

**Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - ISCPSI**



**Adriano Krul Bini**

**Dissertação do VII Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais com  
Especialização em Criminologia e Investigação Criminal**

**O AGENTE INFILTRADO: PERSPECTIVAS PARA A  
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE**

Orientador:

**Professor Doutor Rodrigo Bueno Gusso**

Lisboa - Portugal

Outubro – 2017

**Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - ISCPSI**



**Dissertação do VII Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais com  
Especialização em Criminologia e Investigação Criminal**

**O AGENTE INFILTRADO: PERSPECTIVAS PARA A  
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE**

Dissertação apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais com Especialização em Criminologia e Investigação Criminal.

Orientador:

**Professor Doutor Rodrigo Bueno Gusso**

Lisboa - Portugal

Outubro - 2017



**Estabelecimento de Ensino:** Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

**Curso:** VII Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais com especialização em Criminologia e Investigação Criminal.

**Orientador:** Professor Doutor Rodrigo Bueno Gusso

**Título:** O AGENTE INFILTRADO: PERSPECTIVAS PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE

**Autor:** Adriano Krul Bini

**Local de Edição:** Lisboa

**Data de Edição:** Outubro de 2017

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, ao possibilitar a realização de mais um sonho ao longo da minha vida. Não somente nestes anos de estudos e dedicação acadêmica, mas em todos os momentos, sempre o maior mestre que alguém possa conhecer e direcionar a sua jornada.

Ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) de Lisboa – Portugal e a seu corpo de funcionários, docente e direção, pelo ambiente acadêmico criativo e amigável, bem como pela acolhida calorosa ofertada a mim e aos alunos brasileiros do VII Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais com Especialização em Criminologia e Investigação Criminal, entre abril e julho de 2015 – gratidão estendida a todos os integrantes e amigos da Polícia de Segurança Pública (PSP) portuguesa.

Aos professores Nereu José Giacomolli e Manuel Monteiro Guedes Valente, pelos aconselhamentos providenciais e ensinamentos acadêmicos.

A meu orientador Rodrigo Bueno Gusso, por todo o suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas certas orientações, procedentes correções e palavras incentivadoras.

A todos os colegas de turma, em especial aos amigos e companheiros integrantes da Polícia Civil de Santa Catarina Isaias Cordeiro e Ronaldo Neckel Moretto, pela convivência diária e suporte para amenizar a ausência da família durante a ausência de nossos lares.

À Polícia Civil de Santa Catarina e seus integrantes, pelo incentivo, apoio e despertar neste Delegado e eterno estudante, ainda na busca incessante por conhecimento e aperfeiçoamento na área de investigação criminal, a nossa válvula propulsora.

À minha mãe Auzilia Krul dos Santos, heroína que me concedeu a vida, ensinando-me o caminho da retidão e honestidade.

À minha irmã Andréia Paula Krul dos Santos e a meu padrasto Paulo dos Santos, pelas palavras de incentivo e apoio nos momentos de dificuldades e cansaço.

À minha esposa Sandra Ivanchuk dos Santos e a meus filhos Gabriel Ivanchuk Krul Bini, de cinco anos, e Guilherme Ivanchuk Krul Bini, de um ano, pela compreensão, carinho, e encorajamento diário, diante da necessidade de meu afastamento, por inúmeras horas de convívio, para dedicação estreita a estes estudos. A eles, dedico este trabalho de dissertação.

## RESUMO

Atualmente, a criminalidade com a qual convivemos não é mais ordinária ou convencional, principalmente pelos acontecimentos em ambientes sociais altamente voláteis.

Além disso, a revolução tecnológica viabilizou o conhecimento instantâneo dos acontecimentos a nível mundial e propiciou a comunicação entre as pessoas em tempo real em qualquer local do planeta. Infelizmente, essas tecnologias, acompanhadas dos seus benefícios, também se encontram à disposição dos criminosos.

Desse modo, indubitavelmente a delinquência se tornou mais sofisticada, pois é detentora de expressivos recursos humanos e materiais, em uma atuação sem fronteiras, de modo que dificilmente será atingida pelos métodos clássicos de investigação criminal disponível pelo Estado.

Com o propósito de enfrentar a criminalidade organizada e terrorista, passou-se, então, a impulsionar a utilização de metodologias diferenciadas de investigação, entre as quais destacamos a infiltração de agentes. Por outro lado, na busca por uma política criminal eficiente, também se faz necessário trilhar fundamentalmente o Estado Democrático de Direito e, assim, não perder de vista os direitos fundamentais.

A infiltração de agentes constitui uma figura enigmática, controvertida e nova na legislação brasileira, a qual configura o nosso objeto de estudo.

