críticas ao mecanismo de infiltração de agentes reside, de maneira significativa, no fato de que a hipótese se consubstanciaria numa medida restritiva de direitos fundamentais, especialmente o direito à intimidade.

Ademais, durante a infiltração, sem conhecer a real identidade do interlocutor, os investigados acabam por fazer confidências ao agente, o que lhe prejudica o direito de defesa, pois tais declarações são realizadas a um agente público e serão utilizadas mais tarde em um processo criminal, sem que lhe tenha sido garantida a possibilidade de ficar em silêncio e não produzir prova contra si<sup>110</sup>.

Também podem ser violados durante a operação o direito à autodeterminação informativa e a inviolabilidade do domicílio, pois muitas vezes o agente ingressa na residência ou local de trabalho do investigado, obtendo autorização mediante fraude.

Como, pois, conciliar a ofensa a tais bens jurídicos, alguns constitucionalmente protegidos, com a necessidade estatal de resguardar a sociedade das indesejadas consequências do crime organizado? Sem dúvidas, a resposta deve caminhar no sentido da possibilidade de infiltração de

---

<sup>109</sup> PINTO, Soraya Moradilli. *Infiltração Policial nas organizações criminosas* – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2007, p. 68.

<sup>110</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado*. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant’ana; SOUZA, Luciano Anderson; SILVA, Luciano Nascimento. *Repressão Penal e Crime Organizado – Os novos rumos da política criminal após o 11 de Setembro*. – São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 249-250.

agentes.

Além das prestações positivas impostas ao Estado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e todos os direitos individuais correlatos a ele, em especial o direito à segurança<sup>111</sup>, é possível encontrar fundamento em tratados internacionais.

Dessa maneira, encontra-se importante norte na “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” ou, simplesmente, “Convênio Europeu de Direitos Humanos”.

Pelo amalhado no tratado a que se reportou, cujo primitivo texto foi lavrado na distante data de 04 de novembro de 1950, em Roma, objetivou-se preservar as garantias de todo e qualquer cidadão, conferindo-lhes um substrato de dignidade. Todavia, o resguardo não se verificou de maneira absoluta, pois houve espaço para que os interesses do Estado, em certos pontos, preponderassem sobre o interesse individual.

Ao presente estudo, interessa-nos o artigo 8º, que trata do direito ao respeito pela vida privada e familiar. O parágrafo segundo desse dispositivo prevê que não pode haver ingerência do Estado no exercício desses direitos, salvo quando tal ingerência estiver prevista em lei e consistir uma providência necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros<sup>112</sup>.

Em suma, se o pacto europeu de direitos humanos, de um lado, preserva a vida privada e familiar (bem como o domicílio e correspondência dos

---

<sup>111</sup> Ver capítulo 1.

<sup>112</sup> Artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

moradores de países signatários); de outro, também admite situações excepcionais que confrontem tais direitos, antevendo a inevitabilidade da intervenção estatal quando estiverem em pauta as hipóteses de interesses públicos acima descritos.

Dessa forma, as opções que autorizam a relativização de tão importantes direitos, aparentemente genéricas, em verdade demonstram que os interesses do corpo social devem prevalecer sobre inadvertidas condutas de seus pares.

Inclusive, seria antagônico conceber Estados reféns dos direitos outorgados aos próprios nacionais, inertes no combate aos nefastos grupos desagregadores e, talvez, totalmente impotentes na busca pela pacificação social. Pior ainda seria admitir que o pretexto de odiosa desídia seja prerrogativa pretensamente inquebrantável, ainda que utilizada por algumas pessoas altamente nocivas ao coletivo.

Nessa esteira, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>113</sup>, ao debater eventual interferência estatal na vida privada, terminou por acatar a possibilidade quando percebidas determinadas situações autorizadoras, mormente o tripé “legalidade – legitimidade do fim – necessidade”<sup>114</sup>.

Portanto, depreende-se que a infiltração de agentes na realidade brasileira é prevista em lei, legítima pelo objetivo perseguido, além de necessária quando a organização criminosa não foi desmantelada por meios convencionais. Portanto, preenche todos os requisitos exigidos pelos diplomas

---

<sup>113</sup> “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem instituído pela Convenção, com as alterações do Protocolo n.º 11, é composto por um número de juízes igual ao de Estados contratantes (actualmente quarenta e um). Não existe nenhuma restrição quanto ao número de juízes com a mesma nacionalidade. Os juízes são eleitos, por seis anos, pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Contudo, o mandato de metade dos juízes eleitos nas primeiras eleições expira após três anos, de maneira a que a renovação dos mandatos de metade dos juízes se faça de três em três anos. Os juízes exercem as suas funções a título individual e não representam os Estados. Não podem exercer uma actividade incompatível com os seus deveres de independência e imparcialidade ou com a disponibilidade exigida pelo desempenho de funções a tempo inteiro. O mandato termina aos 70 anos de idade”. Texto disponível no sitio eletrônico: “<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>”.

<sup>114</sup> MARTIN, Joaquín Delgado. *El proceso penal ante la criminalidad organizada: el agente encubierto*. Actualidad Penal. Madrid, La Ley, p.10, jan.2001, *apud* PACHECO, Rafael. *Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial*. Curitiba: editora Juruá, 2007, p.112.

legais internacionais que tratam da mesma matéria.

E, diga-se de passagem, a questão não foi trazida de estatutos essencialmente repressivos, mas sim, por tratado continental de direitos humanos.

A hipótese, se compreendida à luz de nosso conjunto legislativo, não seria absurda a leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos nos moldes da realidade europeia, subsidiando, pois, a atuação policial nos grupos criminosos.

Com efeito, o artigo 11 do “Pacto de São José da Costa Rica”, disciplina a proteção da honra e dignidade humana (incluindo a vida privada) e prescreve que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada<sup>115</sup>.

Numa apertada síntese, o tratado de direitos humanos não desautoriza qualquer ingerência na vida privada do cidadão, somente aquela arbitrária (sem fundamento em lei ou regras)<sup>116</sup> ou abusiva (contrária à lei ou prescrições)<sup>117</sup>.

Sem dúvidas, o agente infiltrado ostenta ponderável respaldo legal, apenas excluindo sua aplicabilidade interpretações inadvertidas e despreocupadas com a pacificação social. Deve-se, a todo instante, ressaltar a imprescindibilidade da medida.

---

<sup>115</sup> Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.  
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.  
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

<sup>116</sup> Arbitrário - ar.bi.trá.rio - *adj* (*lat arbitrariu*) 1 Resultante de arbítrio pessoal, ou sem fundamento em lei ou em regras: *Decisão arbitrária*. 2 Que não é permitido. 3 Caprichoso, despótico, discricionário. Extraído do *web site*: “<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=arbitrario>”, referente ao “Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa”

<sup>117</sup> Abusivo - a.bu.si.vo - *adj* (*lat abusivu*) 1 Praticado ou introduzido por abuso. 2 Impróprio, inconveniente. 3 Contrário às leis, às prescrições. Extraído do *site*: “Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa”, endereço: “<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=abusivo>”.

Ora, como recorda Marcelo Mendroni<sup>118</sup>, são inúmeras as vantagens decorrentes do correto emprego da infiltração de agentes, como o esclarecimento da autoria de crimes, do *modus operandi* das organizações criminosas, identificação dos líderes e “testas de ferro”, recuperação de bens, identificação de agentes públicos e empresas envolvidas nas atividades criminosas, dentre outras.

Questionar a infiltração pela possibilidade de o agente praticar crimes, por si só, não se apresenta como argumento suficiente a desautorizá-la. Desde que dentro de premissas aceitáveis, reconhecem-se várias posições sobre a excludente da responsabilidade penal<sup>119</sup>, devendo, pois, sobressair a defesa dos princípios constitucionais prevalentes.

Por derradeiro, o Princípio da Proporcionalidade Constitucional, ou *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, consagrado pela doutrina alemã, nos ensina que o conflito aparente de normas constitucionais deve ser solucionado pela escolha daquela de maior peso. E, nessa esteira, o direito à intimidade ou à vida privada não pode prevalecer sobre o de toda a coletividade, absurdamente concebendo que este seja refém daquele.

A teoria da proporcionalidade, também chamada de princípio da proporcionalidade, tem sua origem no Direito Administrativo e decorre do princípio da legalidade. Suzana de Toledo Barros<sup>120</sup>, citando Lopes Gonzalez, lembra que a partir da década de setenta do último século, a jurisprudência francesa consagrou a necessidade de ponderação, diante do caso concreto, das medidas limitativas de direito em face dos interesses enfrentados. Dever-se-ia utilizar a técnica da ponderação do custo-benefício.

---

<sup>118</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Agentes infiltrados x ação criminosa*, Portal Jurídico Âmbito Jurídico, Rio Grande, 31/01/2006, disponível no endereço eletrônico “[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=697](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=697)”.

<sup>119</sup> Remetemos o leitor ao item específico, neste capítulo.

<sup>120</sup> BARROS, Suzana de Toledo - O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 44.

Contudo, após a 2ª Guerra Mundial, foi na Alemanha que o princípio da proporcionalidade ganhou seu contorno atual e foi alçado do Direito Administrativo para o Direito Constitucional.

Os direitos humanos fundamentais inseridos na Constituição Federal formam um sistema de direitos e garantias e, dentro desse sistema, os direitos e garantias vigoram em harmonia, encontram seus limites um em relação aos outros.

Se houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias, compete ao intérprete procurar harmonizá-los, de forma a encontrar uma solução para o caso concreto. Não se pode aceitar a existência de conflitos insolúveis entre normas constitucionais.

O princípio da proporcionalidade serve para solucionar esses conflitos, sopesando os valores a fim de determinar qual deve prevalecer diante de um caso concreto.

A Constituição Federal não reconhece nenhum direito absoluto, pois por mais relevante que seja um determinado direito, ele sempre encontrará limites em outro mais importante ou de igual valia.

A aplicação da teoria da proporcionalidade é forma de interpretação do texto constitucional, na qual se busca o verdadeiro significado da norma e a harmonia das normas constitucionais, baseando-se no princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm conferido à proporcionalidade o *status* de princípio constitucional, extraído de outros direitos garantidos pela Constituição, como a liberdade, a justiça, a personalidade e outros. Antonio Scarance Fernandes entende que: “o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito”<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pg 56.

Daí decorre o fundamento que garante a aplicabilidade do agente infiltrado em nosso ordenamento jurídico, pois as conseqüentes violações aos direitos individuais dos investigados justificam-se para a proteção de outros direitos que interessam a toda a sociedade.

Superada a questão da constitucionalidade, resta-nos analisar, ainda, a existência de um obstáculo ético-social da utilização desse meio investigatório.

A primeira resistência que infiltração de agentes enfrenta é o princípio de que o Estado não pode ser partícipe ou co-autor de crimes. O Estado impõe as regras de convívio social, estabelecendo a ética como um dos objetivos a serem alcançados, razão pela qual não se pode admitir que o próprio Estado aja de forma distinta.

Ainda, os cidadãos não estão dispostos a ver o dinheiro proveniente de seus impostos ser investido em técnicas de investigação que não passem de uma encenação de um delito, não alcançando o objetivo de livrá-los do flagelo a que estão expostos devido ao crime organizado.

Eduardo Araujo da Silva<sup>122</sup>, citando Juan José López Ortega, aponta que a infiltração de agentes apresenta três características básicas: a dissimulação, que é o ocultamento do agente infiltrado de sua condição de agente estatal e de suas reais intenções; o engano, pois há uma encenação que permite ao agente obter a confiança do investigado; e a interação, pois agente e investigado passam a ter uma relação direta e pessoal.

Impossível não se associar a figura do agente infiltrado aos serviços secretos e seus espíões, comuns na política internacional.

Superada a questão do chamado “agente provocador”, que será analisada mais adiante, não merece prosperar qualquer crítica de natureza ética a esse tipo de investigação.

A prudente atuação do agente infiltrado em nada altera os

---

<sup>122</sup> Op. Cit., p. 21.

acontecimentos, os planos da organização criminosa. Sua atuação, em regra, é passiva. Mesmo quando compelido a atuar para garantir seu disfarce, essa ação seria consequência da atuação daquela organização, o que ocorreria com ou sem a intervenção do agente estatal.

Vale lembrar que a atuação do agente infiltrado é controlada, seus limites são pré-estabelecidos, é imprescindível para que se conheça a intimidade da organização criminosa e seus integrantes e, ainda, sua presença é capaz de evitar inúmeros delitos, às vezes, mesmo sem revelar sua identidade.

Por fim, alcançado o objetivo e desmantelada a organização criminosa, todo o investimento na operação é recompensado pela paz pública gerada com o fim da entidade criminosa e a punição de seus integrantes pelos crimes praticados.

Assim, colocando-se na balança os dois valores, deve prevalecer o interesse público em ver extirpada da sociedade a organização criminosa que se pretende combater com a medida. Trata-se, pois, de medida de política criminal.

## **6.2. Direito estrangeiro**

A figura do agente infiltrado ostenta diversas leituras ao redor do mundo, cada qual com suas perspectivas e particularidades, fato que demonstra a diuturna preocupação em frear a atuação do crime organizado.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, diploma adotado em Nova Iorque no ano de 2000, contemplou expressamente o objeto desse estudo, confirmando, ao seu modo, a importância da infiltração de agentes no combate à criminalidade.

Dessa forma, cada Estado Parte ostenta a prerrogativa de disciplinar a

matéria, em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional. Adiante, no que toca à formação e assistência técnica dos servidores estatais, denota-se a preocupação em capacitá-los prévia e adequadamente, mediante programas de formação específicos ao bom uso de diferentes instrumentos e técnicas (incluindo-se, aqui, o infiltrado).

Como já mencionado, no Brasil, o Decreto 5.015, de 12 de março de 2004 introduziu em nosso ordenamento o tratado, conhecido também como Convenção de Palermo.

Inquestionável, pois, a preocupação da comunidade internacional em estabelecer premissas no trato com a delinquência organizada, ressaltando-se a pertinência da infiltração de agentes.

Para ilustrar a eficácia da medida, convém apresentar um fato que tomou o noticiário global. Trata-se do episódio envolvendo a política Ingrid Betancourt, recentemente socorrida pelas forças estatais colombianas e que, durante anos, teve sua liberdade tolhida pelo grupo guerrilheiro “Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia”, popularmente conhecida como “FARC”.

Nos dizeres do periódico português “Açoriano Oriental”, numa matéria publicada na seção “internacional”, de 03 de julho de 2008, a operação apenas logrou êxito em virtude de agentes terem se infiltrado na guerrilha, os quais atuaram decisivamente no momento em que o resgate iria ser levado a efeito<sup>123</sup>.

No mesmo sentido, o jornal “O Estado de São Paulo”, por notícia da BBC Brasil, deu conta de que a infiltração de agentes foi providencial ao deslinde da operação, ponderando, já no título da reportagem, que “*Infiltração nas Farc permitiu resgate, diz analista – Operação de inteligência do Exército colombiano começou anos atrás, diz ex-guerrilheiro.*” Logo, em seu

---

<sup>123</sup> Operação de resgate começou com infiltração nas FARC, *In*: Portal “Açoriano Oriental Online”, 03 de julho de 2008, através do endereço eletrônico: “<http://www.acorianooriental.pt/noticias/view/172619>”.

bojo, a matéria esclarece que o processo de infiltração se deu entre os guerrilheiros mais jovens, que ingressaram em um momento de expansão do exército revolucionário<sup>124</sup>.

Além desse antecedente fático, que fornece uma visão genérica do instituto e seus possíveis reflexos práticos, torna-se importante analisar a maneira como determinados países trataram a espécie, no que será possível, diante da ausência de pormenorização legal no Brasil, melhor compreender os desdobramentos percebidos no deslinde das operações.

Há de se reconhecer que algumas nações priorizam o mecanismo de infiltração no trato com o tráfico de drogas, enquanto noutras, há sua observância prática para os mais diversos delitos. Esta última hipótese nos parece mais correta, porquanto a criminalidade organizada observa diversos tentáculos e, hodiernamente, seus membros não se restringem a perpetrar somente determinado ilícito, ao perseguir todo dividendo que qualquer atividade escusa pode proporcionar.

Em relação à notícia acima, a lei colombiana, mais especificamente a Lei n° 906, de 31 de agosto de 2004, que criou o *Código de Procedimiento Penal* colombiano, em seus artigos 241 e 242 dispõe sobre a infiltração de agentes em organizações criminosas.

Interessante notar que a lei colombiana exige uma prévia análise da organização criminosa antes que seja autorizada a infiltração. Também, o agente infiltrado pode ser um funcionário da polícia judicial ou um particular, sendo que a operação pode perdurar por no máximo um ano, prorrogável por mais um ano, mediante devida justificção.

Por seu turno, a França contemplou o agente infiltrado em situações pontuais, destacando-se o artigo 706-32, do Código de Processo Penal,

---

<sup>124</sup> Infiltração nas Farc permitiu resgate, diz analista – Operação de inteligência do Exército colombiano começou anos atrás, diz ex-guerrilheiro. *In*: “O Estado de São Paulo”, edição *online*, 02 de julho de 2008, seção “Geral”, disponível em: “<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,infiltracao-nas-farc-permitiu-resgate-diz-analista,199635,0.htm>”

voltado ao universo das drogas.

Em pequena síntese, o dispositivo dá conta de que, sem prejuízo das disposições dos artigos 706-81 a 706-87 do mesmo diploma<sup>125</sup> e, para constatar infrações (de aquisição, oferta ou cessão de drogas mencionados nos artigos 222-37 e 222-39, do Código Penal), identificar os autores e cúmplices, bem como efetuar as sanções previstas, os oficiais de polícia judiciária e, sob sua autoridade, os agentes de polícia judiciária podem (com autorização e comunicação às autoridades – mencionando-se Procurador da República, Juiz de Instrução e Ministério Público) adquirir entorpecentes sem serem responsabilizados penalmente.

Adiante, em vista da aquisição de tais produtos, disponibilizar-se-á para as pessoas envolvidas nesses crimes, nos termos anteriormente ponderados, meios de caráter jurídico ou financeiro, bem como de transporte, depósito, acomodação, armazenamento e telecomunicação.

Ademais, na esteira dos artigos 706-81 a 706-87, incluídos na seção “*De l'infiltration*”, referidos no artigo 706-32, todos do Código de Processo Penal da França, denota-se que o tema foi esmiuçado.

Preambularmente, o artigo 706-81 pondera que, se as necessidades do procedimento criminal exigirem uma operação de infiltração, desde que de maneira justificada, tal pode ser autorizada dentre os crimes previstos no artigo 706-73<sup>126</sup>.