Como principais aportes teóricos para iluminar a questão por nós apontada, valemo-nos dos ensinamentos de Manuel Monteiro Guedes Valente, Nereu José Giacomolli, Flávio Cardoso Pereira, Manuel da Costa Andrade, Marcelo Batlouni Mendroni e Marllon Sousa.

Dessa forma, com o propósito de conhecer com mais propriedade o tema, debruçamo-nos no processo investigativo nos campos ético, moral, normativo e operacional, tendo como objetivo principal, aferir a viabilidade desse método de obtenção de provas para a investigação criminal.

Palavras-chave: Criminalidade organizada; política criminal; investigação policial; agente infiltrado; obtenção de provas.

## **ABSTRACT**

At present, the crime with which we live is no longer ordinary or conventional, mainly because it affects highly volatile social environments.

In addition, the technological revolution enabled instantaneous knowledge of events worldwide and provided real-time communication between people anywhere on the planet. Unfortunately, these technologies, along with their benefits, are also available to criminals.

In this way, delinquency has undoubtedly become more sophisticated, because it has significant human and material resources, in an action without frontiers, so that it can hardly be reached by the classical methods of criminal investigation available to the State.

In order to deal with organized and terrorist criminality, the use of differentiated research methodologies was promoted, among which we highlight the infiltration of agents. On the other hand, in the quest for an efficient criminal policy, it is also necessary to fundamentally follow the Democratic Rule of Law and thus not lose sight of fundamental rights.

The infiltration of agents constitutes an enigmatic figure, controversial and new in the Brazilian legislation, which constitutes our object of study.

As the main theoretical contributions to illuminate the issue we have pointed out, we draw on the teachings of Manuel Monteiro Guedes Valente, Nereu José Giacomolli, Flávio Cardoso Pereira, Manuel da Costa Andrade, Marcelo Batlouni Mendroni and Marllon Sousa.

Thus, with the purpose of knowing more about the subject, we focus on the investigative process in the ethical, moral, normative and operational fields, with the main objective of ascertaining the viability of this method of obtaining evidence for criminal investigation.

**Keywords:** Organized crime; criminal policy; police investigation; undercover agent; obtaining evidence.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas  
ABIN – Agência Brasileira de Inteligência  
A.C. – Antes de Cristo  
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações  
Art. – Artigo  
CF – Constituição Federal  
COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras  
CP – Código Penal  
CPP – Código de Processo Penal  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
DIPO – Departamento de Inquérito Policiais  
DJ – Diário da Justiça  
DJU – Diário da Justiça da União  
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente  
EUA – Estados Unidos da América  
GAFI – Grupo de Ação Financeira  
GM – Guarda Municipal  
GNR – Guarda Nacional Republicana  
HC – Habeas Corpus  
IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais  
Min - Ministro  
MT – Mato Grosso  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
OPC – Órgão de Polícia Criminal  
PC – Polícia Civil  
PF – Polícia Federal  
PGR – Procurador Geral da República  
PFF – Polícia Ferroviária Federal  
PI – Piauí  
PJ – Polícia Judiciária

PL – Projeto de Lei  
PLS – Projeto de Lei do Senado  
PSP – Polícia de Segurança Pública  
PM – Polícia Militar  
PR – Paraná  
PRF – Polícia Rodoviária Federal  
Resp – Recurso Especial  
Rel – Relator  
RF – Receita Federal  
RJ – Rio de Janeiro  
RJAE – Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal  
RS – Rio Grande do Sul  
SE – Sergipe  
SEF - Serviço de Estrangeiros e Fronteiras  
SP – São Paulo  
SC – Santa Catarina  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TCE – Tribunal da Comunidade Europeia  
TF – Tribunal Federal  
TJ – Tribuna de Justiça  
TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1: OS MEIOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL</b>	
1.1. Conceito de investigação criminal.....	15
1.2. Os meios de investigação criminal.....	16
1.3. Os meios ocultos de investigação criminal.....	17
1.3.1. Interceptação telefônica.....	19
1.3.2. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos .....	28
1.3.3. Ação controlada.....	30
1.3.4. Colaboração premiada.....	37
1.3.5. Infiltração virtual ou cibernética.....	44
1.3.6. Localização de aparelho de telefonia celular e acesso aos dados armazenados.....	48
<b>CAPÍTULO 2 - LIBERDADE X SEGURANÇA: O TENSIONAMENTO DE FORÇAS E OS MEIOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL .....</b>	<b>58</b>
2.1. Princípio da legalidade.....	63
2.2. Princípio da especialidade.....	67
2.3. Princípio da subsidiariedade.....	69
2.4. Princípio da proporcionalidade.....	71
2.5. Reserva de jurisdição.....	73
<b>3º CAPÍTULO – O AGENTE E ASPECTOS DA INFILTRAÇÃO POLICIAL</b>	
3.1. Agente infiltrado: origem e previsibilidade na legislação brasileira.....	79
3.2. Agente infiltrado, agente encoberto e agente provocador - Conceituações, semelhanças e diferenciações.....	83
3.3. Da legitimidade ativa para postular a infiltração de agentes.....	91
3.4. Da legitimidade para atuar como agente na operação de infiltração.....	93
3.5. Da possibilidade do testemunho do agente infiltrado .....	99
3.6. Da possibilidade de legitimação da prática de crimes pelo agente infiltrado durante a operação.....	103

**CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 107**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS..... 111**

## INTRODUÇÃO

A delinquência que vivenciamos não é mais ordinária, tampouco convencional. A cada dia, uma nova constatação surge em ambientes sociais altamente volúveis, trazendo-nos inquietações e questionamentos: Como enfrentá-la? Quais os instrumentos e remédios colocados pelo Estado à disposição dos órgãos de persecução criminal?

Diante dessas indagações, de forma adequada e proporcional às demandas, levanta-se a possibilidade de revermos velhos conceitos e paradigmas, visando ao restabelecimento da harmonia e da paz social. Por outro lado, para o enfrentamento da criminalidade organizada e terrorista, busca-se a eficácia de uma política criminal na qual o processo penal configura elemento significativo, trilhado de forma fundamental pelo Estado Democrático de Direito, desse modo, não perdendo de vista os direitos e garantias individuais do ser humano.

Nas últimas décadas, vivenciamos uma verdadeira revolução tecnológica, o que viabilizou o conhecimento dos acontecimentos a nível mundial de forma instantânea. Além disso, propiciou, em tempo real, a comunicação e a interação entre as pessoas, independente da distância e em qualquer lugar do planeta. Entretanto, em relação à utilização das tecnologias e, em consequência, os seus benefícios, não foram estabelecidos "filtros" de usuários, já que os ilícitos penais passaram a ser perquiridos com o auxílio dessas novas ferramentas.

Seguindo os saltos das novas tecnologias, tirando o devido proveito de suas vantagens, a constituição, a organização e o *modus operandi* da criminalidade sofreram significativos impactos e mutações. A ideia comum que se tinha era a de que a criminalidade, especialmente aquela visível e cotidiana, agia de maneira local e isolada. Hoje, compõe-se, cada vez mais, em grupos organizados, inclusive internacionalmente, com profissionalismo, divisão de atribuições/tarefas, metas de produção e cumprimento, entre outras, constituindo-se em uma verdadeira “empresa do crime”, objetivando a expansão, a dominação, a doutrinação, o fortalecimento e o empoderamento financeiro.

Ademais, a depender do grau de envolvimento e alcance da organização, com participações e decisões de nivelamento político, social, econômico e cultural, torna-se um iminente risco aos indivíduos, à sociedade, à ordem pública, à segurança e, ainda, à própria existência do Estado. Assim, passou-se a vivenciar a chamada “sociedade de riscos” (*Risikogesellschaft*) com a institucionalização da insegurança, teoria esta da lavra do sociólogo alemão Ulrich Beck.

Podemos afirmar, com convicção, que a investigação criminal é algo apaixonante, sobretudo por influência da minha atividade laboral desempenhada como policial brasileiro há mais de duas décadas. Representa, também, sem dúvida, uma das áreas mais importantes do processo penal, pois, por meio dela, o Estado procede à apuração da prática do delito, instrumentalizando, dessa forma, o direito penal e inserindo, no campo de jogo, direitos como segurança, intimidade, vida privada, liberdade, entre outros.

Apesar de toda essa importância, o tema agente infiltrado raramente integra as cadeiras de formação inicial, tampouco de formação continuada de grande parte da polícia judiciária brasileira. Nesse sentido, nas bibliotecas das academias de polícia praticamente inexitem obras na área. Por conta disso, raros são os casos que se têm conhecimento do emprego da infiltração de agentes na investigação criminal no Brasil.

Nesse contexto, na busca por novos e eficientes métodos investigativos, a nossa atenção se deteve na figura do "agente infiltrado", intrigante, polêmica, nova na legislação brasileira – até pouco tempo praticamente não possuía regulamentação – e com baixíssima exploração com profundidade por parte de autores nacionais.