Por sua vez, o artigo 706-82 retira a responsabilidade penal dos agentes infiltrados, prescrevendo atos previamente abarcados pela excludente.

Contudo, a proteção ao agente infiltrado encontra melhor guarida no preceito adiante, especificamente o artigo 706-84, que dá conta de que a

---

<sup>125</sup> Adiante analisados.

<sup>126</sup> Alguns exemplos: *crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du code penal* (homicídio praticado por grupo organizado); *crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code penal* (crime de tortura e atos de barbárie cometidos pelo crime organizado); *crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-5 du code pénal* (crimes e delitos que constituam atos de terrorismo); etc.

verdadeira identidade do agente infiltrado não pode ser revelada. Ademais, define como crime a violação do sigilo por outrem, cominando penas que aumentam significativamente nos casos de violência, lesão ou morte de cônjuge, filhos e ascendentes do servidor.

Em suma, além de considerável multa, aquele que inadvertidamente revelar a qualificação do agente francês, por si só, pode perceber uma prisão de cinco anos. Na hipótese de sua conduta ocasionar atos violentos contra o infiltrado ou familiares (cônjuge, filhos e ascendentes), o lapso carcerário passa a ser de sete anos. Já, sobrevivendo a morte de qualquer destes, a segregação do delator alcança dez anos.

Ainda, o artigo 706-86 dispõe sobre a utilização, como elemento de prova, do quanto apurado pelo infiltrado em seu labor, ressaltando, até de maneira repetida no contexto, que deve ser preservada a sua real qualificação.

Por fim, salienta o artigo 706-87, numa redação ligada ao princípio da presunção de inocência, que nenhuma condenação pode ser baseada exclusivamente nas declarações do agente, urgindo a necessidade de acréscimos ao enredo probatório.

A questão também é abordada pela legislação mexicana, em diploma datado de 1996. Naquele ano, a *Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada*, publicada no Diário Oficial de 07 de novembro, retratava a figura do agente infiltrado no artigo 11 e artigo 11 bis.

Assim, nesse país a repressão à criminalidade organizada deverá perseguir o conhecimento das estruturas da organização, formas de operação e âmbito de atuação, podendo, ainda, ser autorizada a infiltração de agentes. Ademais, a investigação deve observar tanto a conduta da pessoa física (que pertença ao grupo delituoso), quanto da jurídica (utilizada para a prática de crimes).

De maneira oportuna, extremamente valiosa a proteção que o México confere aos reais dados de qualificação de seu agente infiltrado, preservando-

os mesmo durante o processo que se seguir.

Ainda, cumpre ponderar que esse dispositivo foi amplamente discutido pela comunidade forense mexicana. Dentre as diversas questões, vale mencionar artigo lavrado pela Procuradoria Geral da República no México<sup>127</sup>, na qual aquele órgão defende que a infiltração é um meio de investigação eficaz para adentrar nas organizações criminosas e, doravante, conhecer sua essência, notadamente *modus operandi*, composição, estrutura, área de atuação, ou toda informação que se preste ao desmantelamento da organização. Ressalta, por fim, que apenas o Procurador Geral da República mexicano pode autorizá-la, numa fria e coerente leitura do artigo 11.

Prosseguindo no trato de realidades diversas, vale reconhecer os costumeiros elogios destinados à Alemanha pela abordagem do tema, principalmente com as inovações no Código de Processo Penal trazidas pela *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – OrgKG* (legislação especial para combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e outras organizações criminosas), que entrou em vigor na Alemanha em 22 de setembro de 1992, introduziu os artigos 110-a – 110-e no Código de Procedimento Penal.

Mencionados dispositivos, segundo Mário Daniel Montoya, descrevem quais são os requisitos para a utilização do agente infiltrado: 1) atuação somente quando existirem indícios da ocorrência de crimes de tráfico de drogas, ou armas, falsificação de moeda, documentos ou valores, segurança do Estado, ou seja, crime praticado por organização criminosa; 2) atuação somente se outras formas de investigação não prometem êxito (cláusula de

---

<sup>127</sup> Conforme informações do próprio *site* da Procuradoria Geral da República do México, disponível em: “<http://www.pgr.gob.mx/Que%20es%20PGR/presentacion.asp>”, *La Procuraduría General de la República es el órgano del poder Ejecutivo Federal, que se encarga principalmente de investigar y perseguir los delitos del orden federal y cuyo titular es el Procurador General de la República, quien preside al Ministerio Público de la Federación y a sus órganos auxiliares que son la policía investigadora y los peritos*, ou seja, órgão do poder executivo federal, que se encarrega primordialmente de delitos da seara federal, cujo titular é o Procurador Geral da República, que preside o Ministério Público da Federação e seus órgãos auxiliares que são a polícia investigatória e os peritos.

subsidiariedade); 3) dependência de aprovação fiscal e/ou judicial; 4) severo controle do agente encoberto, por parte de um agente da polícia; 5) proibição de cometer atos delitivos.

Além elencar os casos de aplicação da infiltração de agentes, a lei alemã permite a utilização desse meio investigatório em outras situações, nas quais depende de uma análise por parte do juiz diante do caso concreto. Nas hipóteses previstas expressamente na lei a autorização para se utilizar da infiltração de agentes é dada pelo Ministério Público. Ainda há previsão da possibilidade de se utilizarem as informações obtidas em outros casos, como provas emprestadas para a apuração de outros crimes elencados no parágrafo 110, n° 1<sup>128</sup>.

Ao comentar a previsão legal da infiltração de agentes na Alemanha, Ricardo Alves Bento<sup>129</sup> asseverou que os agentes policiais encarregados da infiltração podem se utilizar de identidade falsa, concedida por um tempo determinada e para utilização na missão planejada. Missão esta que deve ter parâmetros previamente estabelecidos, para que não se desvirtue. Ademais, há previsão de prazo certo, o qual pode ser prorrogado de acordo com a necessidade da investigação.

O autor ainda aponta uma característica peculiar desta legislação, que admite que, em caso de perigo na demora e impossibilidade de obtenção de ordem judicial em curto prazo, a infiltração pode ser efetivada por um prazo de três dias, enquanto se obtém a necessária autorização do magistrado. Caso seja negada a autorização ou a decisão não seja proferida dentro deste prazo, a infiltração deve cessar<sup>130</sup>.

Ainda, pertinente a análise da legislação da Espanha, através de sua *Ley*

---

<sup>128</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.84-85.

<sup>129</sup> BENTO, Ricardo Alves, Agente infiltrado – Busca pela legitimação constitucional. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). Limites Constitucionais da Investigação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 351.

<sup>130</sup> Ibidem.

*de Enjuiciamiento Criminal*, que permite a infiltração do agente e, por via de consequência, proteção aos seus verdadeiros dados e exclusão da responsabilidade penal, tudo com estrita observância do princípio da proporcionalidade. Igualmente, o diploma abarca a definição de criminalidade organizada, traçando a atuação do servidor para crimes de maior gravidade.

Observa-se que a legislação espanhola repete o repúdio internacional ao denominado agente provocador, preceituando a isenção de responsabilidade penal do infiltrado desde que seus atos, veementemente, não constituam uma provocação ao delito.

Por sua vez, a Argentina também cuidou de prever o instituto no artigo 31 da Lei 23.737<sup>131</sup>, com redação conferida pela Lei 24.424.

Assim, a infiltração de agentes depende de prévia decisão judicial fundamentada e pode ser utilizada para o combate a organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas. A designação deve ser sigilosa, recair sobre um agente das forças de segurança que voluntariamente se disponha a atuar como agente infiltrado e consignará o seu nome verdadeiro, bem como a identidade falsa com a qual ele atuará.

Dispõe a lei argentina que o juiz deve ter conhecimento imediato de toda a informação colhida pelo agente infiltrado. Há previsão, ainda, da possibilidade de o agente vir a praticar crimes no curso da operação, os quais não serão punidos. Ressalva-se, logicamente, que esses crimes devem decorrer do desenvolvimento normal da operação e não se pode colocar em risco certo a vida ou a integridade física de uma pessoa, ou impor grave sofrimento físico ou moral a outrem.

Se necessário, o agente infiltrado poderá ser ouvido como testemunha e, independente disso, se após a operação houver algum risco a ele, poderá optar por se aposentar, independente da quantidade de anos que tiver trabalhado.

---

<sup>131</sup> Melhor discutida no item “Sigilo da Investigação”.

Por fim, essa legislação também tipificou a conduta do funcionário público que, agindo com dolo ou culpa, revelar a identidade verdadeira do agente infiltrado, sua nova identidade ou o local de seu domicílio.

Por derradeiro, cumpre consignar que alguns países, como a Itália, preferiram relacionar os delitos em que é possível se obter autorização para a investigação mediante a infiltração de agentes<sup>132</sup>.

Nessa esteira, *Decreto del Presidente della Repubblica de 9 ottobre 1990, n.309-97*, acerca do tráfico de drogas, bem como *Decreto-legge 8 giugno 1992, n.306 (convertito dall'art 1 della legge 7 agosto 1992, n.356, com modificazioni)*, sobre casos de lavagem de dinheiro.

De todo o amalhado, merece especial atenção a maneira como alguns países resguardam a verdadeira qualificação do agente infiltrado, ressaltando-se o exemplo francês e argentino que cominaram crimes aos denunciantes. Na realidade espanhola, o legislador apresentou parâmetros sobre utilização como prova das informações coligidas, além de prazo e controle da investigação.

### **6.3. Controle da operação**

Uma das importantes questões acerca da atuação do agente infiltrado é o acompanhamento pormenorizado da operação, vez que o servidor desenvolve suas atividades dentro da organização criminosa em nome do próprio Estado.

Evidentemente que, ao infiltrar um policial no âmago da estrutura delituosa, como se dela fizesse parte, se espera um paralelo e contínuo monitoramento estatal de todos os seus passos. Há diversas razões para tanto:

---

<sup>132</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.88.

a lisura da empreitada, o controle das informações adquiridas e, inclusive, a preocupação com a integridade física do agente, fatores que, sem dúvidas, rotineiramente se confundem com o êxito da operação.

Ora, deixar um policial à própria sorte na organização criminosa, aguardando suas conclusões apenas ao final da operação, seria muito temerário. Dentre tantos possíveis dissabores, no caso de não haver controle, pouco poderia ser feito para evitar que o servidor atuasse de maneira desmedida ou para salvá-lo em caso de risco. Ainda, não se poderia vislumbrar a pertinência das informações colhidas e a necessidade e conveniência da continuidade dessa arriscada operação.

Portanto, faz-se necessário permitir a constante fiscalização de toda a atividade, não apenas pelos superiores hierárquicos do agente, mas também pelo Poder Judiciário e Ministério Público, que poderão constantemente medir a necessidade e eficiência da investigação.

Nesse sentido, cumpre lembrar a discussão ocasionada pelo advento da Lei 9.034/95, inicialmente elaborada com previsão expressa do mecanismo de infiltração de agentes. Originariamente, no artigo 2º, inciso I, a hipótese era apresentada de maneira equivocada, num texto que terminou vetado pelo Presidente da República.

O texto vetado previa a possibilidade de se infiltrar agentes de polícia em quadrilhas ou bandos, sem a necessidade de autorização judicial, além de vedar expressamente a prática de qualquer crime por ele em co-autoria, exceto o previsto no artigo 288 do Código Penal<sup>133</sup>.

Convém ressaltar que o dispositivo vetado teve sua redação modificada durante o trâmite legislativo, diferenciando-se substancialmente daquela apresentada no nascedouro do Projeto de Lei.

A redação inicialmente proposta para o Projeto de Lei 3.516, em 24 de

---

<sup>133</sup> “I – infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer participação delituosa, exceção feita ao disposto no art.288 do Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade”.

agosto de 1989, preceituava que a infiltração de agentes não poderia ser automaticamente estabelecida por quem quer que fosse. Exigia-se, pois, prévia solicitação da autoridade policial ao magistrado competente, bem como ciência ao respectivo órgão do Ministério Público.

Estaria o legislador, por conseguinte, traçando mínimos parâmetros de controle, condicionando o desenrolar das atividades ao prévio conhecimento dos responsáveis pela persecução penal, respectivamente, delegado, promotor e magistrado. Contudo, essa regra foi inadvertidamente abolida do texto final, proporcionando deficiência que gerou o repúdio presidencial.

Em suma, a questão debatida norteava-se pelo veto e implicava a necessidade de positivar rapidamente o mecanismo. Assim, sobreveio a Lei nº 10.217<sup>134</sup>, de 11 de abril de 2001, para efetivamente contemplar o infiltrado no ordenamento brasileiro e, igualmente, sanar a omissão destacada pelo Executivo (sobre o necessário e prévio controle judicial).

Diante desta inovação legislativa, concretizada em 2001 (década após o inaugural projeto de Temer e Teixeira), o artigo 2º, inciso V, da Lei 9.034/95, finalmente trouxe ao nosso ordenamento a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência como procedimento investigatório.

O novo dispositivo deve ser analisado de maneira contextualizada, observando-se parâmetros rotineiramente aplicáveis ao processo criminal. Desse modo, embora a Lei 10.217 não tenha previsto, de maneira expressa, a prévia solicitação pelo delegado ao magistrado, tampouco a necessidade de ciência ao órgão do Ministério Público, tais providências devem ser compreendidas na leitura do termo “circunstanciada autorização judicial”.

A nova redação não menciona que o juiz pode autorizar a infiltração de ofício. Dessa forma, pressupõe-se anterior solicitação. Assim, a necessária imparcialidade do julgador o impede de atuar como sujeito ativo da produção da prova, cabendo-lhe a atuação mediante provocação do legítimo

---

<sup>134</sup> Alterando a Lei 9.034/95.

interessado.

Trata-se de decorrência lógica do sistema acusatório, adotado em nosso ordenamento processual penal, no qual a atividade investigatória fica a cargo da Polícia, sob o controle externo do Ministério Público.

Ao magistrado é defeso determinar os rumos da investigação e colher, por conta própria, os elementos que guarneceriam a acusação, sob pena de imiscuir-se na esfera de atuação do órgão ministerial ou da Polícia. Todavia, tal premissa não lhe impede de conhecer a empreitada, mormente porque ele deve fiscalizar-lhe a realização nos termos do ordenamento e, ainda, coibir arbitrariedades.

De tal maneira, presente prévio pedido fundamentado da autoridade policial ou do Ministério Público, pode o juiz autorizar a infiltração de agentes e, conforme o caso, estipular parâmetros para seu regular desenvolvimento (por exemplo, ao fixar prazo de duração).

Trata-se de medida excepcional, vez que restringe direitos tutelados pela Constituição Federal. Por essa razão, o magistrado somente deve deferir a medida se a prova buscada não puder ser obtida doutro modo.

É o caráter subsidiário da infiltração de agentes, que somente pode ser utilizada quando imprescindível para a obtenção das informações que se pretende. Ademais, além da violação de direitos do investigado, a operação envolve grave risco ao agente. Portanto, deve sempre ser o último recurso investigativo a que se deva recorrer.

Isso não implica afirmar que todos os outros meios investigatórios disponíveis devam ser tentados antes, mas que deve haver *a priori* uma análise da possibilidade de se alcançar o mesmo objetivo por outros meios.

Obviamente que o pedido da autoridade policial deve-se basear em indícios de autoria e materialidade delituosas, devidamente documentadas e não em meras suspeitas.

Com efeito, o pedido para utilização desse meio de investigação deve

conter todas as características conhecidas da organização investigada, a identificação do agente que atuará, a identidade que passará a utilizar, toda a estratégia que será utilizada, explicar como será feita a comunicação com o agente infiltrado e um plano para seu resgate, se necessário.

É recomendável que tal estratégia seja discutida entre a autoridade policial e o membro do Ministério Público que atuará na futura ação penal, traçando-se um minucioso plano de atuação, de modo que se estabeleçam os objetivos da empreitada.

Somente com todas essas informações, poderá o magistrado proferir decisão circunstanciada acerca da operação. Será analisada sua necessidade, fixada a periodicidade dos relatórios informativos e delimitada a atuação do agente e os limites da própria investigação.

Deve-se ressaltar a necessidade de prévia manifestação do Ministério Público acerca do pedido de infiltração de agentes, que, além de ser decorrência lógica do sistema, encontra expresso respaldo na legislação vigente. Isso porque o artigo 53, inciso I, da Lei de Drogas, 11.343/06, ao tratar da infiltração de agentes prevê expressamente que seja ouvido o Ministério Público.

Destarte, a operação deve ser acompanhada pelo Judiciário desde o nascedouro, o que possibilita a efetiva análise da imprescindibilidade da medida durante toda a infiltração. Ademais, não se pode compreender a necessidade de prévia leitura pelo magistrado (para desencadear a operação) e, posteriormente, olvidar da mesma cautela no deslinde da empreitada.

Portanto, como deve o juiz autorizar o início da infiltração, forçosamente se conclui que todos os atos subsequentes devem ser submetidos à sua apreciação. Portanto, imprescindível que o juiz tenha conhecimento imediato de todo elemento colhido durante a operação.

De outro turno, apesar do comando legal sobre a prévia e necessária autorização judicial, poder-se-ia, por apego ao debate, cogitar da reserva de

tais providências privativamente ao Ministério Público, como órgão incumbido de coordenar a operação. Bastaria, para alicerçar a hipótese, leitura de dispositivos coligidos nos mais diversos países, numa discussão fulcrada no direito comparado.

Essa é a posição de Marcelo Batlouni Mendroni, para quem na Europa e nos Estados Unidos da América a tendência é que o poder de conceder a autorização seja do Ministério Público, o qual conduz as investigações<sup>135</sup>.

No México, por exemplo, concedem-se ao Procurador Geral da República, responsável pelo Ministério Público daquela federação, poderes para desencadear a infiltração de agentes nos limites de seu território.

Noutros países, a decisão parte dos chamados juízes de garantia, encarregados de zelar pelo respeito às garantias fundamentais daqueles envolvidos na persecução penal, cuja participação no processo é observada numa fase preambular.

Ora, não é nenhuma dessas a realidade constitucional do ordenamento processual penal brasileiro. Como mencionado, o Brasil adota o sistema acusatório, o qual confere ao juiz de direito o dever de zelar pelos direitos e garantias individuais. Assim, somente ele pode autorizar uma medida que atente contra esses direitos, como a infiltração de agentes. Ainda assim, dentro dos requisitos estabelecidos pela lei.

Superada a questão, principalmente porque a legislação brasileira expressamente prevê a autorização judicial e, por conseguinte, não contempla a autorização pelo *Parquet* da medida, cumpre apresentar posicionamentos sobre a efetivação do controle da infiltração.