Pois bem, o método se encontra disposto na legislação e, com o propósito de conhecer com mais propriedade o tema, debruçamo-nos no processo investigativo, tendo como norte apontar e evidenciar as nuances e peculiaridades que o cercam, tanto do ponto de vista ético, moral, quanto normativo e operacional, diante de situações fronteiriças da legalidade na atuação e colheita de provas. E, ainda, transmitir singelas e pontuais contribuições aos profissionais que atuam na persecução criminal, especialmente nas operações de infiltração do processo de constituição e produção de provas.

Apesar das dificuldades enfrentadas com a escassez de literatura associada no Brasil, o presente trabalho possui, como referencial teórico, pesquisadores e doutrinadores brasileiros, portugueses e espanhóis nas mais variadas áreas que compõem a política criminal, assim como a criminologia. Nesse campo, merecem destaque a sociologia do controle, direito constitucional, direito penal, direito processual, entre outros, que, analisados de forma conjunta, trouxeram contribuições significativas para a formação e o desenvolvimento desta dissertação.

O **objetivo geral** deste estudo é analisar a figura do agente infiltrado na política criminal brasileira, empreendendo um comparativo com outros países, além de levantar de que forma a atividade de infiltração, sendo um método relativamente novo na legislação brasileira, pode ser compreendido à luz da eficácia do nosso sistema penal.

Os **objetivos específicos** que permearam a escolha do tema podem ser elencados em três vertentes: a) analisar e debater o emprego e a atuação do agente infiltrado na coleta de provas, levando-se em conta os aspectos éticos, normativos e operacionais; b) pesquisar a figura do agente infiltrado nos cenários do ordenamento jurídico brasileiro em comparação com o direito português e alguns aspectos do direito alemão e espanhol; c) discutir a atuação do agente infiltrado diante dos limites impostos pelos direitos fundamentais, bem como analisar a possibilidade de eventuais comportamentos desviantes.

Além disso, os **objetivos secundários** podem ser elencados também em três vertentes: a) compreender que a utilização dos meios ocultos de investigação criminal possui caráter excepcional, extraordinário e subsidiário na coleta de provas; b) buscar o equilíbrio diante do tensionamento de forças face à dicotomia liberdade *versus* segurança para a possível utilização dos meios ocultos de investigação criminal; c) Dotar de conhecimentos indispensáveis os profissionais que possam atuar em operações de infiltração.

Apresenta-se como desafiador realizar a investigação criminal por meio da infiltração de agentes como método de obtenção de provas no sentido de garantir uma resposta à criminalidade contemporânea, tendo como limite o Estado Democrático de Direito.

Assim, no primeiro capítulo, analisamos a definição, o objeto e os objetivos da investigação criminal. Para tanto, foi averiguado o emprego dos meios descobertos e ocultos, frente aos desdobramentos com os direitos fundamentais para obtenção de provas. Em seguida, na mesma seção, verificamos, de forma individualizada, os diferentes meios ocultos de investigação, bem como seus pressupostos e fundamentos autorizadores.

No segundo capítulo, explanamos acerca da busca por racionalidade e pontos de equilíbrio diante de discursos como, por exemplo, *war on terrorism*, impulsionado pelos EUA, frente à gravidade, danosidade e invasibilidade dos meios ocultos de investigação. Nesse contexto, levantam-se questões envolvendo a (im)previsibilidade legal, a regulamentação e os requisitos para a concessão de diferentes meios ocultos e cumulação entre eles. Também abordamos a correspondência entre o pedido e autorização, a colheita de informações de fatos ou pessoas não correspondentes ao objeto inicial apuratório e, ainda, a aferição do resultado com a utilização de meio “descoberto” em vez do oculto, bem como a (im)prescindibilidade de autorização de judicial para emprego de medidas invasivas.

No terceiro e último capítulo, ativemo-nos a estudar a origem do instituto, o contexto histórico na legislação brasileira até a previsão atual, além de conceitos, características, semelhanças e diferenciações do agente infiltrado com outros métodos, que resultam em

significativas consequências para o processo e os atores envolvidos. Mereceu análise também a aferição da capacidade postulatória perante o poder Judiciário na solicitação do emprego da medida, assim como dos legitimados a atuarem em operações de infiltração, cujo foco é o conjunto dos integrantes das forças de segurança pública, de inteligência e ainda, os particulares. Por fim, o exame da (im)possibilidade e das condições do infiltrado prestar o testemunho e a valoração de seu relato perante o juiz e, ainda, da possibilidade de legitimação da prática de crimes pelo agente durante a operação.

Faz-se oportuno salientar que esta dissertação não pretende, sob qualquer pretexto, exaurir as diversas discussões acerca da infiltração de agentes como meio de investigação criminal, obtenção e recolha de provas. O nosso propósito foi o de apresentar posicionamentos variados de estudiosos do campo em pauta, e, assim, renovar o debate, inclusive as próprias práticas, tendo como norte a melhoria da matéria como instrumento operador e concretizador de Justiça e bem-estar idealizado pelo Estado, por meio da investigação criminal.

# CAPÍTULO 1 - OS MEIOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

## 1.1 Conceito de investigação criminal

A investigação criminal é conceituada, em geral, como o conjunto de esforços empreendidos no sentido de buscar praticidade e recolher elementos ou fragmentos de vestígio de uma determinada conduta humana caracterizada como criminosa, a qual merece reprimenda por parte do Direito Penal. Trata-se de uma atividade que analisa e cruza as recolhas para aferição com o fato investigado. Caso seja convergente, teremos a evidência, e ao ser divergente, a hipótese é descartada. O trabalho de apuração de infrações penais objetiva, portanto, reconstruir fatos passados.

Geraldo Prado preleciona que o campo da “verdade” cumpre a função de indicador epistêmico, servindo ao propósito de distinguir – teoricamente e em relação às suas consequências práticas – um tipo de processo baseado na pesquisa e na demonstração dos fatos penalmente relevantes. Tais critérios são orientados por limites éticos que revestem o processo da responsabilidade penal a partir do consenso ou de bases caprichosas, insondáveis por meio de critérios de aferição adequados<sup>1</sup>. E arremata, afirmando que a adoção da categoria “verdade” como indicador epistêmico revela-se, pois, funcional, a fim de dotar o processo de uma meta e simultaneamente definir os limites éticos, políticos e jurídicos da atividade de investigação da verdade material”<sup>2</sup>.

Alexandre Moraes da Rosa ressalta que a verdade real nada mais é do que empulhação ideológica que serve para acalmar a consciência de acusadores e jogadores, conformando a ilusão da informação perfeita no processo penal. Para adoção da melhor decisão, o ideal é obter toda a informação da conduta imputada. Para isso, os jogadores possuem tempo e normas processuais para obtenção da informação a ser julgada pelo Juiz<sup>3</sup>.

Já Gomes Dias dispõe que a

investigação criminal descobre, recolhe, conserva, examina e interpreta as provas reais. Localiza, contacta e apresenta as provas pessoais. [...] Utiliza

---

<sup>1</sup> Prado, Geraldo. *Prova Penal Estado Democrático de Direito*. Lisboa: Empório do Direito, 2015, p. 18.

<sup>2</sup> Ibidem, p.18.

<sup>3</sup> Rosa, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal, conforme a teoria dos jogos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2014, pp. 177-178.

métodos adequados (tática de investigação) e processos apropriados de actuação técnica (técnica de investigação) cada vez mais especializados”<sup>4</sup>.

Para Manuel Valente, investigação criminal é a procura de indícios e vestígios que indiquem e expliquem e nos façam compreender quem, como, quando, onde e por que foi cometido determinado crime, no momento da prova conseguida e das contraprovas aceitas, mediante processo padronizado e sistemático segundo regramento jurídico com o propósito de travar o poder de quem dele pode burlar”<sup>5</sup>.

De acordo com o estudioso Eliomar Pereira, trata-se de:

atividade pragmática e zetética por essência, é uma pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administradas estrategicamente, que tendo por base critérios de verdades e métodos limitados juridicamente por direitos e garantias fundamentais, está dirigida a obter provas acerca da existência de um crime, bem como indícios de sua autoria, tendo por fim justificar um processo penal, ou a sua não instauração, se for o caso, tudo instrumentalizado sob uma forma jurídica estabelecida em lei.<sup>6</sup>

Conceitos e definições à parte, o que percebemos é que a investigação criminal se apresenta como essencial à persecução criminal - e especialmente aquela amparada pela cientificidade e tecnicismo corrobora com o propósito final do Direito Penal: a obtenção da justiça criminal. Uma investigação séria, fundada pela norma e seus limites, afasta o mero “achismo” do operador, relegando a este, ainda que se reconheça a importância da interpretação das normas e fatos, a esperada discricionariedade que compõe a sua decisão na persecução criminal e seus efeitos.

## 1.2 Os meios de investigação criminal

Inicialmente, faz-se essencial ressaltar que não são todos e quaisquer elementos de prova ou informação angariados que serão admitidos no processo e valorados pela autoridade judiciária; A sua inadmissibilidade pode ser decretada ao se constatar a ilicitude tanto na forma, quanto no meio empregado para recolha e obtenção.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Dias, Gomes. .In: Teresa Pizarro Beleza e Frederico Isasca. *Direito Processual Penal – Textos*. Lisboa: AAFDL, 1992, p. 65.