Fabio Ramazzini Bechara procurou sintetizar seus entendimentos sobre o agente infiltrado em seis pontos principais, em que cada qual aborda uma particularidade do mecanismo. Em alguns, ele trata do controle da medida.

---

<sup>135</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.72.

Assim, entende que, na autorização judicial fundamentada, o magistrado deve analisar a indispensabilidade da medida, vez que se trata de medida restritiva de direitos, principalmente os direitos à intimidade e à autodeterminação informativa, que consiste em saber quem, como e quando se tem informação de si próprio. Com relação à duração da medida, este autor defende que a omissão do legislador deve ser suprida com a utilização de analogia à Lei 9.296/96, que trata da interceptação telefônica. Portanto, o prazo deve ser de quinze dias, prorrogável quantas vezes se mostrar necessário. Ao final de cada um desses prazos, deve ser apresentado ao magistrado relatório circunstanciado acerca do que foi amealhado até aquele momento<sup>136</sup>.

Vale destacar a solução apresentada pelo autor diante da ausência de previsão expressa nos diplomas que tratam do agente infiltrado sobre a duração da infiltração de agentes. Como mencionado, consiste no uso de comandos da Lei 9.296/96 para prescrever o prazo da medida, possibilitando-lhe a renovação e, também, confecção de relatórios.

Entretanto, acreditamos que a omissão do legislador quanto ao prazo não foi ocasional. Como já mencionado nesse trabalho, as organizações criminosas não possuem uma só forma, apresentam-se nos mais diversos formatos e atuam em inúmeras áreas.

Evidentemente que deve haver um prazo estipulado para a duração da operação, a fim de que ela não se eternize. Contudo, acredita-se que este prazo deva ser estabelecido pelo magistrado em sua “circunstanciada autorização judicial”.

Portanto, diante da complexidade da investigação, dos riscos envolvidos e de outros fatores próprios da organização criminosa investigada, deve o juiz estabelecer o prazo durante o qual acontecerá a infiltração.

Obviamente, no decorrer do lapso, poderá ser prorrogado o prazo,

---

<sup>136</sup> BECHARA, Fabio Ramazzini. Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado, nov.2006, disponível no *web site* da Assessoria Jurídica da Polícia Civil de Goiás, por meio do endereço: “[http://www.policiacivil.goias.gov.br/gerencia/artigos/busca\\_id.php?publicacao=28937](http://www.policiacivil.goias.gov.br/gerencia/artigos/busca_id.php?publicacao=28937)”

comprovando-se a necessidade e eficiência da medida. Na prorrogação poderá o juiz estabelecer prazo diferente, de acordo com o que foi apurado no período antecedente.

Vale ressaltar que a concessão de prazo mais longo não implica perda do controle sobre a investigação, pois o magistrado pode estabelecer que os relatórios circunstanciados da investigação sejam entregues em prazos menores.

Ainda sobre o controle da operação, Flávio Cardoso Pereira argumenta que o mais importante requisito para o êxito dessa espécie de investigação é o controle que deve ser feito sobre toda a operação pelo juiz e pelo promotor de justiça. O Ministério Público, em virtude de sua atividade de controle externo da atividade policial, deve participar de todo o planejamento da infiltração e, no seu curso, deve ter acesso a todas as informações recolhidas, pois é ele que se utilizará dessas provas na persecução penal. Deve o Ministério Público, ainda, velar pela obediência aos termos da lei e da decisão judicial, repudiando qualquer prática abusiva por parte do agente infiltrado.

Com relação ao papel do magistrado, este autor defende que ele também tem a função de controlar a investigação, de modo que se evitem excessos e abusos, que violariam direitos fundamentais do investigado e contaminariam de nulidade toda a prova<sup>137</sup>.

Vale mencionar, noutro artigo, o mesmo autor salienta que a parte opinativa sobre a estratégia e o plano operacional interessa tão somente ao Ministério Público, pois o magistrado não participa da investigação, apenas exerce o controle para que sejam cumpridos os limites estabelecidos pela autorização por ele concedida<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. A investigação criminal realizada por agentes infiltrados. Portal R2 Direito, (curso de ensino jurídico à distância), disponível no endereço eletrônico: “[http://www.r2learning.com.br/\\_site/artigos/curso\\_oab\\_concurso\\_artigo\\_979\\_A\\_investigacao\\_criminal\\_realizada\\_por\\_agentes\\_infi](http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_979_A_investigacao_criminal_realizada_por_agentes_infi)”.

<sup>138</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). Limites Constitucionais da Investigação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 119.

Denota-se, portanto, a importância da participação ministerial em toda e qualquer infiltração, ao ostentar a prerrogativa de requerer a operação ou, nos casos de pedido inicial levados pela Polícia, ser cientificado de todo o deslinde. Vale recordar que se trata do titular privativo da ação penal pública.

Outro ponto merecedor de destaque, ainda no debate sobre o controle da operação, é o encerramento da infiltração no momento mais oportuno do ponto de vista probatório. Em tese, a decisão pela interrupção da medida deveria caber, primordialmente, ao órgão acusador, satisfeito com o já coletado ou antevedendo o insucesso e desnecessidade de novas diligências.

Nesse ponto percebe-se a importância de que, no curso da operação, a autoridade policial que preside a investigação e o órgão do Ministério Público mantenham estreito contato, uma vez que decidem juntos acerca dos rumos da investigação.

Marcelo Batlouni Mendroni, ao tratar do cotidiano experimentado pelo agente infiltrado, reforça a necessidade de acompanhamento da operação por promotor de justiça, a quem devem ser comunicados os rumos percebidos ao longo de sua execução. Para ele, o contato entre o agente infiltrado e seu superior hierárquico deve ser diário, da mesma forma que este último deve repassar, diariamente, as informações ao promotor de justiça. Esse contato estreito serve para que se efetue uma constante análise da quantidade e qualidade do material colhido, com vistas a verificar o momento mais oportuno para se encerrar a investigação. O mesmo autor lembra que, em algumas hipóteses, o contato diário não será possível. Nesse caso, deve a decisão ser tomada pelo próprio agente, que, diante de critérios pré-estabelecidos, deve verificar o risco de perda do material colhido e se há tempo para prévia consulta a seus superiores e ao Ministério Público<sup>139</sup>.

Em relação ao contato diário entre o agente infiltrado e a autoridade

---

<sup>139</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 67-68.

que coordena a investigação, sabe-se que nem sempre ele será possível. Contudo, faz-se necessário que este contato seja o mais estreito possível, utilizando-se dos mais modernos recursos de comunicação, que devem ser disponibilizados pelo Estado.

Importante observar-se que o encerramento da operação não depende de prévia autorização judicial (como ocorre em outras hipóteses, por exemplo, na prisão temporária), pois compete ao promotor de justiça e a autoridade policial decidirem sobre a suficiência dos elementos colhidos.

Entretanto, pode o magistrado, a qualquer momento, decretar o fim da operação, por exemplo, quando julgá-la ineficiente ou que há risco exacerbado ao agente.

Em apertada síntese, podemos concluir que, para a infiltração transcorrer de maneira escoreita, exige-se autorização judicial prévia, fundamentada e circunstanciada, no bojo da qual se definem os limites da operação, sob pena de toda investigação restar inútil. Antes, porém, o respectivo pedido deve partir da autoridade policial ou do Ministério Público. O *Parquet* deve ser informado de todos os passos percebidos na empreitada, bem como o infiltrado deverá confeccionar relatórios periódicos de suas atividades.

À guisa de remate, como já mencionado, a lei não deu conta sobre o procedimento a ser adotado, no que, à míngua de texto pormenorizado, as respostas devem ser fornecidas pelo magistrado no caso concreto.

Enfim, basta que Judiciário e Ministério Público bem exerçam seus papéis na operação, com esforços para que o grupo criminoso seja efetivamente desmantelado. Dessa maneira, subsistirão os ideais que nortearam o surgimento do valoroso mecanismo de infiltração de agentes, resguardando-se, por via de consequência, toda a sociedade.

#### 6.4. O agente infiltrado

Questão diversa que sempre é levantada nos debates sobre o agente infiltrado é atinente à qualidade funcional do servidor a ser infiltrado na organização criminosa. Embora a lei mencione agentes de polícia ou de inteligência, alguns doutrinadores defendem que apenas policiais deveriam ser utilizados nas operações.

A discussão não é meramente teórica, especialmente quando os defensores da exclusividade de policiais na atuação como agentes infiltrados, a despeito de outros preceitos legais, utilizam-se da Carta Magna para embasarem suas lições.

Ora, a Constituição da República de 1988, ao tratar da segurança pública, preceituou que incumbe à Polícia Federal, primordialmente, a apuração de infrações penais perpetradas em detrimento da União, suas entidades autárquicas e empresas públicas. Foi além, conferindo-lhe o exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União, bem como a prevenção e repressão dos ilícitos de tráfico de drogas, contrabando e descaminho<sup>140</sup>.

Ainda, a Constituição Federal, em seu artigo 144, § 4º, disciplinou a atividade das Polícias Civis e reservou-lhes a apuração de infrações penais de toda espécie, todavia ressaltou, somente, aquelas de natureza militar e competência da União.

Portanto, partindo-se da premissa de que o agente infiltrado objetiva desestruturar a organização criminosa e, de antemão, apontar os crimes por ela perpetrados, somente policiais poderiam se encarregar deste desiderato. Isso porque a Constituição reserva a apuração de infrações penais para a Polícia Federal ou Civil, conforme os interesses envolvidos e o âmbito de atuação, sem qualquer ressalva que autoriza a atuação de servidores de outras

---

<sup>140</sup> Artigo 144, § 1º A, da Constituição Federal.

estruturas administrativas.

Não custa lembrar, diante da celeuma existente por conta de tema correlato, nossos Tribunais discutem o poder de investigação do Ministério Público e, conseqüentemente, a pretensa exclusividade que seria conferida aos departamentos policiais. Contudo, como o Ministério Público é o titular da ação penal (de acordo com o artigo 129, inciso I, da Constituição da República), é possível enfatizar que ostentaria, ademais, atribuições persecutórias em sede criminal (pela leitura da lei orgânica), em razão das quais seus membros reivindicam a faculdade de investigar por motivos que não se comungam aos agentes de inteligência.

Retornando-se à questão da (im)possibilidade dos servidores de inteligência atuarem infiltrados, Rafael Pacheco<sup>141</sup> lembrou que o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) é composto pela Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e por membros de diversos Ministérios, de modo demasiado heterogêneo. Essas agências e setores de inteligência não visam a colher provas para o processo penal, mas sim obter e analisar dados e informações e produzir e difundir conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado, nos termos do artigo 2º, do Decreto 4.376/02.

Prossegue o autor, nitidamente favorável à exclusividade de policiais nesse mecanismo de combate ao crime organizado, concluindo que agentes de inteligência e policiais que possuem funções de policiamento ostensivo não podem agir como agentes infiltrados, sob pena de se afrontar o artigo 144 da Constituição Federal. Excetua, contudo, as hipóteses de inquéritos policiais militares e de agentes de inteligência dos quadros de uma instituição que acumule funções de polícia judiciária, na apuração de seus ilícitos, que

---

<sup>141</sup> PACHECO, Rafael. Op. Cit., p.116.

poderiam se valer da infiltração de agentes<sup>142</sup>.

Flávio Cardoso Pereira<sup>143</sup> também discorda da possibilidade de se utilizarem agentes de inteligência para a infiltração, ao sustentar que, nesse caso, haveria um desvirtuamento das funções, pois eles trabalham buscando informações tendentes a manutenção da ordem e segurança nacional, não atuam, à evidência, na colheita de provas destinadas à persecução penal. Assevera o autor que houve uma confusão entre inteligência do estado e inteligência criminal, cujos métodos de obtenção de informações são diferentes.

A mesma tendência seguiu as legislações posteriores, conforme novos dispositivos que tratam da matéria, as quais preveem, a seu modo, a possibilidade de somente o agente policial se enraizar nos grupos delituosos.

Desse modo, a já revogada Lei 10.409/02, diploma que tencionava combater a circulação de drogas, inicialmente tratava o servidor infiltrado apenas como policial e deixava de lado o agente de inteligência<sup>144</sup>.

Poder-se-ia, apenas para argumentar, defender que a ressalva da Lei 9.034/95 representaria a possibilidade de integração das normas, abarcando, pois, as estruturas de inteligência. Todavia, com o devido acatamento, não parece ter sido essa a opção legislativa.

Alguns meses depois, sobreveio a Lei 11.343/06, também de repressão ao contato com as drogas, numa tentativa de sanar as deficiências contidas nos diplomas anteriores (Leis 6.368/76 e 10.409/02). Este texto legislativo dispôs, em seu artigo 53, inciso I, que somente agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes,

---

<sup>142</sup> PACHECO, Rafael. Op. Cit., p.116-117

<sup>143</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Revista do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, Ano 2, n. 2, janeiro/junho-2007. Cuiabá: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, 2007, pág. 176-177.

<sup>144</sup> Art. 33. “Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

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

poderiam atuar como agentes infiltrados.

Diante da fria leitura do dispositivo, percebe-se a exclusão dos agentes de inteligência nas atividades de infiltração, não se repetindo a previsão do artigo 2º, inciso V, da Lei 9.034/95.

Ademais, não custa lembrar o Substitutivo de Projeto de Lei do Senado 67/96, o qual prevê, pelo seu artigo 9º, que a tarefa de atuar como agente infiltrado era destinada apenas a agentes de polícia<sup>145</sup>.

Noutras palavras, parece que doutrina e legislativo têm a mesma concepção do tema em comento, segundo a qual apenas policiais podem atuar no seio da organização ilícita, a despeito de persistir o texto da Lei 9.034/95 (plenamente em vigor) e dos entendimentos que ainda acolhem o agente de inteligência como potencial servidor infiltrado.

De outra banda, resta pacífica a impossibilidade do particular atuar como agente infiltrado. Destaca-se, por argumento nesse sentido, a ausência de comprometimento daquele com o Estado, bem como a carência de previsão legal.

Nesse sentido, Flávio Cardoso Pereira<sup>146</sup> repudia o particular como agente infiltrado, considerando que o particular não recebeu o adequado treinamento e preparação psicológica para tal atividade. Assim, a possibilidade de corrupção, seja por medo ou por necessidade, seria maior, além da já mencionada falta de compromisso como a persecução criminal.

Evidentemente, qualquer estranho ao aparato estatal poderia tornar temeroso o deslinde da ação, no que cairiam por terra todos os esforços dispensados para desestruturar a organização criminosa.

Ademais, mesmo diante da previsão autorizadora na Lei 9.034/95,

---

<sup>145</sup> Art. 9º: “A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, conduzida pelos órgãos especializados pertinentes, será precedida de circunstanciada e motivada autorização judicial, que estabelecerá seus limites, após a manifestação do Ministério Público”.

<sup>146</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). Limites Constitucionais da Investigação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

muito se questiona a infiltração de determinados servidores públicos, no caso, agentes de inteligência. De tal sorte e, por maiores razões, não haveria lógica na possibilidade de que o particular desempenhasse esse mister.

Ainda, o sucesso da operação depende de uma rigorosa seleção do servidor que atuará como agente infiltrado. Deve ele possuir as características pessoais e profissionais necessárias para a função, como resistência física, inteligência, velocidade de raciocínio, equilíbrio emocional e sintonia social e cultural com o meio em que será infiltrado.

Uma vez escolhido, o policial eleito deve ser devidamente treinado para esse tipo de investigação, tornando-se um *expert* não apenas em métodos de investigação, mas também em viver com uma falsa identidade, que abrange diversos aspectos de sua vida, bolando-se cuidadosamente detalhes que incluam o período desde o seu suposto nascimento até o dia do início da operação.

Esse policial também deve estar preparado para viver afastado de sua família, conhecidos e todos aqueles que possam, de qualquer forma, possibilitar a revelação de sua verdadeira identidade. Falsos parentes, propriedades, estilo de vida, documentos antigos e fotos são detalhes que precisam ser pensados previamente, a fim de se “criar” uma nova pessoa.

Indispensável que seja ministrado um verdadeiro “curso” ao agente selecionado, que deve abordar toda a parte teórica, com noções de direito penal, direito processual penal e psicologia e uma parte prática, que abranja preparação física, técnicas de comunicações, adaptação ao meio ambiente e outros aspectos necessários à sua preparação para essa arriscada missão.

O agente infiltrado deve agir com grande cuidado para não envolver terceiros pessoas ou lesionar direitos de terceiros, de modo a respeitar os direitos de intimidade e o devido processo legal. Não é ele um justiceiro, mas um agente a serviço do Estado.

Normalmente o policial eleito para atuar como agente infiltrado deve ser escolhido entre aqueles que não exercem a função há muitos anos, pois ainda não possui os vícios da profissão (que poderiam revelar suas identidades) e não corre o risco de ser reconhecido em virtude de ações de que tenha anteriormente participado.

Diante da complexidade, alto risco e consequências pessoais, a pessoa indicada para atuar como agente infiltrado deve formalmente anuir com a participação na investigação. Ou seja, a atuação como agente infiltrado deve sempre ser voluntária.

Durante todo o treinamento o agente deve demonstrar resistência física e psicológica, capacidade de tomar decisões sob pressão e espontaneidade na convivência na organização. Este policial tem que estar pronto para responder ao ouvir seu novo nome e conviver normalmente com essa nova identidade.

Ainda, não há como se negar que o agente também enfrentará pressão por parte de seus superiores, que anseiam por resultados positivos na operação, no menor espaço de tempo.

Deve o policial ter pleno acesso a todas as informações disponíveis acerca da organização criminosa, quem são seus integrantes, como atuam, quem são seus inimigos e diversos outros detalhes que lhe permitam uma adaptação mais fácil.

Outro problema que pode surgir, principalmente nas infiltrações de longo prazo (chamadas de *deep cover*) é que, devido ao afastamento de seu convívio social e familiar, o policial passe a criar afeto em relação aos investigados. Nesses casos, o agente afasta-se de sua identidade real e passa aceitar o personagem por ele criado como algo normal. Essa reação é conhecida como Síndrome de Estocolmo e somente pode ser evitada com um cauteloso preparo psicológico do agente selecionado.

Por fim, encerrada a operação, chega-se à chamada fase da reinserção<sup>147</sup>, que consiste na recuperação do infiltrado que participou de uma longa investigação, vivendo de forma clandestina e na companhia de criminosos. Deve o Estado ajudar esse agente na recuperação de sua real identidade, livrando-se dos vícios adquiridos, buscando restabelecer seus conceitos de ética e moral, bem como lhe auxiliando a retomar sua convivência social e familiar. Ainda, o agente deve ser submetido a uma avaliação médica e psicológica, realizando-se profunda análise da possibilidade dele ser reaproveitado em outra operação semelhante.

### **6.5. Sigilo da investigação**

A necessidade de se manter a infiltração policial sob sigilo nos parece pacífica, uma vez que faz parte da própria natureza da operação e, portanto, imprescindível para que a iniciativa repressiva logre êxito.

Obviamente, caso revelada a intervenção estatal na organização delituosa, estaria selado o fracasso da investigação e, invariavelmente, restaria imprestável o material já colhido, ante a enorme capacidade de mutação do crime organizado.

Ademais, ante a desconfiança gerada aos integrantes da organização criminosa, seria temerário cogitar nova infiltração na mesma estrutura criminosa.

Muito além de permitir que um sério trabalho desenvolvido restasse inútil, a descoberta da operação colocaria em sério risco o agente infiltrado e mais, sua família e a respectiva corporação policial. Isso, pois, a reação da organização delituosa não seria de alívio por abortar uma investigação, mas

---

<sup>147</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). *Limites Constitucionais da Investigação* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

sim, de ódio pela maneira como as diligências foram empreendidas.

Além disso, há a possibilidade de que o agente seja descoberto pelo grupo criminoso e, desde logo, não tenha conhecimento de sua exposição. Dessa forma, informações poderiam ser manipuladas e o policial tornar-se-ia um fantoche nas mãos dos infratores, de sorte que nada de ilícito seria perpetrado em sua presença.

Com propriedade, Carlos Enrique Edwards<sup>148</sup> pondera que o sigilo tem um fundamento lógico: essa é a única forma de garantir o êxito da investigação e evitar que os membros da organização criminosa descubram que estão sendo investigados por um agente infiltrado. Por outro lado, lembra o mesmo autor, o sigilo é a única garantia que tem o agente encoberto de não ser descoberto e, conseqüentemente, de proteger sua vida.

Assim, o êxito da atuação estatal está condicionado ao silêncio sobre a existência e identidade do agente infiltrado, para que ele não seja descoberto pelos integrantes da organização em que se infiltrou.

Nesse ponto, a Lei 24.424, de nossa vizinha Argentina, sancionada em 07 de dezembro de 1994, que em seu artigo 6º incorporou o artigo 31 bis à Lei 23.737, em sua alínea “b”, parte final estipula que a designação de um agente deve manter-se em segredo. Embora pareça desnecessária a ressalva, optou o legislador por positivá-la, dando conta de que o sigilo, mais óbvia decorrência da empreitada, afigura-se imprescindível.

Ainda, a previsão contempla a falsa identidade, meio de assegurar a infiltração e, também, a integridade do agente. Note-se que o pleito para a utilização do agente infiltrado deve conter o nome verdadeiro do agente e a identidade falsa que ele utilizará, cuidando o magistrado de manter em sigilo essa identidade.

Nesse particular, caso revelada (independentemente do motivo) a

---

<sup>148</sup> EDWARDS, Carlos Enrique. *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada – Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996. p.76.

verdadeira qualificação do policial, há, no sistema legislativo argentino, meios estabelecidos para ser resguardada sua segurança, preocupação sobremaneira oportuna.

No artigo 9º da lei em testilha, que incorporou o artigo 31 *quinquies* à Lei 23.737, deu-se interessante solução para o problema, ao se estabelecer que, em caso de revelação da identidade do agente infiltrado, ele pode escolher entre permanecer no cargo ou aposentar-se. Essa aposentadoria, para que não lhe cause nenhum prejuízo, será igual ao correspondente àquilo que ele ganharia caso se aposentasse dois graus acima daquele em que ele se encontrava na carreira.

Por seu turno, o artigo 33 *bis* da Lei 23.737 da Argentina, também incorporado pela Lei 24.424, menciona que, presumida a existência de perigo para a vida ou integridade física do agente infiltrado, medidas especiais de proteção poderão ser disponibilizadas, como substituição da identidade e concessão de recursos econômicos indispensáveis para a mudança de domicílio e trabalho.

Convém assinalar que a Lei 24.424, ao alterar a Lei 23.737, alterou significativamente o ordenamento jurídico argentino e regulamentou eficazes instrumentos de combate a organizações criminosas, daí sua importância e referência.

Em apertada síntese, o sigilo da identidade do agente e de sua inserção no seio do grupo delituoso, precipuamente, objetiva assegurar a viabilidade desse louvável mecanismo de combate ao crime organizado. O segredo, pois, consubstancia-se na razão de ser da própria infiltração.

Afinal, a revelação da verdadeira identidade do agente infiltrado, além de prejudicar a colheita da prova, põe em risco a vida do agente estatal incumbido da missão.

Sem prejuízo, o próprio diploma argentino prevê uma excepcionalidade ao sigilo de dados do agente: na hipótese de seu testemunho restar

absolutamente imprescindível ao deslinde da demanda acusatória, como elemento probatório das informações por ele obtidas. Nesse caso, todavia, medidas protetivas foram acrescentadas ao texto legal.

Contudo, uma das melhores traduções do sigilo se exterioriza na utilização de identidade diversa. O agente torna-se uma nova pessoa, desvinculada aparentemente de tudo que o liga ao aparato estatal. Dessa maneira, caso os criminosos devassem sua vida, amparados nos falsos dados que lhes foram apresentados, nada encontrariam que pudesse lhe revelar a verdadeira identidade.

Não poderá mais o agente, ao menos enquanto não desmantelada a organização criminosa, revelar sua verdadeira identidade, pois, atualmente, qualquer pesquisa em ferramentas de busca na internet, através do verdadeiro nome como palavra-chave, poderá resultar em ocorrências que revelem a real qualidade de servidor público, ainda que por citações em diário oficial ou inscrições em concursos públicos.

Sobre o tema, Marcelo Batlouni Mendroni<sup>149</sup> pondera que, em face da própria atividade exercida pelo agente infiltrado, a cautela recomenda que eles devam atuar com identidade alterada. Competiria, então, ao magistrado conceder autorização para a expedição de documentos ideologicamente falsos, que devem ser usados somente na atividade de infiltração e durante seus desdobramentos.

Importante a observação de que a nova qualificação do agente deve, única e exclusivamente, prestar-se para a infiltração na organização criminosa, vedada qualquer outra utilização. Caso contrário, haveria o risco de o instrumento ser utilizado de maneira desmedida, afastando-se do verdadeiro objetivo para o qual foi idealizado.

Prossegue o autor, observando que, mesmo depois de encerrada a

---

<sup>149</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.78.

infiltração, durante a instrução processual, a identidade do agente deve ser mantida sob sigilo, o que lhe permite prosseguir com o uso da identidade falsa, pois somente assim será possível proteger a vida do agente e de seus familiares. Recorda, ainda, que normalmente as organizações criminosas são compostas por pessoas de alta periculosidade, que, se conseguirem acesso ao agente ou seus familiares, certamente se utilizarão de violência ou formas de intimidação. Portanto, o sigilo da identidade do agente é, em última análise, forma de se garantir a aplicação do instrumento legal<sup>150</sup>.

Obviamente, caso o perigo ao agente infiltrado persista após o encerramento da operação, ele deve receber nova proteção estatal, principalmente se foi exposto pela necessidade de prestar depoimento em juízo. Entretanto, isso pode ser realizado através do programa de proteção a testemunhas, prevista pela Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1.999.

Fabio Ramazzini Bechara<sup>151</sup> assevera que a alteração da identidade do agente infiltrado se dá por um princípio de ordem pública, estipulado na Lei 9.807/99, que possibilita a alteração do nome completo da pessoa a ser protegida. Esta modificação deverá ser averbada no respectivo Cartório de Registro Civil. Ela não deve se limitar ao nome, mas também a todos os elementos necessários para conceder ao policial uma condição e aparência criminosa. Assim, deve ele receber diversos tipos de documentos, bem como dispor de toda a infraestrutura material para manter o personagem criado, como conta-bancária, linha telefônica, veículo e outros.

Por outro lado, o conhecimento sobre a infiltração de agentes deve se restringir a pouquíssimos interessados, sob pena de restarem infrutíferas as operações policiais. Quanto mais pessoas tiverem ciência da medida, por razões matemáticas de probabilidade, maior o risco de que as informações

---

<sup>150</sup> Ibidem, p.79.

<sup>151</sup> BECHARA, Fabio Ramazzini. Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado, nov.2006, disponível no *web site* da Assessoria Jurídica da Polícia Civil de Goiás, por meio do endereço: "[http://www.policiacivil.goias.gov.br/gerencia/artigos/busca\\_id.php?publicacao=28937](http://www.policiacivil.goias.gov.br/gerencia/artigos/busca_id.php?publicacao=28937)"

coligidas acabem reveladas, sem que seja possível apurar quem as repassou.

Assim, o pedido de infiltração deve ser distribuído lacrado e há de ser manipulado exclusivamente por funcionário designado pelo juiz competente (normalmente o diretor de serviços), que também ficará incumbido de guardar os autos. Obviamente o procedimento referente à infiltração deve ser autuado em apartado. A remessa desses autos ao Ministério Público deve ser feita em mãos, diretamente ao promotor de justiça com atribuição para atuar no feito.

Deve-se discutir, por oportuno, sobre a ciência da infiltração pelos advogados de defesa, questão muito tormentosa.

Evidentemente, não deixará o causídico, para o bom desempenho de seu mister, de alertar seus patrocinados acerca dos possíveis riscos da operação, sob pena de seu silêncio representar odiosa traição aos olhos do cliente.

Mas, como conciliar princípios extraídos da Constituição da República de 1988, incluindo-se o da publicidade, com a restrição do segredo a poucos funcionários do Estado? Longe de discutir, por ora, o valor probatório das informações colhidas<sup>152</sup>, deve prevalecer o direito à vida do agente, bem jurídico constitucionalmente protegido que certamente seria desprezado pelos criminosos, ávidos para extirpá-lo do convívio entre seus pares.

Ora, imaginando uma organização criminosa que se prestasse, dentre outros ilícitos, à rotineira prática de homicídios para prosperar, retirar a vida do servidor infiltrado seria, além de providencial ao objeto escuso do grupo, extremamente prazeroso aos seus integrantes.

Assim, o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.034/95, introduzido pelo artigo 1º da Lei 10.217/01, determina que a decisão judicial sobre a infiltração seja sigilosa e assim deve permanecer durante toda a operação. Ela não pode ser considerada inconstitucional por violação ao princípio da ampla defesa.

---

<sup>152</sup> Nesse particular, remetemos à leitura do item “Utilização como Prova”, que trata pormenorizadamente da utilização processual das informações.

Também não há violação ao artigo 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), pois é evidente que os advogados não podem ter ciência da infiltração de agentes, sob pena de se decretar o total fracasso da investigação e colocar em risco a vida do agente. O sigilo é necessário e não atinge apenas o promotor de justiça e policiais envolvidos na operação<sup>153</sup>.

De certo modo, os congressistas parecem ter acompanhado o mesmo raciocínio, ao acolherem, ao menos em alguns esboços legislativos, a tese de que o sigilo dos autos se estende ao patrono dos criminosos. Para esse raciocínio, basta analisar o “Substitutivo do Projeto de Lei do Senado 67/96”, em sua Seção II, intitulada “Da infiltração de agentes”, no qual o artigo 11, § 2º, estipula que os autos relativos à infiltração somente poderiam ser consultados pelo juiz, representante do Ministério Público e pela autoridade policial<sup>154</sup>.

Observe-se que o mencionado §2º é expresso ao delimitar aqueles que teriam acesso aos autos, de forma exclusiva e omitiu a figura do advogado. Ademais, pela fria leitura do dispositivo, percebe-se que o silêncio, ao menos aparentemente, parece ter sido proposital.

Outra medida que ajudaria na proteção do agente infiltrado é a tipificação como crime da conduta da pessoa que, de forma dolosa ou culposa, revela a identidade do policial.

Se não fosse o suficiente para coibir a busca da identidade do agente pelo crime organizado, ao menos desmotivaria funcionários públicos e agentes da imprensa a revelar a informação.

O que se depreende, portanto, é a absoluta necessidade de que o agente infiltrado tenha o mínimo de respaldo para o bom desempenho de suas

---

<sup>153</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.77-78

<sup>154</sup> Art. 11 – “O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado

(...)

§2º - O acesso aos autos será reservado apenas ao juiz, ao Ministério Público e à autoridade policial, para garantia do sigilo das investigações”.

atividades, incluindo-se, obrigatoriamente, o sigilo sobre suas atividades. Não fosse assim, de nada adiantaria toda a discussão travada por juristas para aperfeiçoar o mecanismo. Afinal, qualquer diligência sempre restaria inútil.

Outra situação que pode ocorrer durante a operação é a prisão do agente infiltrado por policiais que desconheçam sua real identidade. Nesse caso, deve o agente manter-se em silêncio, resguardando sua condição de policial.

Em situação reservada, deve o agente (se possível) ou seus superiores (que monitoram a operação) entrar em contato com o juiz que autorizou a operação, para que ele pessoalmente entre em contato com o juiz responsável pelo processo no qual se mantém o agente detido.

A partir desse ponto, devem os magistrados buscar uma solução para a questão, decidindo-se sobre a necessidade ou não de se revelar a identidade do agente e pôr fim à operação.

Em suma, o segredo da investigação pode ser entendido como alicerce de toda a infiltração de agentes e devem todos os envolvidos na operação zelar diuturnamente pela sua observância.

## **6.6. Finalidade**

Outra discussão que se coloca acerca do agente infiltrado se refere à finalidade da operação, ou seja, o que se busca com a realização de tão perigosa e complexa operação.

Assim, resta-nos analisar quais são os objetivos que o Estado pretende alcançar ao desencadear a medida.

Não basta tão somente dar conta de que a medida serve de combate ao crime organizado, numa resposta que denota extrema singeleza. É preciso, pois, indagar como a operação se prestará ao desiderato para o qual se serve, logrando êxito ao final de seu percurso.

Trata-se de um mecanismo de investigação de alto risco e grau de complexidade, que consome tempo e recursos financeiros, humanos e materiais, motivo pelo qual deveria ser utilizado somente para a investigação de organizações criminosas mais complexas. Entretanto, a lei brasileira permitiu sua utilização não apenas nesses casos, mas também para a investigação de quadrilhas ou bando.

Não nos parece essa solução a mais correta, sob pena de se banalizar o instituto e se correr o risco de operações frustradas, muitas vezes com consequências trágicas.

De qualquer forma, deve-se reconhecer que o instituto ainda é muito pouco utilizado no Brasil.

Merece aplausos, nessas circunstâncias, uma iniciativa do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que se utilizou de agentes infiltrados para desbaratar organização criminosa que expandia seus tentáculos naquela unidade federativa.

Na chamada “Operação Lagarta” obtiveram-se significativos proveitos na luta contra o crime organizado, os quais demonstraram quão eficiente pode ser a medida quando corretamente utilizada.

A operação foi promovida pelo promotor de justiça Frederico Schneider de Medeiros, da Promotoria Especializada Criminal que, em setembro de 2005, desarticulou uma organização criminosa voltada para a prática de crimes de estelionato e lavagem de dinheiro, procedendo-se ao sequestro de ativos avaliados em mais de quatro milhões de reais<sup>155</sup>.

Esta operação foi considerada, àquele tempo, inédita no Estado do Rio Grande do Sul. Um policial foi infiltrado em uma empresa, permaneceu disfarçado como empregado, o que lhe possibilitou sacar fotografias e observar o cotidiano das ações criminosas, até identificar todos os envolvidos

---

<sup>155</sup> ROMAIS, Célio. Ação do Ministério Público é Exemplo. Agência de Notícias do Ministério Público do Rio Grande do Sul, espaço “Notícias”, seção “Crimes”, 03 de abril de 2008, disponível em: “<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id13795.htm>”.

nos crimes.

Para se obter o desejado êxito, foi criada uma empresa de consultoria fictícia, na qual o agente trabalhava, confeccionando-se cartões de visitas, alugando-se imóvel e concedendo-se toda a infraestrutura necessária para resguardar o sigilo da operação. Também foram confeccionados documentos falsos, criados e-mails falsos e designados outros policiais para cuidarem da segurança do agente, tudo com a devida autorização judicial.

Paralelamente, foram utilizados outros meios investigatórios, como captação ambiental de sinais óticos e acústicos, interceptação telefônica e telemática, acesso a informações de operações financeiras, ação controlada, quebra de sigilo fiscal, busca e apreensão, sequestro de bens e, por fim, a prisão temporária<sup>156</sup>.

De se perceber que o sucesso da operação se deveu, dentre outros fatores, à estrutura que o agente infiltrado recebeu para o bom desempenho de suas funções, tudo com autorização do Poder Judiciário.

Como, portanto, negar a importância dos servidores infiltrados no combate ao crime organizado? Dizer o contrário, além de eloquente equívoco, preserva as instituições organizadas para a prática de crimes em detrimento do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, por vezes, é necessário que as operações sejam desencadeadas por tempo consideravelmente amplo, visando a obter melhores e relevantes resultados, pois, se desenvolvidas num curto lapso, a despeito de sua pertinência, percebem benefícios mais superficiais.

Assim, caso se observem os parâmetros da Lei 9.296/96 (interceptações telefônicas), à míngua de previsão pormenorizada própria, teríamos como regra a hipótese *light cover*, ou seja, a diligência não poderia exceder o prazo máximo de quinze dias (renovável por igual tempo se comprovada a indispensabilidade do meio).

---

<sup>156</sup> Ibidem.

Dessa forma, para o sucesso da operação seria necessário que a renovação desse prazo se desse por inúmeras vezes, tantas quanto forem necessárias, até que toda a organização criminosa esteja totalmente desestruturada e os objetivos estatais tenham sido alcançados.

Por isso defendemos que a omissão legislativa quanto ao prazo foi proposital e possibilitou ao juiz, de acordo com a complexidade do caso sob investigação, estabelecer o prazo necessário. Possibilita-se, assim, a chamada *deep cover*.

Rafael Pacheco<sup>157</sup>, ao compilar lições de Vanessa Dias Ferreira e Isabel Oneto, utiliza as concepções das autoras para definir essas diferentes modalidades. Assim, *light cover* seriam infiltrações de agentes com duração máxima de seis meses, não se exigindo do agente uma permanência contínua no meio criminoso, demandando um planejamento menor e possibilitando que o policial mantenha sua própria identidade e seu lugar na estrutura estatal.

Já as *deep cover* são aquelas com duração superior a seis meses, exigindo-se do agente uma total imersão no meio criminoso, no qual ele assume uma nova identidade e se afasta de seu meio social e familiar. Essas são as mais perigosas, pois exigem grande planejamento e infraestrutura.