<sup>5</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal – Tomo I*. 3ª ed. rev., atual. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 34.

<sup>6</sup> Silva, Eliomar Pereira da. *Teoria da Investigação Criminal. Uma Introdução Jurídico-Científico*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 87.

<sup>7</sup> De acordo com o inciso LVI, artigo 5º, da Constituição Federal “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Diante das consequências que podem impactar os direitos e garantias individuais do indivíduo, o processo penal deve ter em causa a segurança na obtenção dos elementos de informações e provas, os quais chegarão até ao Juiz, para a devida análise.

Alexandre Morais da Rosa aponta que o recolhimento das informações possui quatro momentos: requerimento, deferimento, produção e valoração. Em todas elas existe a efetiva possibilidade de perdas, os chamados *gaps*. A testemunha pode não comparecer ou morrer, a filmagem não funcionar, a perícia sequer ter sido realizada, etc. Enfim, são várias as possibilidades de não se constituir a informação perfeita<sup>8</sup>.

Segundo o criminalista José Braz, a fase de inquérito, na qual, por meio da investigação criminal são recolhidos os elementos de prova, constitui um dos momentos mais críticos e sensíveis de todo o sistema de aplicação de justiça penal, pois é nessa instância que se confrontam e tentam se conciliar dois universos de valores ético-jurídicos fundamentais, os quais são aparentemente antagônicos – por um lado, a reafirmação da lei e a defesa da comunidade; por outro, o respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão<sup>9</sup>. Já Vinicius Abdala Gonçalves demarca a importância para a diferença existente entre meios de provas e meios de obtenção de provas<sup>10</sup>.

Conforme aponta Germano Marques da Silva<sup>11</sup>, os meios de obtenção de prova são instrumentos utilizados pela autoridade judiciária para realizar a investigação e o recolhimento dos meios de prova. Nesse sentido, os meios de obtenção de prova são caracterizados pela forma e, ainda, pelo momento da aquisição no processo penal, via de regra concebidas na fase pré-processual ou na primeira etapa da persecução penal, representada pelo inquérito policial (perspectiva técnica-operativa). Quanto aos meios de provas, estes são analisados por meio da aptidão, ou seja, por si mesmos, constituindo fontes de conhecimento (perspectiva lógica).

### **1.3 Os meios ocultos de investigação criminal**

Meios ocultos de investigação configuram um determinado método de investigação criminal, contando com diferentes nivelamentos de gravidade e invasão de direitos e garantias

---

<sup>8</sup> Rosa, Alexandre Morais da. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2014, p. 178.

<sup>9</sup> Braz, José. *Investigação criminal, A Organização, o Método e a prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 182-183.

<sup>10</sup> Gonçalves, Vinicius Abdala. *O Agente Infiltrado frente ao Processo Penal Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 16.

<sup>11</sup> Silva, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 1999, pp. 189-190.

fundamentais em desfavor do investigado. Com a finalidade de recolha e produção de provas dependem ou não de autorização judicial, para seu emprego, de acordo com a espécie e previsão legislativa. O seu emprego é feito de modo que o investigado não tenha conhecimento prévio, tampouco concomitante da espécie, continuando a agir normal e inconscientemente.

Manuel Valente chancela que os meios ou métodos ocultos de obtenção de prova – investigação criminal –operacionalizados pelas polícias, configuram uma autêntica intrusão nos tempos e espaços operativos humanos de ação, interação e comunicação entre as pessoas visadas em concreto, bem como terceiros, com a instância investigativa. O propósito é que os envolvidos não tenham qualquer conhecimento sobre essa intrusão e, simultaneamente, “produzam prova incriminatória contra si próprias com uma ausência plena de autodeterminação – liberdade de e em pensar, liberdade de e em decidir, e liberdade de e em agir (interagir e comunicar) – e com uma conseqüente ausência de autorresponsabilidade consciente.”<sup>12</sup>

Também, para Costa Andrade, os métodos ocultos de investigação representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do fato nem dele se apercebam. Nessa situação, continuam a agir, interagir, expressar-se e se comunicar de forma “inocente”, fazendo ou dizendo coisas de sentido claramente autoincriminatório ou incriminatório daqueles que com essas pessoas interagem ou comunicam<sup>13</sup>.

Os meios ou métodos de investigação criminal podem ser classificados em ocultos e “abertos”. Por conta justamente do gravame e invasão na esfera da vida privada e na intimidade da pessoa investigada, os meios ocultos também são denominados como especiais, extraordinários e subsidiários.