Por certo, dependendo da estrutura da organização criminosa, somente as *deep cover* têm o condão de melhor satisfazer a finalidade pretendida, embora vinculem com maior profundidade o agente. Destarte, após um período estressante de atividades na organização criminosa, deve o servidor ser amparado pelo Poder Público quanto aos reflexos psicológicos advindos (inevitavelmente) de sua atuação.

Deve-se avaliar o custo/benefício da utilização desse meio investigativo, devendo-se medir os riscos ao agente, risco de exposição da instituição, possibilidade de se obter sucesso, além dos custos das medidas de

---

<sup>157</sup> PACHECO, Rafael. Op. Cit., p.127.

seguranças e infraestrutura necessárias<sup>158</sup>.

Assim, o produto do planejamento de uma infiltração de agentes é o plano de operação, que deve conter, dentre outros, os seguintes requisitos: descrição da situação fática (deve-se apontar todos os elementos fáticos já colhidos, a organização alvo e o ambiente onde se desenvolverá a infiltração); missão (aponta o objetivo da infiltração, com descrição das provas que se está propondo buscar); descrição dos recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis (devem-se pormenorizar as pessoas que serão envolvidas e terão conhecimento da investigação, toda a infraestrutura que será disponibilizada para o êxito da investigação e o orçamento disponível para o custeio da operação); apontamento dos treinamentos necessários para o agente e a equipe envolvida; descrição das medidas de segurança a serem observadas (para resguardar a colheita da prova e a integridade do agente, inclusive eventual resgate deste); indicação da pessoa que coordenará a operação e a que manterá contato com o agente infiltrado; apontamento dos meios de comunicação que serão utilizados com o agente; descrição das restrições impostas à atuação do agente e estabelecimento de prazo provável da medida (estabelecendo-se, ao menos, metas iniciais a serem alcançadas).

Causa especial preocupação a situação dos infiltrados quando a operação tiver sido frustrada ou, ainda, revelada prematuramente, eis que suas vidas e as de seus familiares poderiam ficar expostas a retaliações. Nesse caso, recomenda-se a pronta intervenção estatal, incluindo, se o caso, o respectivo agente (e parentes) no programa de proteção às testemunhas, mesmo ausente o respectivo depoimento em Juízo.

Em suma, a finalidade da medida consubstancia-se no combate ao crime organizado, na identificação de integrantes da organização ilícita, desnudando-se a atuação de cada um deles, a extensão dos negócios, de modo

---

<sup>158</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. Atividades de inteligência e processo penal. *In*: IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União – Auditoria da 4ª CJM, 30 de setembro de 2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em: “<http://www.militar.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=124>”.

a revelar outros delitos praticados pela organização, identificar agentes públicos envolvidos ou coniventes, método utilizado para lavar o dinheiro arrecadado, dentre outros. Ainda, poderão ser percebidos avanços na recuperação dos produtos de delitos, tudo para desmantelar a organização.

Em uma visão mais ampla, a importância da utilização da infiltração de agentes não se limita apenas à identificação dos criminosos, mas também à possibilidade de o Estado ter um conhecimento mais aprofundado dessas organizações criminosas, traçando-se um perfil das pessoas que se envolvem com elas, como nascem, como se desenvolvem, como criam toda a estrutura e quais são as lacunas existentes na estrutura social que permitem a existência do fenômeno.

Por fim, não menos importante, o agente infiltrado também possui a incumbência de evitar a prática de crimes.

Ora, é certo que, durante a operação, alguns delitos serão praticados, os quais podem ser, inclusive, acompanhados pelo agente estatal e, muitas vezes, quando necessário, até com a contribuição dele.

Entretanto, colhendo a informação de que um crime grave será praticado, deve o agente infiltrado agir para evitar sua consumação, preferencialmente comunicando seus superiores.

Ademais, ante a gravidade do crime que se cogita praticar, pode (e deve) o agente abortar a operação e agir para evitar sua consumação, por exemplo, no caso em que a organização criminosa pretenda praticar um homicídio.

Evidente que, se possível fazer sem risco à operação, deve o agente manter sua falsa identidade, deixando a interferência para outros policiais. Indubitavelmente, o agente poderia continuar infiltrado, prosseguindo-se a investigação e levando os demais integrantes da organização criminosa a pensar que a frustração da prática do crime se deu por outros fatores.

## 6.7. Reflexos probatórios

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

Por conta das raríssimas operações desenvolvidas até os dias atuais, o intérprete não tem à disposição um relevante roteiro jurisprudencial, inexistindo, igualmente, material prático em quantidade suficiente para pacificar a questão.

Outra importante ferramenta para lidarmos com a questão é o Direito Comparado, aproveitando-se de material legislativo de outros países, que trataram o tema mais profundamente.

Recentemente, no seminário “Crime Organizado: Mecanismos de Combate e reflexos no Estado Democrático de Direito”, realizado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, se discutiu, dentre outros pontos, o mecanismo de infiltração de agentes no Brasil. Marina Ito, correspondente do portal de internet “Consultor Jurídico”, compilou algumas das explanações realizadas, dentre as quais se pode mencionar a opinião de Ana Paula Vieira de Carvalho, juíza da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Segundo seu entendimento<sup>159</sup>, o mecanismo é muito pouco debatido pela comunidade jurídica, raramente há notícias de sua utilização. Prosseguiu a magistrada, a despeito de ter atuado em casos de enorme repercussão no

---

<sup>159</sup> Conforme ITO, Marina. Congresso precisa detalhar uso de agente infiltrado. 12 de maio de 2009, Portal “Consultor Jurídico”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-12/congresso-disciplinar-infiltracao-agente-investigador-crime>.

país (v.g. “Operação Furacão”<sup>160</sup>), dando conta de que nunca lhe foi solicitado o uso de agente infiltrado em uma investigação, numa triste constatação que reflete a realidade brasileira no trato com a medida. Ademais, ponderou que a própria lei impõe dificuldades, principalmente em vista da previsão vaga adotada pelo ordenamento, a qual não oferece, pois, a devida segurança (ao Judiciário, Ministério Público e Polícia) para que a estratégia de investigação seja adotada.

Importante abrirem-se parênteses para analisarmos o direito à prova em nosso ordenamento jurídico.

O direito à prova decorre da própria Constituição Federal, que, ao dispor expressamente sobre os direitos de ação, defesa e contraditório, também assegura o direito à prova. Afinal, de nada adiantaria permitir a qualquer pessoa levar suas postulações a juízo se não lhe fosse conferido o direito de provar suas alegações.

A prova é o meio pelo qual as partes tentam demonstrar os fatos por elas alegados, com o objetivo de formar a convicção do julgador, que, em sua decisão, os usará como fundamentação, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal. A prova será levada ao processo, para que possa ser avaliada pelo juiz, o qual pode, inclusive, determinar, de ofício, a efetivação de prova que considere relevante para a apuração da verdade.

No tocante à finalidade da prova, Vicente Greco Filho<sup>161</sup> argumenta que a finalidade da prova é convencer o juiz, que é seu destinatário. Assim, a finalidade da prova é prática, ou seja, convencer o juiz daquilo que é alegado pela parte. Não há uma busca pela certeza absoluta, que sempre será impossível, mas sim por uma certeza que seja suficiente a convencer o magistrado.

---

<sup>160</sup> A Operação Hurricane foi levada a cabo, pela Polícia Federal, na data de 13 de abril de 2007. desencadeada pela Polícia Federal, uma sexta-feira, em quatro estados - Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia e Distrito Federal -, e levou à prisão 25 suspeitos de envolvimento em uma rede de corrupção e de tráfico de influência, que beneficiaria a máfia do jogo.

<sup>161</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: ed. Saraiva, 1991, p.174.

Busca-se reduzir ao mínimo possível a margem de erro, levando ao juiz uma confortável probabilidade de exatidão. Afinal, não é qualquer dúvida que deve levar o magistrado à absolvição, mas sim a dúvida não pode ser dissipada por uma profunda análise das provas existentes nos autos.

Antonio Scarance Fernandes<sup>162</sup> desdobra o direito à prova em face dos direitos que são conferidos às partes no processo, os quais chegam a oito: direito de requerer a produção da prova; direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção de prova; caso deferida, direito a que ela seja efetivamente produzida, fornecendo-se meios necessários para sua produção; direito de participar da produção da prova; direito ao contraditório durante a produção da prova; direito a que ela seja produzida com a participação do juiz; direito a que, depois de realizada a prova, as partes possam se manifestar a seu respeito; direito a que a prova seja analisada pelo juiz.

Diante do princípio da busca da verdade real, vigente no direito processual penal pátrio, é possível se admitir uma maior flexibilidade na produção das provas, contudo, exige-se maior rigor na sua apreciação quando comparada ao direito processual civil.

Complementando, não adianta somente possuir a prova, mas é necessário validamente acrescentá-la aos autos, respeitando-se, dentre outros, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, não basta infiltrar o servidor numa odiosa organização criminosa, permitindo-lhe conhecer todo o *modus operandi*, membros, detalhes sobre os crimes praticados, dentre tantas outras informações ao seu alcance, sem que se perquiria a utilização dos dados em Juízo.

Em resumo, não satisfaz o magistrado simplesmente saber como a quadrilha age, quem a compõe ou, mesmo, quanto de ilícito circunda as levianas atividades. Isso porque no bojo das decisões, considerando o critério

---

<sup>162</sup> FERNANDES, Atonio Scarance - Processo penal constitucional. – 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pgs. 78/79.

da persuasão racional, deve haver referência aos dados que expressamente constam nos autos, através de decretos fundamentados nos elementos de prova em direito admitidos e coletados na instrução.

Deve-se lembrar que, no Brasil, foi adotado o sistema da persuasão racional, em que ao magistrado deve fundamentar sua decisão em elementos que constem dos autos. Dessa forma, resta-nos debater a maneira como as informações colhidas pelo agente infiltrado serão trazidas aos autos.

Para Rafael Pacheco<sup>163</sup>, torna-se imprescindível, *ab initio*, perceber se a colheita probatória observou todas as cautelas devidas, premissa que não pode ser olvidada na busca pelo sucesso da empreitada. Assim, torna-se imprescindível que constem dos autos relatórios da autoridade policial, os quais descrevem toda a operação e a orientação jurídica que seguiu a investigação, sob pena de não se conceder qualquer valor probatório ao resultado de toda a investigação. Por outro lado, recorda o mesmo autor, que, se a atuação do agente infiltrado observar todas as garantias dos investigados, bem como os limites estabelecidos pela decisão que a autorizou, as provas colhidas serão válidas.

Ora, a própria Lei 9.034/95, por seu artigo 2º, dá conta de que o agente infiltrado se enquadra entre procedimentos de investigação e formação de provas. Não se concebe, pois, que a medida seja repelida simplesmente por sua essência, eis que expressamente é admitida pelo ordenamento.

Questiona-se, então, quando a ação poderia ser considerada válida, observada sem qualquer ponto que a maculasse por completo. Até porque, na ausência de pormenorização legislativa, é o interprete quem deve traçar os paradigmas das futuras infiltrações.

Nesse particular, Flávio Cardoso Moreira<sup>164</sup> apresenta seis requisitos

---

<sup>163</sup> Op. Cit., p.137.

<sup>164</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Portal R2 Direito, (curso de ensino jurídico à distância), disponível no endereço eletrônico: "[http://www.r2learning.com.br/\\_site/artigos/curso\\_oab\\_concurso\\_artigo\\_979\\_A\\_investigacao\\_criminal\\_realizada\\_por\\_agentes\\_infi](http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_979_A_investigacao_criminal_realizada_por_agentes_infi)".

para que a infiltração prospere e, doravante, possa servir como base de eventual decreto condenatório. São eles: a) excepcionalidade da medida; b) autorização judicial; c) juízo de proporcionalidade; d) especialidade, no sentido de que deve ser previamente delimitado o objetivo da investigação, especificando-se, na medida do possível, os crimes e pessoas investigadas; e) motivação da decisão judicial que autoriza a medida; f) controle pelo Judiciário e Ministério Público.

Dentre os requisitos acima colacionados, de se ressaltar a questão da proporcionalidade da medida, item de extrema relevância quando se confrontam medidas estatais com direitos e garantias fundamentais.

A autorização judicial que possibilita a infiltração de um agente em uma organização criminosa atinge, ao menos, o direito à autodeterminação informativa, pois os investigados terão suas conversas e ideias levadas a pessoas as quais eles não sabiam que eram destinatários e, ainda, os direitos à intimidade e vida privada.

Em razão do exposto, *prima facie*, as provas obtidas com a infiltração de agentes teriam origem ilícita, porquanto produzidas em violação a direito constitucionalmente tutelado. Contudo, a providência visa a proteger a sociedade, livrando-a das indesejadas organizações criminosas que tanto corroem os pilares do próprio Estado.

A questão se resolve, portanto, na propalada leitura da proporcionalidade, analisando-se cada caso concreto, como já discutido antes<sup>165</sup>.

Então, não se deve apegar-se à visão simplista e formalista de acordo com a qual a infiltração de agentes deve ser considerada prova ilícita por atingir direitos fundamentais. A questão merece uma análise mais profunda, considerando-se as características da sociedade atual e da criminalidade organizada, bem como a necessidade de o Estado possuir meios eficientes de

---

<sup>165</sup> Ver item 6.1.

combate, ainda que extraordinários e dentro de limites impostos pela própria lei e a constituição Federal.

Não se tratando, pois, de atividade ilícita empreendida pelo Estado, tudo o que surgir no desenrolar natural da empreitada pode e deve ser admitido como prova.

Desta sorte, exemplificando, se o infiltrado indica demonstrativos da conduta criminosa, como transação bancária efetuada com o proveito dos ilícitos perpetrados, nada impede requerimento à respectiva instituição financeira para apresentação de movimentações realizadas por determinada conta, dia e pessoa.

Assim, a infiltração de agentes é uma forma de investigação que não deve ser utilizada de forma isolada. Além da ação controlada, já vista, outros recursos investigatórios devem ser utilizados, como a interceptação telefônica, gravação ambiental, filmagens, quebra de sigilos bancário e fiscal, apreensão de documentos e outros.

Dessa forma, diante do coletado na operação, torna-se possível o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, desde que, por óbvio, os autos contemplem prévio requerimento do Ministério Público (ou autoridade policial) ao Poder Judiciário.

Na sequência, é importante debater a juntada das informações que não podem ser comprovadas por documentos, ocasião em que surge a necessidade do servidor que atuou como agente infiltrado forneça seu depoimento sobre situações por ele experimentadas.

Marcelo Batlouni Mendroni<sup>166</sup>, ao se debruçar sobre a hipótese, lembrou que, embora a lei silencie sobre a possibilidade do agente infiltrado ser ouvido como testemunha, esta situação é permitida e, muitas vezes, imprescindível. Em face do longo convívio que experimentou e o amplo

---

<sup>166</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.77.

conhecimento da estrutura e funcionamento da organização criminosa, este agente pode fazer ao magistrado um relato detalhado dos fatos, esclarecendo quaisquer dúvidas existentes. Fica a cargo do juiz a valoração dessa prova no momento de sua decisão.

Alguns autores entendem que, ao ser ouvido como testemunha, a verdadeira identidade do agente infiltrado deve ser mantida em sigilo, como forma de resguardar sua segurança e de sua família.

Discordamos quanto à necessidade de se manter sob sigilo a identidade do agente, pois isso afrontaria diretamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como permitir que uma pessoa preste depoimento em juízo sem que a parte contrária possa conhecê-lo e, se for o caso, contraditá-la. Muito já se cogitou da possibilidade de testemunhas deporem com os rostos cobertos, como ocorre em outros países, mas as ideias sempre foram rechaçadas, em face dos mencionados princípios do contraditório e ampla defesa.

Evidente que há necessidade do Estado resguardar a integridade física e a vida do agente que o serviu (e de seus familiares), mas esta proteção tem que ser alcançada por outros meios.

Eduardo Araujo da Silva<sup>167</sup> aponta uma situação intermediária entre a identificação da testemunha e o testemunho anônimo. Seria a possibilidade de que, com autorização judicial, a defesa tivesse acesso ao nome e eventual alcunha da pessoa protegida, preservando-se os demais dados. Embora ainda se constate uma limitação ao direito à ampla defesa, presume-se que com estes dados a defesa teria condições de verificar se há algum vínculo entre a pessoa e o acusado ou os fatos, apontando a eventual existência de impedimento ou suspeição.

Entretanto, embora mitigue as consequências, esta solução não livra o agente do risco de represálias a ele e seus familiares.

---

<sup>167</sup> Op. Cit., p. 137.

Portanto, entendemos que o depoimento do agente infiltrado somente deva ser colhido quando imprescindível para o julgamento do feito. Assim, caso venha a ser solicitada a revelação de sua identidade para que seja ouvido em juízo, deve o magistrado analisar se há necessidade, indeferindo-a nos termos do § 1º, do artigo 400 do Código de Processo Penal, se não entendê-la imprescindível.

Assim, deve ser evitada a exposição do agente infiltrado. Ele deve ser levado a depor em juízo somente em casos excepcionais. Durante a operação, o agente infiltrado pode proporcionar diversas outras espécies de provas (com autorização judicial quando necessário), como relatórios circunstanciados, fotografias, gravações telefônicas e ambientais, extratos bancários, documentos diversos, informações fiscais, provas periciais, apreensão de bens e valores e outros.

Somente depois de analisado todo o conjunto probatório, deve o magistrado decidir sobre a pertinência de sua oitiva, considerando, ainda, o risco envolvido na revelação da identidade.

Evidente que há hipóteses em que o depoimento do agente será extremamente pertinente ao processo, justamente pelo amplo conhecimento de todas as atividades da organização criminosa. Nesses casos, ele deverá ser ouvido e identificado.

Caso a organização criminosa tenha sido totalmente desmantelada, não haverá maiores problemas para sua proteção. A questão é tormentosa (e mais comum) nas hipóteses em que nem todos os integrantes foram presos, a organização não tenha sido totalmente desmanchada ou não se tenha certeza disso.

Nesses casos, o infiltrado deve perceber as proteções legais que outras testemunhas observariam, precipuamente se coagidas ou expostas à grave ameaça por colaborarem com a persecução penal. Ressalte-se, por oportuno, o prévio contato daquele com a estrutura delituosa se deu em nome do próprio

Estado, sobrelevando o intuito de ampará-lo.

No Brasil, convém destacar a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que “Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.”

Nessa seara, Denílson Feitoza Pacheco<sup>168</sup>, ao tratar da situação do agente pós-infiltração, ponderou que deve haver uma gradação de medidas, a depender do caso concreto. Assim, pode haver desde um afastamento temporário das funções até a mudança de local de trabalho e de identidade, como ocorre no programa de assistência a testemunhas ameaçadas, pois o agente infiltrado não deixa de ser uma testemunha dos fatos.

Ademais, muito além de resguardar os agentes infiltrados dos riscos inerentes à empreitada, a Lei 9.807/99 estende a respectiva proteção ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com o servidor, nos termos do artigo 2º, §1º. Noutras palavras, confere maior tranquilidade ao policial para o bom desempenho de sua função, sobretudo pela ciência de que seus familiares estariam abrangidos pelas benesses legais.

De outra banda, após analisar diplomas protetivos ao redor do mundo, Mario Daniel Montoya<sup>169</sup> destacou a importância de se blindar a testemunha no trato com o crime organizado, entendimento do qual devemos comungar. Defendeu que a testemunha que, na prática, necessita de proteção, geralmente

---

<sup>168</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. *Atividades de inteligência e processo penal*. In: IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União – Auditoria da 4ª CJM, 30 de setembro de 2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em: “<http://www.militar.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=124>”.

<sup>169</sup> MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas – Análisis Constitucional y Procesal Penal*. 2ª edição atualizada e ampliada, Buenos Aires: ed Ad Hoc, 2001, p.158-159.

ostenta significativo conhecimento sobre a estrutura da organização criminosa. Ela pode comprovar que determinados delitos foram perpetrados mediante seus contundentes depoimentos, como certamente ocorre com o agente que se infiltrou na organização criminosa.

De certo, nos processos criminais contra integrantes do crime organizado, a tarefa de coletar provas afigura-se extremamente árdua ao aparato estatal, especialmente quando a exposição do *modus operandi* da organização criminosa pode custar a própria vida da testemunha. Daí a raridade de depoimentos.

Como observa Montoya, nos processos contra organizações criminosas a prova testemunhal é o meio de prova mais importante, quando não é o único<sup>170</sup>.

Resumindo, resta concluir à luz do exposto que, observadas as cautelas na realização da infiltração de agentes, ela pode gerar provas relevantes no processo penal, alicerçando eventual e futura decisão condenatória.

Mas, quando as informações puderem ser documentalmente comprovadas, basta o requerimento ao magistrado competente para obtenção do necessário, por meio de petição fundamentada da autoridade policial ou do *Parquet*.

Já, na hipótese de imprescindível confirmação por testemunho, nada impede que o infiltrado dê o seu valioso depoimento, tornando-se crucial que o Estado atue para protegê-los das conseqüências advindas.

## **6.8. Agente infiltrado e agente provocador**

Quando se trata de infiltração de agentes, uma das principais críticas que se faz é sobre a possibilidade de o Estado, por meio de seu agente, dar

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p.160.

causa a ocorrência de crimes.

Pondera-se que o papel do Estado é prevenir e reprimir a prática de infrações penais e, quando se autoriza a infiltração de agentes, ele estaria realizando exatamente o contrário, ou seja, estaria provocando a prática de crimes.

Entretanto, em uma aprofundada análise do instituto, verifica-se que há grande disparidade conceitual entre agente infiltrado e agente provocador, porquanto cada qual percebe consequências distintas no plano fático.

De um lado, tem-se a figura do agente infiltrado, importante instrumento de combate ao crime organizado em diversos países, antevisto em tratados internacionais de motivação repressiva e, sem dúvidas, de significativa pertinência à defesa da sociedade. De outro, o polêmico agente provocador, que nutre padrões de conduta que podem levar ao fracasso de toda e qualquer medida a que estiver vinculado, tornando inúteis esforços presumidamente legítimos.

Ao iniciar a análise, cumpre apresentar divergências pontuais entre tais atividades desenvolvidas por policiais, de infiltração e provocação, com o fito de enriquecer o debate.

Na visão de Marcelo Batlouni Mendroni<sup>171</sup> não há como confundir o “agente infiltrado” com o “agente provocador”. O primeiro age sob ordem e com autorização para infiltrar-se, mantém sempre uma atitude passiva, atua somente em conjunto ou com apoio dos demais integrantes da organização criminosa, ou quando inevitável para manter oculta sua qualidade de agente do Estado. Já o segundo atua ofensivamente, dá causa à prática criminosa, instiga ou induz os investigados a praticarem uma conduta criminosa. Como exemplo de agente provocador, o autor exemplifica com o policial que solicita a uma pessoa que acredita ser traficante, que lhe venda algumas porções de

---

<sup>171</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.79.

droga.

Assim, o agente provocador é o agente estatal que induz outra pessoa à prática de um crime e contribui com sua execução, seja como co-autor, seja como partícipe. É certo que este agente não age com a intenção de pôr em risco um bem jurídico ou para satisfazer algum interesse pessoal, mas sim com a intenção de que a pessoa provocada venha a sofrer uma sanção penal em face de sua conduta. A principal característica do agente provocador é que seu comportamento é contraditório, pois ao mesmo tempo em que não pretende a lesão ao bem jurídico, deseja que o investigado volte sua ação criminosa contra este mesmo bem jurídico, para que possa, ao final, ser punido. Muitas vezes não se consegue garantir a proteção ao bem jurídico, o qual é lesionado, apenas para que o provocado possa efetivamente vir a ser punido.

Há, à evidência, a necessidade de um preparo psicológico e moral do agente que atuará infiltrado em uma organização criminosa, pois seu comportamento ditará a validade do conteúdo probatório arrecadado.

Como exemplo bem simplificado, basta imaginar policial que, ocultando sua verdadeira identidade, ingressa em organização criminosa de furto e desmanche de carros, com a precípua finalidade de prender seus integrantes. Até esse momento, não se pode afirmar seguramente qual será sua natureza, de agente infiltrado ou provocador. Por isso, resta imprescindível a leitura de seus próximos passos.

O servidor permanece atrelado ao grupo delituoso e, depois de certo tempo, nunca presenciou ou teve ciência de qualquer subtração de veículo (embora esteja certo de que a qualquer momento os crimes podem ocorrer), pois a quadrilha, ao que se percebe, está em latente funcionamento. Nesse ponto, duas hipóteses podem se verificar:

a) Afoito em desbaratar a quadrilha, o policial, por conta própria, prepara um automóvel com as características costumeiramente desejadas pelo

bando, estaciona-o em local previamente planejado e que, de antemão, sabe que é observado pelos criminosos e finaliza ao adverti-los da pretensa *res furtiva* como estímulo ao ato espúrio. Em seguida, com a subtração daquele bem, noticia o fato aos seus superiores que, municiados das informações prestadas, efetuam a prisão no depósito utilizado para desmanche.

b) Paciente, aguarda o tempo necessário até a efetiva intervenção e sabe, tempos depois, de um furto planejado sem a sua contribuição intelectual. Ao se dirigir até o depósito para desmanche, surpreende a *res furtiva* descrita nas tratativas prévias, comunicando seus pares que, de maneira eficaz, logram êxito em capturar os quadrilheiros.

Embora de extrema singeleza o exemplo apresentado, depreende-se que, na primeira hipótese, a intervenção estatal somente se concretizou pela atuação do policial enraizado no grupo, verdadeiro responsável pelo desencadear dos fatos, subsistindo-se a figura do agente provocador.

Já, noutro episódio, a organização teria delinquido com ou sem a participação do servidor. Ele simplesmente repassou as informações que lhe foram confiadas pelos criminosos, nada mais. Assim, neste último desdobramento, a atividade estatal somente prosperou diante da infiltração policial, não há nada, pois, que macule a captura.

Em apertada síntese, a distinção entre as espécies não se estabelece (regra geral) no nascedouro da empreitada, mas na maneira como ela se desenvolve. Resta perfeitamente possível que um policial tenha se infiltrado regularmente na organização criminosa e, na ânsia de colher rapidamente o fruto de sua atividade, abandone a passividade que deveria nortear sua conduta e assuma papel de destaque no cometimento do injusto, tornando-se responsável pela prática delituosa.

Como menciona Rafael Pacheco<sup>172</sup>, a diferença entre o agente provocador e o infiltrado, é que este não exerce qualquer influência na

---

<sup>172</sup> Op. Cit., p.139.

determinação de praticar o crime, enquanto aquele contraria o Estado Democrático de Direito, que repudia a primeira conduta, especialmente se praticada por um representante seu, que tem o dever de coibir a prática de crimes.

Percebe-se que entre o agente provocador e o agente infiltrado existe significativa diferença, pois este último é considerado homem de confiança e age de acordo com os ditames legais, enquanto aquele é, em geral, repudiado pelos sistemas legislativos.

No caso do agente infiltrado, o criminoso praticaria o delito independentemente de sua atuação, enquanto agente estatal, porque ele funciona tão somente como alguém que recebe a informação e aguarda a prova. De outra via, o agente provocador não se contenta em aguardar a ocorrência do delito, partindo para a provocação do crime, mesmo diante da predisposição do agente para o crime.

Em suma, o agente provocador interfere de maneira significativa na cadeia de acontecimentos, deixando o Estado de mãos atadas diante de uma atividade criminosa que provavelmente aconteceria, mesmo depois de algum tempo.

A expressão original, *l'agent provocateur*, como recordam Sergio Luis Lamas Moreira e Marcus Vinicius Lamas Moreira, possui origem francesa, nas práticas absolutistas, definindo a pessoa que induz ou instiga alguém a cometer um determinado crime, com o intuito de possibilitar a prisão em flagrante do executor<sup>173</sup>.

O que interessa aos responsáveis pela operação, pois, é evitar que o servidor infiltrado desvirtue sua empreitada tornando-se, inadvertidamente, provocador, de modo a transportar uma conduta inicialmente legítima para o

---

<sup>173</sup> MOREIRA, Sérgio Luis Lamas; MOREIRA, Marcus Vinicius Lamas. Indagações sobre o agente provocador e o agente infiltrado. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.11, n.128, p.14-15, jul.2009, *apud* PACHECO, Rafael. Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba: editora Juruá, 2007, p.139.

terreno da ilegalidade.

Ademais, como observam Manuel João Alves, Fernando Gonçalves e Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>174</sup>, quando o agente atua com vontade e intenção de determinar outrem a praticar um crime, está agindo também com dolo em relação à sua prática. Ou seja, analisando-se o comportamento do agente provocador, verifica-se que ele também tem a intenção de ver o crime se consumar, ainda que praticado por interposta pessoa. Não obstante a possibilidade de se vislumbrar uma atenuante relativa ao relevante valor social, o fato é que o agente provocador possui dolo em relação ao crime que determina a prática ao investigado<sup>175</sup>.

Este dolo, se não direto, uma vez que o agente provocador pode realmente acreditar que poderá evitar a consumação, será, ao menos, um dolo eventual, no qual ele aceita a possibilidade da consumação em prol de efetuar a prisão do investigado.

A provocação do crime pelo agente estatal infiltrado na organização criminosa leva à ilicitude da prova colhida. Com efeito, se prejudica não apenas a responsabilização dos integrantes da organização criminosa pelo crime a que foram induzidos, mas também se vicia toda a credibilidade do restante das provas colhidas por aquele agente.

O fato de uma agente estatal instigar alguém à prática de um crime para poder, em seguida, responsabilizá-lo criminalmente, afronta o princípio da dignidade humana. Não é permitido ao Estado “testar” todas as pessoas, a fim de perquirir a honestidade e resistência à tentação de cometer crimes.

Como pondera Eduardo Araújo Silva<sup>176</sup>, essa prática é um abuso do

---

<sup>174</sup> ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: editora Almedina, 2001, p. 256 *apud* GUIMARÃES, Isaac Sabbá. O agente infiltrado na investigação das associações criminosas. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: “<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2894>”.

<sup>175</sup> Sobre a responsabilidade penal do agente e a possível configuração de crime impossível, ver o próximo item.

<sup>176</sup> Op. Cit., p. 109.

Estado, que se comprometeu em assegurar a segurança jurídica. Assim, qualquer prova advinda de tal conduta deve ser considerada ilícita perante a Constituição brasileira, por afronta ao princípio da dignidade humana e violação à segurança jurídica, decorrente da própria definição de Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, pois, as péssimas consequências que a transmutação do agente infiltrado em agente provocador traz a toda operação investigativa. Afinal, esse servidor ainda pode responder pela prática do crime provocado conforme as circunstâncias, como partícipe, notadamente quando a preparação do flagrante pelos milicianos não tenha, a contento, impedido a consumação do injusto.

A despeito de todo o exposto, ressalte-se que há quem defenda, por razões plausíveis, definição diversa da questão ora debatida, propiciando-se uma leitura que abarca distinta classificação.

Dessa forma, Manuel Augusto Alves Meireis<sup>177</sup>, ao se debruçar sobre o tema, estabeleceu uma concepção tripartida<sup>178</sup> para classificar o agente estatal que, sem revelar sua identidade ou qualidade, atua próximo à organização criminosa. Nessa seara, compreende as seguintes espécies: a) agente provocador; b) agente infiltrado; c) agente encoberto.

Para o autor, agente infiltrado pode ser definido como o agente da autoridade ou cidadão particular atuando para a Polícia<sup>179</sup> que, sem revelar sua identidade, almeja obter provas para a responsabilização criminal do suspeito ou a informação de novos crimes, ganha-lhes a confiança e se mantém informado acerca de todos os acontecimentos e, eventualmente, acompanha a execução de crimes.

---

<sup>177</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Coimbra, 1999, p.163-164, *apud* ONETO, Isabel. O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas, Coimbra Editora, 2005, p.124 -125.

<sup>178</sup> Tem como critérios de distinção o grau de ingerência dos agentes da autoridade na esfera jurídica dos particulares e nos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

<sup>179</sup> No Brasil, por conta da leitura do artigo 2º, V, da Lei 9.034/95, a doutrina se posiciona no sentido de não admitir o particular como agente infiltrado.

Já, ao definir agente provocador, relaciona-o ao agente infiltrado que passa a instigar ou a determinar que o investigado pratique crimes.

Por fim, Meireis apresenta-nos a figura autônoma do agente encoberto, que é aquele que se mantém passivo em relação à decisão de delinquir, mas estava no local dos fatos sem revelar sua identidade, à espera da ocorrência de algum delito para agir. Ele não provoca a prática de crime, mas também não busca conquistar a confiança de ninguém, aproximando-se da figura do chamado “policial à paisana”<sup>180</sup>.

De outra banda, o autor espanhol Joaquin Delgado<sup>181</sup> concebe o agente infiltrado, bem como servidores relacionados, em diferente perspectiva. Sua leitura do tema apresenta-se sob quatro diferentes prismas.

No primeiro deles, seria o “agente meramente encoberto”, que é aquele que investiga um determinado crime e oculta sua condição de policial, mas sem se utilizar de técnicas de infiltração. Não se presta à investigação de organizações criminosas complexas, limita-se a criminosos que agem de forma isolada ou em pequenas quadrilhas.

Ele define, ademais, o “agente encoberto infiltrado”, que é o que conhecemos como agente infiltrado: aquele que se insere na estrutura de grandes organizações criminosas, passa a conviver nesse meio, praticando as mesmas atividades das pessoas que investiga.

Em seguida, Joaquin Delgado apresenta a definição de “agente encoberto infiltrado com identidade falsa”, que é igual ao agente anterior, mas que se utiliza de identidade falsa. Ele exerce uma função mais complexa, em organizações criminosas em que a única forma de se infiltrar é com o apoio total do Estado, que fornece uma identidade falsa e disponibiliza toda a

---

<sup>180</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Coimbra, 1999, p.163-164, *apud* ONETO, Isabel. O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas, Coimbra Editora, 2005, p.124 -125.

<sup>181</sup> DELGADO, Joaquin. *Criminalidad Organizada*. J.M. Bosch Editor, 2001, págs 46/48 *apud* MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Agentes infiltrados x ação criminosa*. Disponível no Portal Última Instância, 1 de agosto de 2007, através do seguinte endereço na internet: “<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/40534.shtml>”.

estrutura necessária para a operação.

Por fim, surge o “agente provocador”, que é o agente de polícia que oculta sua condição e provoca o investigado a praticar o crime, sem que ele possuísse prévia intenção de assim agir. Assim, ele pode ser qualquer um dos três anteriores que passa a inculcar a ideia criminosa no investigado.

Convém mencionar que o autor apenas faz uma distinção entre o agente infiltrado que oculta sua identidade, denominando-o *agente encubierto infiltrado*, e o *agente encubierto infiltrado con identidad supuesta*, hipótese em que se utiliza identidade falsa.

No mais, não parece ser necessária a divisão acima propalada, porquanto não se retira a qualidade de agente infiltrado, ressaltando-se somente algumas hipóteses em que a mentirosa qualificação é utilizada.

Ademais, diante do perigo envolvido na operação e a violência empregada pelo atual crime organizado, dificilmente se poderia conceber um agente infiltrado que utilizasse seus verdadeiros dados, sob pena de afrontar o essencial sigilo da investigação.

Apenas complementando o exposto, outros doutrinadores se limitam a classificar o instrumento policial em duas espécies: agente provocador e agente infiltrado, vociferando sinonímia entre este e o agente encoberto.

Admite-se, todavia, que, na ponderação de Meireis, não se mostraria inadvertida a colocação do “agente encoberto” autonomamente, destacando-se a linha tênue que o distinguiria do policial em trabalho de rotina.

Analisando-se o direito estadunidense, muito se alega que o agente infiltrado, tal qual concebido em nosso ordenamento, teria paralelo com a figura do *undercover agent*.

Indubitavelmente, o instrumento utilizado nos Estados Unidos da América serviu como modelo a vários ordenamentos, no que procuram sempre relacioná-lo a toda e qualquer atividade de infiltração.

Contudo, muitos de nossos estudiosos não vislumbram a semelhança,

dá-se conta de que tais realidades nutrem essências distintas e cada qual abarca específicos núcleos de atuação.

Nessa linha de pensamento, Flávio Cardoso Pereira e Fernando Gascón Inchausti<sup>182</sup> escreveram que o “undercover agent” é um infiltrado *sui generis*, pois tem como tarefa a realização de operações genéricas, sem que exista uma finalidade específica. Ou seja, apesar dele ser um policial que atua de forma encoberta, não possui uma investigação delitiva concreta, um fato certo.

Em verdade, agente infiltrado e *undercover agent* ostentam alicerces extremamente parecidos, no que se arriscaria analisá-los de maneira conjunta. A diversidade apresenta-se na especificidade que nortearia a atuação do primeiro em prejuízo da generalidade do outro.

Outras vozes respeitáveis, em sentido oposto, compreendem as espécies como realidades semelhantes, para não dizer iguais, preceituando que *undercover agent* e agente encoberto<sup>183</sup> devem ser tratados da mesma maneira. Assim, posicionaram-se José Maria Paz Rubio, Julio Mendoza Muñoz, Manuel Olle Sesé, Rosa M<sup>a</sup>. Rodríguez Moriche<sup>184</sup>.