Os meios de obtenção de prova podem ter várias classificações de acordo com a área do saber. Podemos designá-los de meios claros *versus* escuros, transparentes *versus* incognoscíveis, tradicionais *versus* especiais, não intrusivos *versus* intrusivos, acessíveis *versus* ocultos. Os métodos ocultos de obtenção de prova, quantas vezes obscuros, são incognoscíveis, intrusivos e especiais. Estão assentados em uma lógica sistemática de

---

<sup>12</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*, 2015. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/315-274-Setembro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/315-274-Setembro2015) Acesso em: 22 jul. 2017.

<sup>13</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp. 105-106.

responder e de implementar um Direito penal especial de elevada eficácia imediata e mediática, como se a eficácia da justiça fosse o único valor a tutelar. A história tem demonstrado, porém, que a eficácia é inimiga da eficiência final do resultado do processo-crime: relação da justiça e do Direito<sup>14</sup>.

Infelizmente o legislador brasileiro não teve a felicidade e a boa técnica de compilar todas as espécies de meios ocultos de investigação em um único código, no caso sob a égide ainda do Código de Processo Penal, em 1941, com diversas alterações ao longo dos anos.

Além disso, as espécies existentes são dotadas de pressupostos e requisitos diferenciados, não guardando proporcionalidade e graus de invasividade e danosidade para a sua autorização escalonada, tampouco critérios para cumulação de métodos voltados à obtenção de provas, cabendo ao Juiz o papel de zelar pelo processo investigativo.

Manuel Valente desperta a atenção para o processo legislativo de validação e legitimação jus normativo-constitucional dos meios de investigação criminal, os quais devem estar em consonância com os princípios constitucionais regentes das restrições de direitos e liberdades fundamentais pessoais. Pois, em um determinado tempo e espaço, leis podem ser criadas e aprovadas para o emprego de métodos ocultos de investigação pelo poder representativo do povo, o político-legislativo, como forma de legitimar o aniquilamento de direitos fundamentais e, assim, legitimar tiranias<sup>15</sup>.

Em seguida, analisamos as espécies de meios ocultos de investigação de forma individualizada e objetiva:

### **1.3.1 Interceptação telefônica**

No que tange aos meios eletrônicos de captação de prova e a interpretação jurídica, nos termos do art. 1º, *Caput* da Lei 9.296, 24 de julho de 1996, a comunicação telefônica pode ser definida como a transmissão, emissão, receptação e decodificação de sinais linguísticos, caracteres, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone fixo ou móvel (celular). Conforme veremos, está inclusa também a transmissão de informações e dados por meio de computadores e telemáticos, como correspondência eletrônica (e-mail).

---

<sup>14</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. 2015. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/315-274-Setembro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/315-274-Setembro2015) Acesso em: 22 jul. 2017.

<sup>15</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/315-274-Setembro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/315-274-Setembro2015) Acesso em: 22 jul. 2017.

Interceptação telefônica pode ser entendida como sendo a interferência na trajetória, ou seja, um elemento externo interferindo em uma trajetória pré-estabelecida. De forma conclusiva “é a interferência – sempre de terceiros em comunicação alheia”<sup>16</sup>.

Importante esclarecer as diferenças entre interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação telefônica, bem como interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental. Entendemos juridicamente relevante a distinção entre cada um desses tipos de captação de conversa por telefone ou entre presentes, fazendo-se necessário, entretanto, contextualizar cada um deles.

Ocorre interceptação telefônica *strictu sensu* quando a violação ao sigilo da comunicação é realizada por terceiro, sem o conhecimento de qualquer dos comunicadores, ao passo que a escuta telefônica se dá caso a violação seja efetuada por terceiro, mas com o conhecimento de um dos comunicantes. Por sua vez, como anota Mendroni, a gravação telefônica<sup>17</sup> é realizada por parte de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Assim, nos dois primeiros tipos de violação são três os protagonistas, enquanto no último há apenas dois<sup>18</sup>. Por outro lado, interceptação, escuta e gravação ambiental têm praticamente os mesmos conceitos elencados acima, embora guardem a peculiaridade de se referirem à conversa não telefônica, mas de âmbito pessoal. Desse modo, a interceptação ambiental é aquela realizada por terceiro, sem o conhecimento dos comunicantes; já a escuta ambiental transcorre quando a captação da conversa não telefônica é efetuada por um terceiro, com a ciência de um dos comunicadores e, por último, a gravação ambiental ocorre quando a captação da conversa é consumada por um dos comunicadores. Tais distinções não são dispensáveis, pois o tratamento jurídico é modificado segundo o tipo de violação. Por isso, a distinção é importantíssima, até porque o artigo 10 da Lei 9.296/96 tipifica como crime a interceptação telefônica sem autorização judicial. O termo “interceptação telefônica” integra um determinado tipo penal. Nesse sentido, o conceito deve ser fixado para se dar a correta aplicação ao crime, de modo que a compreensão mais estreita ou alargada da expressão necessariamente se estende ao tipo penal.