Por fim, ao analisar a figura do agente provocador, verifica-se que ela guarda uma relação indireta com o *entrapment*, da doutrina norte-americana. Esta, porém, analisa o problema por outro foco: o da responsabilização criminal daquele que praticou uma conduta induzido pelo agente provocador.

Como observado por Mário Daniel Montoya, a jurisprudência norte-americana se inclina a isentar de pena apenas os casos em que o agente provocador incutiu a ideia da prática do delito em outra pessoa, permitindo-se a aplicação de pena nos casos em que demonstre que o sujeito já estava, de

---

<sup>182</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal. Infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Portal Jurídico Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1777, 13 maio 2008. Disponível em: “<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11258>”.

<sup>183</sup> Sinônimo de agente infiltrado conforme o entendimento escolhido.

<sup>184</sup> PAZ RUBIO, José María; MUÑOZ, Julio Mendoza; OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa M<sup>a</sup>. *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*. Madrid: Colex, 1999, p. 395.

antemão, decidido a cometer o delito. Contudo, este tema será melhor analisado adiante.

Conclui-se que não se pode admitir que diferenças conceituais criem percalços à infiltração de agentes, haja vista a importância da medida para o combate ao crime organizado.

## **6.9. Responsabilidade criminal**

O estudo sobre a infiltração de agentes não estaria completo sem que se analisasse o afastamento da responsabilidade penal do agente durante o desempenho de suas atividades junto à organização criminosa, especialmente em virtude do rotineiro convívio com criminosos de toda espécie.

De antemão, desde que o servidor infiltrado tenha sua atuação pautada pela observância de premissas legais e doutrinárias, inevitavelmente deverá ter afastada a responsabilidade penal, tudo para que tão importante instrumento possa efetivamente observar aplicabilidade prática.

De início, inegável que o delito de quadrilha ou bando, premissa do grupo criminoso, estaria em tese caracterizado, mormente quando sua prática, *prima facie*, subsistiria do contexto. Nesse caso, se houver expressa autorização legal e judicial, estaria excluída a ilicitude, pois o agente estaria agindo em estrito cumprimento do dever legal.

Contudo, diante das possibilidades advindas com a infiltração, excluir a responsabilidade penal pela prática do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, apresenta-se, numa análise conglobada, questão de somenos.

Ora, o agente incorporado à organização criminosa irá conviver com toda a espécie de ilícitos e, embora sob a égide do Estado, não poderá se esquivar de inevitáveis provas de confiança aos criminosos, ainda que em limites toleráveis, sob pena de não alcançar o objetivo da operação e, por

vezes, colocar sua vida em risco.

Deve-se reconhecer que é humanamente impossível antever todas as situações que serão experimentadas pelo policial, pois não se sabe como ele será recepcionado pelo grupo, nem qual o *status* que ele ostentará em sua fictícia e nova vida.

Basta imaginar, por exemplo, o agente que se infiltra num bando voltado ao tráfico de drogas. Como é cediço, costumeiramente os endividados com a organização, sem condições alguma de adimplir os débitos percebidos em razão do vício, acabam perdendo a vida em brutais assassinatos, o mesmo acontece àqueles que revelaram a estranhos algo sobre a estrutura criminosa.

Então, nesta situação hipotética, o mentor da quadrilha se dirige ao infiltrado, desconhecendo-lhe a condição e ordena-lhe que mate um devedor de drogas, na frente de todos, sob o pretexto de conferir sua lealdade. Uma negativa, dependendo das circunstâncias, pode custar-lhe a própria vida. Que fazer, então, se inexistente autorização estatal para a prática de homicídios?

É evidente que o agente está proibido de perpetrar crimes. Ele deve, em verdade, abster-se de qualquer prática que extrapole o desiderato para o qual foi selecionado. Contudo, e no caso ventilado acima?

O que se pretende com tais colocações, em resumo, é salientar que em face da omissão de nosso legislador, não encontraremos respostas prontas para toda e qualquer situação. O operador do direito deve analisar pormenorizadamente o caso concreto.

Não devem ser admitidos excessos, tampouco que o agente se aproveite da situação, acreditando que todos os seus atos terão o respaldo público. Doutro lado, não se afigura plausível que o ordenamento deixe suas mãos atadas, obrigando-lhe a atuar com a aparência de paladino da lei, moral e bons costumes, numa conduta que prontamente seria repelida por quem se acostumou ao rotineiro cometimento de ilícitos. Assim, se não pode transgredir as normas, que ao menos não deixe transparecer o repúdio.

Se ponderarmos as condutas potencialmente destinadas ao infiltrado, sua participação no bando poderia ser projetada em três situações: a) simples colheita de dados, num papel de informante; b) consubstanciar-se na própria provocação do injusto<sup>185</sup>; c) participação de empreitada criminosa previamente delineada, sem o seu acréscimo intelectual.

Na primeira hipótese, em regra, não haveria maiores problemas, pois facilmente se vislumbra eventual excesso ou causa excludente do crime. Já, no caso do agente efetivamente estimular a ação delituosa, subsistiria o flagrante provocado, hipótese de crime impossível por entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal<sup>186</sup>, pelo qual quedaria inútil qualquer imputação aos integrantes do grupo.

Da mesma forma, no caso de lesão ao bem jurídico causado pela atuação do agente provocador, ele deve ser responsabilizado criminalmente. Ainda que sua intenção seja a responsabilização das pessoas investigadas, não há como se reconhecer a existência de, ao menos, um dolo eventual em seu comportamento.

Subsiste, então, a participação em atividade criminosa anteriormente concebida, sem qualquer provocação do agente ao seu deslinde. É a hipótese de co-autoria ou participação do agente em crimes que já se sabe, de antemão, são praticados pela organização criminosa investigada. Assim, a atuação do agente não é indutora do crime, que já é prática comum naquele ambiente, ela apenas auxilia a preparação ou execução do delito.

Nesse caso, deve-se retirar qualquer imputação ao policial, salvo na ocorrência de excesso injustificado de sua parte. Isso porque não há como se admitir que o agente esteja desprotegido das consequências decorrentes da infiltração. Como não há expressa determinação legal nesse sentido, devemos

---

<sup>185</sup> Sobre este ponto, a despeito dos acréscimos oportunos nessa linha de discussão, remetemos à leitura do item que aborda as diferenças entre agente infiltrado e agente provocador.

<sup>186</sup> Súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

nos socorrer das excludentes já previstas na sistemática penal.

Por tais motivos e, com o devido acatamento, ousa-se taxar de infeliz a ponderação da lavra de Luiz Flavio Gomes e Raul Cervini, extraída de obra lançada pouco depois da entrada em vigor da Lei 9.034/95 (bem antes da alteração percebida em 2001 que, dentre outros, incluiu o agente infiltrado no texto legal). Nela os autores, ao comentarem o veto presidencial ao inciso I, do artigo 2º (que previa a infiltração de agentes), asseveraram que pouco se poderia esperar desse meio investigatório, pois jamais seria possível que uma lei autorizasse um agente infiltrado a praticar crimes<sup>187</sup>.

O que se questiona é a leitura precipitada de que pouca eficácia seria de se esperar de tal meio investigatório, sem de outra via (diante do êxito da medida em outros países), ao menos, apresentar soluções que viabilizassem a hipótese.

E, passado algum tempo, com a positivação da medida em 2001, ações nesse contexto já se apresentaram extremamente oportunas e proveitosas, conferindo o mínimo necessário para considerar a infiltração de relevante eficácia e, conseqüentemente, demonstrar quão válido seria debruçar-se sobre o tema para aprimorá-lo.

Bem trabalhada, a infiltração pode ser de extrema valia ao Estado e consistir em indispensável ferramenta para o combate ao crime organizado.

Na tentativa de solucionar o problema, Alberto Silva Franco<sup>188</sup> apresentou diversos entendimentos pertinentes sobre o tema, salientando que no projeto original era prevista a exclusão da antijuridicidade da conduta do agente no decorrer de sua atividade como infiltrado. Já na doutrina, a discussão perdura, sem que exista um consenso. Há quem defenda a exclusão da ilicitude por ter ele agido em estrito cumprimento do dever legal ou no

---

<sup>187</sup> CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 1995, p.91.

<sup>188</sup> FRANCO, Alberto Silva. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora RT, 2002, p. 584.

exercício regular de direito, enquanto outros preferem a exclusão da culpabilidade, por entender que o agente trabalha sob obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal. Por fim, salienta, ainda, que há quem defenda que a não responsabilização do agente infiltrado decorre de uma escusa absolutória, pois embora ele pratique o crime, não é responsabilizado em razão de política-criminal.

Igualmente, Flávio Cardoso Pereira<sup>189</sup> faz uma leitura de modo a conglobar os posicionamentos acerca da matéria, acrescentando as hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e de atipicidade em face da teoria da imputação objetiva. Contudo, posiciona-se pela exclusão da antijuridicidade, por entender que o infiltrado age no estrito cumprimento de dever legal.

Outros autores também protestam pela exclusão da antijuridicidade, para os quais esse é o melhor caminho para blindar o agente bem intencionado que se propõe a participar de arriscada operação<sup>190</sup>.

Em contrariedade ao entendimento, alguns discutem que a prática de crimes pelo infiltrado nunca poderia ser lida como estrito cumprimento do dever legal, quiçá uma excepcionalidade. Destarte, o ordenamento faculta a prática de crime apenas em situações previamente definidas e relevantes, como estado de necessidade e legítima defesa, nunca, todavia, concebendo-a como um dever.

Ademais, ao contribuir na prática de crimes, o agente estatal estaria fazendo exatamente o contrário daquilo que a lei e a Constituição determinaram, pois em vez de evitar a prática de crimes ou agir para

---

<sup>189</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). *Limites Constitucionais da Investigação* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 119.

<sup>190</sup> Por exemplo: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.71; e PACHECO, Rafael. *Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial*. Curitiba: editora Juruá, 2007, p.131.

identificar autores de delitos, estará contribuindo para que novos delitos ocorram.

Doutra banda, poder-se-ia cogitar da ausência de tipicidade, em vista da aplicação da teoria da imputação objetiva, segundo a qual o risco permitido deve ser tolerado pela dogmática penal.

Noutras palavras, a função repressiva do direito penal deveria ser sopesada quanto aos ilícitos perpetrados pelos quadrilheiros, verdadeiros criminosos, não pela atitude do policial que tenciona apurá-los. Embora não esmiuçada, há efetiva e notória previsão legal da infiltração de agentes, de modo que os riscos daí advindos, desde que, dentro de limites razoáveis, restariam permitidos pelo ordenamento.

Considera-se um risco permitido tomando-se em conta o critério do significado social do comportamento, que, como ressaltado por Alessandra Orcesi Pedro Greco<sup>191</sup>, decorre da utilidade social do perigo após a análise do balanço entre o bem jurídico sacrificado e o benefício social obtido.

A conduta do infiltrado traduzir-se-ia, em síntese, num risco juridicamente permitido, coadunando-se, pois, com a aplicação da teoria da imputação objetiva, sobrelevando-se que a punição ao policial não atenderia aos anseios sociais.

Sem prejuízo, nem precisaria o crivo da imputação objetiva para aferir a responsabilidade penal, bastando, tão somente, afastá-la desde logo pela análise da imputação subjetiva. Afinal, o dolo da conduta do servidor estaria ausente sem o propósito de delinquir, numa análise do elemento trazido ao fato típico pelas concepções de Hans Welzel. Destarte, suprimida a intenção criminosa do contexto, faleceria a própria existência do crime.

Contudo, parece-nos que a distinção entre aquilo que é crime, expressamente previsto em lei, e as funções dos agentes estatais (em especial

---

<sup>191</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A autocolocação da vítima em risco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

a Polícia) são evidentes e não permitem qualquer confusão, cabendo a eles evitar a ocorrência do delito. Portanto, embora não pretenda aferir qualquer vantagem com a prática do crime, o agente infiltrado possui consciência de que o ato é criminoso e voluntariamente o pratica.

Outro ponto a ser considerado, não menos oportuno, classificaria a atividade do agente infiltrado como escusa absolutória, ao tratar sua irresponsabilidade como desdobramento de política criminal.

Na escusa absolutória, o legislador entende que, por razões de conveniência, é melhor tolerar a prática do crime, do que punir seu autor. Assim, reconhece-se a ocorrência do crime, mas seu autor não é punido.

Entretanto, entendemos que se carece de expressa determinação legal classificando a conduta como escusa absolutória, como ocorre noutras hipóteses em nosso ordenamento jurídico.

Fala-se, ainda, em consentimento do ofendido, pois como o agente estaria atuando com autorização legal e de seus superiores e a polícia tem conhecimento de sua atuação, o Estado estaria concordando com a lesão ao bem jurídico.

Contudo, não se pode admitir tal argumentação, primeiro porque em crimes na qual a vítima é a sociedade, os superiores hierárquicos jamais poderiam dispor do bem jurídico tutelado, que pertence a toda coletividade. Ademais, a autorização legal e administrativa que possui o agente não lhe permite a prática do crime, mas tão somente o acompanhamento do investigado, a fim de colher informações e, ainda, evitar a sua prática.

Nas hipóteses em que o titular do bem jurídico tutelado for uma terceira pessoa, por exemplo, um crime patrimonial, se houver consentimento do proprietário, certamente não poderá haver responsabilização criminal do agente infiltrado. Porém, o mesmo raciocínio se aplica igualmente aos investigados, que também não seriam responsabilizados criminalmente, ainda que não tenham consciência do consentimento.

Também se argumenta que a isenção de responsabilidade, quando da prática do crime, poderia ocorrer em virtude do estado de necessidade, causa excludente da ilicitude.

Embora se possa imaginar algumas hipóteses em que seja possível o agente infiltrado socorrer-se do estado de necessidade, é forçoso reconhecer a dificuldade de configuração dessa excludente nos crimes rotineiramente praticados por organizações criminosas, ante a dificuldade de se apresentarem alguns de seus requisitos essenciais.

Para que se configure a excludente de estado de necessidade é necessário que exista uma situação de perigo atual a um bem jurídico próprio ou alheio, que seja inevitável a produção do resultado, que não se exija o sacrifício do bem jurídico em perigo, que o mal a ser produzido não seja maior do que aquele que se tente evitar, que a situação de perigo não tenha sido produzida intencionalmente pelo agente e, ainda, que ele não tenha por dever de ofício a obrigação de enfrentar a situação de perigo.

Ora, somente em relação a crimes muito leves pode-se argumentar que a prática de um crime se justifica pelo interesse de sucesso na investigação. Da mesma forma, ao infiltrar-se voluntariamente em uma investigação, o agente sabe dos riscos e tem que estar preparado para situações como essa, ou seja, certamente está, ele mesmo, criando a situação de risco. Por fim, evidente que o agente encarregado de investigação policial está obrigado a evitar a prática de crimes. Somente não agirá para evitá-lo se a situação for tal que sua interferência seja totalmente inócua.

Adquire relevo, nesse terreno, a tese de que o agente estaria amparado por causa supralegal de exclusão da culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa.

Ademais, a hipótese não serviria apenas nos casos em que a vida do agente estivesse em risco, mas também para preservar a própria operação se alternativa não lhe socorresse.

Dentro do quadro legislativo atual, que foi omissivo em relação ao tema, entendemos que essa é a melhor solução para a exclusão da responsabilidade do agente infiltrado em relação aos crimes que praticar no curso da operação.

Ao compilar os diversos entendimentos doutrinários acerca do tema, verificam-se as principais soluções apontadas: causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, escusa absolutória em razão de política criminal, excludente de ilicitude de estrito cumprimento do dever legal, excludente de ilicitude de estado de necessidade, atipicidade por ausência de dolo e atipicidade por ausência de imputação objetiva.

Há outro ponto relevante, ademais, que entende a exclusão da responsabilidade penal do agente somente em alguns casos, nas hipóteses de afronta a bens jurídicos patrimoniais e supraindividuais, resguardando-se outros, principalmente, a vida humana.

Em tais casos, quando a vida de outrem esteja ameaçada, incumbindo ao agente ceifá-la por comando do grupo criminoso, seria o caso de abandonar a operação, se presente lapso que o permita, mudando-se os rumos da investigação.

Por óbvio, quando o agente está, de maneira hipotética, obrigado a matar alguém imediatamente (sob pena de ser ele próprio alvejado), deve fazê-lo não somente pela qualidade de infiltrado, mas numa atitude que qualquer pessoa levaria adiante, excluindo-se, destarte, a culpabilidade, ante a coação moral irresistível.

Todavia, sendo possível o afastamento pelo infiltrado do grupo, evitando, desse modo, a prática de crimes hediondos (diante da maneira como execuções sumárias do mundo criminoso geralmente são levadas a efeito), talvez não lhe socorresse qualquer amparo permissivo se prosseguisse na operação, eis que extrapolaria sobremaneira a finalidade para a qual se prestava.

Entretanto, como já mencionado, entendemos não haver uma solução

geral para a isenção da responsabilidade penal de todos os atos delituosos praticados pelo agente infiltrado durante a operação.

Na ausência de uma previsão legal específica sobre o tema, deve-se analisar o caso concreto, ponderando-se para cada um deles a solução.

Dessa forma, várias soluções podem emergir de acordo com a situação experimentada pelo agente durante a investigação.

Como exemplo, imaginemos a hipótese em que o líder de uma organização criminosa, desconfiado do envolvimento do agente infiltrado, determina que ele atire em uma pessoa para comprovar sua lealdade ao grupo e, em seguida, aponta uma arma para o agente, afirmando que, se ele não matar aquela pessoa, ele imediatamente matará o agente e aquela pessoa. Caso não exista possibilidade, de o agente infiltrado evitar o trágico desfecho, caso ele venha a matar aquela pessoa, ficará isento de pena em virtude da causa excludente da culpabilidade da coação moral irresistível.

No mesmo exemplo, se o agente optar por disparar contra o coator (caso seja possível), poderá se valer da excludente da ilicitude da legítima defesa.

Com relação ao crime de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal), como a própria lei prevê a possibilidade da infiltração, o agente valer-se-á da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

Já no tocante à prática de outros crimes, de menor gravidade, que tenham que ser praticados pelo agente para demonstrar seu comprometimento com a organização criminosa (como por exemplo, furtos, falsificação de documentos, contrabando e descaminho, etc.), entendemos que o agente poderá se valer da causa supralegal de excludente da culpabilidade, denominada inexigibilidade de conduta diversa.

A despeito da discussão teórica aqui apresentada, não importa em termos práticos qual será, efetivamente, o instituto que resguardará o servidor, se ausência de imputação subjetiva, teoria da imputação objetiva, escusa

absolutória, excludente de ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa (como causa supralegal de exclusão da culpabilidade). Importa, pois, que o crime organizado seja combatido, aplaudindo-se qualquer tentativa de bem utilizar os instrumentos conferidos pelo nosso sistema jurídico.

Evidentemente que o ideal seria a edição de uma lei que prevesse, ao menos, limites mínimos para a atuação do agente, o que forneceria maior segurança para a utilização do instituto. Foi o que fez a Argentina, com a edição da lei n° 24.424, que em seu artigo 7° introduziu o artigo 31 *ter.* na lei n° 23.737<sup>192</sup>.

Assim, em lei relativa ao combate ao tráfico de entorpecentes, prevê-se que o agente infiltrado não será punido quando em consequência do desenvolvimento da operação, se se vir compelido a praticar um crime, desde que ele não ponha em perigo certo a vida ou a integridade física de uma pessoa ou imponha grave sofrimento físico ou moral a outro.

Além desse interessante critério utilizado pelo país vizinho, deve-se analisar a hipótese de que um futuro dispositivo a tratar do tema também inclua entre os crimes proibidos, aqueles em que não exista a possibilidade de o Estado, posteriormente, reparar o dano causado pelo crime.

Por outro lado, essa lei deve, ainda, prever a responsabilidade criminal do agente pelos excessos cometidos.

---

<sup>192</sup> 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”. (Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 24.424 B.O. 9/1/1995).

## **7. CONCLUSÕES**

1) O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro, possui dois lados que, por vezes, entram em conflito. Impõe-se, de um lado, um limite ao poder estatal, que deve respeitar os direitos fundamentais que decorrem do princípio em comento. Doutra banda, há necessidade de uma prestação positiva, que consiste no dever do Estado em agir de forma eficaz para concretizar a proteção a esses direitos. Na persecução penal, compete ao Estado buscar o equilíbrio entre o garantismo e a eficiência.

2) A figura do criminoso vem sofrendo profundas alterações nas últimas décadas. Atualmente, a criminalidade é organizada, possui estrutura empresarial, vale-se de pessoas jurídicas, atinge bens jurídicos difusos e aproveita-se dos avanços tecnológicos, da globalização e da internet.

3) As organizações criminosas têm sabido se aproveitar da globalização especialmente do avanço dos meios de comunicação e a diluição das fronteiras entre os Estados, para a prática das mais diversas formas de delitos, em especial os crimes econômicos. Elas valem-se das lacunas encontradas nas legislações de alguns países, na dificuldade de se conduzirem investigações transnacionais e na burocracia que envolve a relação entre as nações.

4) Diversas são as soluções que a doutrina vem discutindo para o combate a essa criminalidade organizada, como a diminuição da burocracia na relação entre os Estados, a uniformização da política criminal, cooperação policial e judicial na repressão a esses delitos, criação de tribunais internacionais e a criação de novos mecanismos de investigação que façam frente à estrutura e

poderio do crime organizado. Dentre elas, apontamos a ação controlada e a infiltração de agentes.

5) Embora se reclame um conceito legal mais preciso do que se entenda por crime organizado, deve-se admitir a enorme dificuldade em se chegar a uma definição precisa, que não se torne obsoleta, haja vista a rapidez da evolução e capacidade de mutação das organizações criminosas. Assim, o conceito trazido pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), conquanto vago, atende aos anseios decorrentes do princípio da legalidade.

6) O crime organizado é dinâmico e flexível, atua nas mais diversas áreas e com enorme capacidade de adaptação ao meio social, político e legislativo com o qual convive. Aponta-se, no entanto, como suas características mais comuns: a) estrutura hierárquico-piramidal; b) planejamento empresarial com o alto padrão organizativo; c) uso de meios tecnológicos avançados; d) recrutamento de pessoas; e) divisão funcional de atividades; f) conexão estrutural ou funcional com o poder público, aliada a um alto poder de corrupção; g) membros restritos; h) capacidade de estabelecer relações com o poder político; i) oferta de prestações sociais; j) divisão territorial das atividades ilícitas; k) uso de violência e intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colaboração ou o silêncio de pessoas não participantes do núcleo criminoso; l) domínio territorial; m) alta capacitação para a prática de fraudes; n) conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações criminosas; o) acumulação de poder econômico; p) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilicitamente através da “lavagem de dinheiro”.

7) A ação controlada consiste no retardamento da ação policial diante de um crime em curso, de modo que se adia a prisão em flagrante, enquanto se monitora a atuação dos autores do delito e o destino dos bens ilícitos, até que se alcance o melhor momento para a colheita de provas, visando-se a identificar outros integrantes da organização criminosa responsável pelos fatos e descobrir a prática de outros delitos.

8) Ao analisar o sistema processual penal pátrio e o direito comparado, conclui-se que a ação controlada e a entrega vigiada são nomenclaturas distintas para o mesmo método investigatório, vez que não possuem elementos que as distingam.

9) Embora seja método investigativo autônomo, que pode ser utilizado isoladamente, a ação controlada percebe melhores resultados quando seu emprego é acompanhado de outras formas de investigação, como a interceptação telefônica e a infiltração de agentes.

10) Embora de extrema utilidade, a ação controlada deve ser planejada e realizada com a maior eficiência possível, de forma que o Estado possa, a qualquer momento, intervir para fazer cessar a atividade delituosa, para que as pessoas e bens vigiados não saiam da esfera de vigilância dos agentes encarregados e se perca a oportunidade de efetuar a prisão das pessoas já identificadas.

11) É indispensável que o Estado exerça controle sobre a utilização da ação controlada como meio investigatório, de forma a evitar que agentes que se desvirtuem para a prática de ilícitos não a usem como justificativa para encobrirem suas participações em ações criminosas.

12) Dessa forma, para evitar o mau emprego do instituto e por ele atingir direitos resguardados constitucionalmente, mostra-se imprescindível a autorização judicial e a notificação do Ministério Público para a utilização da ação controlada.

13) A ausência de detalhamento legislativo acerca do procedimento da infiltração de agentes dificulta a aplicação do instituto, vez que as inúmeras questões decorrentes do emprego dessa espécie de investigação têm que ser solucionadas pela doutrina e pela jurisprudência. Entretanto, o instituto é aplicável e, apesar da omissão do legislador, constitui importante mecanismo de combate ao crime organizado.

14) A utilização da infiltração de agentes não viola a Constituição Federal, pois embora atinja direitos individuais dos investigados, encontra respaldo no princípio da proporcionalidade, uma vez que tais direitos cedem em face do interesse de todos os cidadãos na segurança pública.

15) Da mesma forma, entendemos que a infiltração de agentes não fere a ética que deve nortear o Estado na utilização de meios investigatórios. Quando empregada da forma correta, esse método de investigação não influencia o discernimento dos integrantes da organização criminosa e é uma das formas mais eficazes de retirar do seio social esses nefastos entes.

16) Para que se obtenha sucesso na investigação, a infiltração de agentes deve ser acompanhada de severo controle estatal, para que, constantemente, se verifique a lisura do comportamento do agente, a pertinência das informações colhidas, a necessidade de prosseguimento da medida e, ainda, se possa garantir a segurança do agente encarregado.

17) O controle é feito não apenas pelos superiores hierárquicos do agente escolhido, mas também pelo Ministério Público, que, como destinatário inicial dos elementos colhidos, deve ter ciência de todo o desenrolar da investigação e estabelecer os rumos que entender convenientes para a propositura da futura ação penal. Também, por expressa determinação legal, a investigação deve ser precedida de circunstanciada decisão judicial.

18) Para que seja deferida a medida, tendo em vista a violação de direitos fundamentais do investigado e o grande risco à vida e à integridade do agente, deve-se demonstrar que a infiltração é extremamente necessária para apuração dos fatos e que as mesmas informações não puderam ser obtidas por outros meios de provas.

19) O pedido para a utilização de infiltração de agentes deve conter todos os elementos conhecidos sobre a organização investigada, o objetivo da missão, o agente que será utilizado, sua capacitação para o mister, a estratégia que será empregada, a identidade de que se valerá o agente, quais os riscos envolvidos, como será feita a comunicação entre o agente e seus superiores e qual o plano para o seu resgate em caso de perigo concreto.

20) Já a decisão circunstanciada que autoriza a utilização de agentes infiltrados, após análise da necessidade e da conveniência da medida, deve conter a periodicidade dos relatórios, o seu prazo de duração, estabelecer os limites da atuação do agente, dentre outras determinações específicas ao caso.

21) O encerramento da operação não depende de prévia decisão judicial, deve ser decisão a ser tomada pela autoridade policial e pelo Ministério Público, a primeira como coordenadora da investigação e o segundo como destinatário inicial da prova. Resta imprescindível, desse modo, o contato

periódico entre o promotor de justiça e o delegado responsável pela investigação, a fim de que fixem os rumos da operação, verifiquem o aproveitamento da medida e o melhor momento para encerrar a infiltração. Evidente que o juiz pode, a qualquer momento, decretar o fim da operação, quando verificar a ineficiência da medida ou o aumento do risco ao agente.

22) Apesar da Lei 9.034/95 ter previsto que podem servir como agentes infiltrados os agentes de polícia ou de inteligência, com base no disposto no artigo 144, § 1º, inciso IV e § 4º, da Constituição Federal, entende-se que essa tarefa somente pode ser cumprida por policiais. Tanto assim, que os textos legais que se seguiram à lei e trataram do tema, como as leis 10.409/03 (já revogada) e a 11.343/06, previram somente a utilização de policiais como agentes infiltrados.

23) O sucesso da investigação por meio da atuação de agente infiltrado depende de uma criteriosa seleção e competente preparo do policial que atuará. Ele deve participar voluntariamente e receber todas as informações possíveis para se preparar para o convívio na organização criminosa e a adaptação à sua nova identidade.

24) O sigilo é elemento essencial da infiltração de agentes, pois permite a aceitação do agente pela organização criminosa e resguarda sua integridade física e sua vida.

25) O Estado deve não apenas fornecer uma falsa identidade ao agente infiltrado, mas também criar todo um passado ao personagem criado, fornecendo-lhe fotos antigas, documentos, falsos amigos e parentes.

26) O acesso aos autos que tratam da infiltração de agentes somente se dará, para o advogado, após o término da operação, sob pena de se inviabilizar a utilização desse meio de investigação, tornando-o totalmente inútil.

27) A tipificação da conduta daquele que revelasse a operação ou a verdadeira identidade do agente seria uma das formas de zelar pela segurança do agente e o sucesso da operação.

28) Para que a infiltração de agente alcance o objetivo pretendido, muitas vezes é necessário que a operação se prolongue por grandes períodos, tempo suficiente para que ele ganhe a confiança dos integrantes, possa ter acesso às informações úteis para investigação, conheça a identidade dos chefes e entenda o funcionamento da organização. Por isso, a omissão do prazo de duração da medida, na lei, decorre da necessidade de se estabelecer um prazo de acordo com a situação concreta, ou seja, a complexidade da investigação e da organização criminosa alvo da medida.

29) A infiltração de agentes tem como objetivo identificar os integrantes da organização criminosa, delinear-lhes a atuação, aferir quem são os chefes, a extensão dos negócios, as atividades ilícitas praticadas pela organização, a participação de agentes públicos envolvidos ou coniventes, localizar o destino do produto dos crimes, o método de lavagem de dinheiro, dentre outros.

30) Durante a operação com o agente infiltrado, podem ser solicitadas ao Poder Judiciário outras medidas paralelas, que auxiliem na comprovação dos fatos investigados, como busca e apreensão de documentos, quebra de sigilo fiscal e financeiro e outras. Essas medidas visam a documentar os elementos revelados pela infiltração.

31) Se for imprescindível para o esclarecimento dos fatos, o juiz, atendendo a pedido das partes, poderá ouvir o agente infiltrado como testemunha. Nesse caso, ao menos o nome e a alcunha do agente infiltrado devem ser revelados, como garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

32) Compete ao Estado, se for necessário, garantir a segurança do agente infiltrado que for ouvido como testemunha. Ele pode, por isso, ser incluído no Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, previsto pela Lei 9.807/99.

33) O preparo cuidadoso do agente a ser infiltrado em organização criminosa é imprescindível para que ele saiba os limites de sua atuação, evitando-se que passe a agir como agente provocador.

34) O agente provocador instiga ou induz os investigados à prática do crime, mas não com o intuito de consumir o crime, mas de que seja possível aplicar ao investigado uma futura sanção penal. Entretanto, como ele também toma as cautelas para impedir a consumação do delito, torna o crime impossível, além de contaminar toda a prova colhida durante a operação.

35) Ao passar a integrar uma organização criminosa, com prévia autorização judicial, baseada em previsão legal, o agente infiltrado não pratica o crime de quadrilha ou bando, pois age em estrito cumprimento de dever legal, que é causa excludente da ilicitude.

36) A princípio o agente infiltrado deve se abster da prática de qualquer conduta criminosa enquanto infiltrado. Contudo, se a prática do crime for inevitável, a situação deve ser analisada por aqueles que comandam a operação e, em último caso, se não houver tempo hábil, a decisão caberá ao

próprio agente. A repercussão criminal dessa conduta, ante a falta de solução conferida pela lei, deve ser verificada de acordo com o caso concreto, geralmente aplicando-se a excludente da culpabilidade em face da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

37) Para que não seja inviabilizado o uso desse meio de investigação, deve-se admitir a prática de crimes pelo agente infiltrado, sempre que eles forem necessários para o sucesso da investigação e dentro de um ponderado critério de razoabilidade.

38) Faz-se necessária a edição de lei que regulamente a situação do agente infiltrado diante do cometimento de crimes no período da investigação, para que se dê a segurança necessária àquele que se dispõe a colaborar com o desmantelamento do crime organizado.

## **Referências Bibliográficas**

### **Obras consultadas:**

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 1992.

CALLEGARI, André Luís (org). Crime Organizado – Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

CERVINI, Raúl & GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 1995.

COSTA, José de Faria Costa & SILVA, Marco Antonio Marques da – *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira* – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords). *Limites Constitucionais da Investigação* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

EDWARDS, Carlos Enrique. *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada – Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996.

\_\_\_\_\_. Máfia e crime organizado. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). Crime Organizado: Aspectos processuais – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009.

FERNANDES, Atonio Scarance. Processo penal constitucional. – 4ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. 18. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7ª edição ver., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2002.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A autocolocação da vítima em risco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: ed. Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João & VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*. – Coimbra: Editora Almedina, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*, São Paulo, ed. Juarez de Oliveira, 2002.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o Crime Organizado*, São Paulo, IBCCRIM, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 16ª Ed., rev. e atual. até janeiro de 2004 – São Paulo: Atlas, 2004.

MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas*, Buenos Aires, Editora Ad-Hoc, 2ª edição atualizada e ampliada, 2001, p.449.

MONTOYA, Daniel Mario. *Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais, autoria mediata, responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Jutis, 2007.

ONETO, Isabel. *O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael. *Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial*, Curitiba, ed. Juruá, 2007.

PAZ RUBIO, José María; MUÑOZ, Julio Mendoza; OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa M<sup>a</sup>. *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*. Madrid: Colex, 1999.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Revista do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, Ano 2, n. 2, janeiro/junho-2007. Cuiabá: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, 2007.

PINTO, Soraya Moradilli. *Infiltração Policial nas organizações criminosas – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2007.*

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

PODVAL, Roberto, org.. *Temas de direito penal econômico*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Geraldo & DOUGLAS, William. *Comentários à Lei do Crime Organizado*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1995.

MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coord). *Tráfico de Pessoas*. – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (coords). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin,*

2008.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime Organizado no Brasil*, São Paulo: Editora Iglu, 1998.

SILVA, Eduardo Araujo. *Crime Organizado - Procedimento Probatório*. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: 26ª ed., Malheiros, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da - *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito* – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_ (coord) – *Processo Penal e garantias constitucionais* – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'ana; SOUZA, Luciano Anderson; SILVA, Luciano Nascimento. *Repressão Penal e Crime Organizado – Os novos rumos da política criminal após o 11 de Setembro*. – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*, 28ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

### **Artigos consultados na internet:**

BECHARA, Fabio Ramazzini. *Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado*, nov.2006, disponível no *web site* da Assessoria Jurídica da Polícia Civil de Goiás, por meio do endereço: [http://www.policiacivil.goias.gov.br/gerencia/artigos/busca\\_id.php?publicacao=28937](http://www.policiacivil.goias.gov.br/gerencia/artigos/busca_id.php?publicacao=28937), acessado em 27 de agosto de 2009.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação Controlada*. Disponível no Portal Jurídico *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1142, 17 ago. 2006. Acesso por:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8745>, acessado em 27 de agosto de 2009.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *O agente infiltrado na investigação das associações criminosas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2894>, acessado em 27 de agosto de 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Agentes infiltrados x ação criminosa*. Portal Âmbito Jurídico, 31 de janeiro de 2006. Disponível no sitio eletrônico: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=697](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=697), acessado em 27 de agosto de 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Atividades de inteligência e processo penal*. In: IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União – Auditoria da 4ª CJM, 30 de setembro de 2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em: <http://www.militar.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=124>, acessado em 27 de agosto de 2009.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Portal R2 Direito, (curso de ensino jurídico à distância), disponível no endereço eletrônico: [http://www.r2learning.com.br/\\_site/artigos/artigo\\_default.asp?ID=979](http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=979), acessado em 27 de agosto de 2009.

\_\_\_\_\_. *Meios extraordinários de investigação criminal. Infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Disponível no Portal Jurídico Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1777, em 13 de maio de 2008. Acesso por: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11258>, acessado em 27 de agosto de 2009.

**Sítios da internet consultados:**

<http://www.acorianooriental.pt/noticias/view/172619>

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/98644.pdf>

<http://www.conjur.com.br/2009-mai-12/congresso-disciplinar-infiltracao-agente-investigar-crime>

<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,infiltracao-nas-farc-permitiu-resgate-diz-analista,199635,0.htm>

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>

<http://www.jfsp.gov.br/noticias/2008/dez/081202Satiagraha.pdf>

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CFC6A068B0B9CF98CD46D5F3D3D43698.tpdjo13v\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006138125&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20090422](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CFC6A068B0B9CF98CD46D5F3D3D43698.tpdjo13v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006138125&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20090422)

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=arbitrário>

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=abusivo>

<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id13795.htm>

[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=789](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=789),  
acessado em 21 de abril de 2006.

<http://www.pgr.gob.mx/Que%20es%20PGR/presentacion.asp>

<http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Delitos%20Federales/Delincuencia%20Organizada/Figuras%20Juridicas%20Especiales/Infiltracion%20de%20Agentes.asp>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf)

<http://www.wordreference.com/espt/apartado>