De acordo com parte da doutrina, o artigo 5º, XII, da CF, assim como a Lei 9.296/96, que o regulamenta, somente se referem a interceptações em *stricto sensu* e escutas telefônicas

---

<sup>16</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 242.

<sup>17</sup> Idem, p. 245.

<sup>18</sup> Escuta telefônica: A polícia judiciária civil, por meio da Autoridade Policial, costuma fazer escuta em casos de sequestro, em que a família da vítima geralmente consente com essa prática, obviamente sem o conhecimento do sequestrador do outro lado da linha.

(interceptação em sentido amplo), ou seja, apenas dizem respeito à captação telefônica nas quais intervém um terceiro, exigindo, no mínimo, a presença de três pessoas. Se a captação é feita por um dos interlocutores, não há interceptação e, portanto, não está em causa a proteção do art. 5º, XII, da Constituição. Segundo as posições constantes nas referidas lei e mandamento constitucional, encontram-se fora de suas abrangências, portanto, as gravações telefônicas ou clandestinas e as interceptações, escutas e gravações ambientais, protegidas pelo dispositivo que, genericamente, garante a privacidade no art. 5º, X, da CF<sup>19</sup>.

Segundo Bitencourt e Busato, a Lei 9.296/96 regulou a interceptação das comunicações telefônica e telemática, visando a suprir a exceção prevista no art. 5º, XII, CF<sup>20</sup>. Vale reforçar que o dispositivo objetiva salvaguardar a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, muitas vezes vulneráveis por intermédio da violação de instrumentos de comunicação e gravação<sup>21</sup>.

O parágrafo único do artigo 1º da lei em tela prevê o mesmo regramento para a interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Parte da doutrina defende a inconstitucionalidade desse dispositivo<sup>22</sup>. Tal entendimento é rechaçado por outra corrente sob o argumento de que se trata de uma interpretação equivocada e distorcida da realidade social, visto que o legislador intentou proteger a intimidade das pessoas, que, diante de situações criminais, submete-se ao controle judicial. Além disso, o constituinte de 1988 não poderia prever a realidade cibernética atual, na qual quase toda a comunicação e relação social é estabelecida por meio de dados via internet<sup>23</sup>.

No mesmo sentido, Mendroni entende que o parágrafo único do artigo 1º, sabidamente já prevendo situações modernas, ampliou a sua aplicabilidade aos casos de informática e telemática. Assim, passou a permitir o sistema de interceptação de comunicação por rádio, de mensagens por correio eletrônico (e-mail), e por programas de computador, tipo *MSN*, *WhatsApp*, *Skype*, etc<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Art. 5º, X, da CF, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; [...]

<sup>20</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.101-102.

<sup>21</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista e atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Atlas, 2016, p. 241.

<sup>22</sup> Greco Filho, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9296/96*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 12-13.

<sup>23</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; e Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

<sup>24</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 243.

A correspondência por meio de carta ou epistolar<sup>25</sup> e telegráfica<sup>26</sup> é aparente o sigilo de modo absoluto.

Nenhuma liberdade individual é absoluta, já que comporta exceções para preservar o ditame da legalidade. Nesse sentido, observados os requisitos constitucionais e legais, faz-se possível a interceptação das correspondências e das comunicações telegráficas e de transmissão de dados, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal no HC: 70814 SP<sup>27</sup>

Quando está em pauta o direito previsto no inciso X, do art. 5º da Constituição, não se observa na mesma medida a posição peremptória e intransigente de rejeição de toda e qualquer prova obtida com violação do direito à intimidade. Admitindo-se, nesse caso, mais facilmente a aplicação do princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade), de modo a aproveitar, no processo, provas aparentemente ilícitas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e outros tribunais têm seguido a posição de Vicente Grego Filho, segundo a qual o art. 5º, XII, CF, somente disciplina a interceptação *stricto sensu*, submetendo a escuta e a gravação telefônica ao âmbito da proteção conferida pelo art. 5º, X, da Constituição.

Observa-se, desse modo, que o art. 5º, XII, da CF e a Lei 9.296/96 disciplinam apenas a interceptação telefônica *stricto sensu*, ou seja, quando a violação ao sigilo da comunicação é realizada por terceiro, sem o conhecimento de qualquer dos comunicadores. Já art. 5º, X rege a escuta e a gravação telefônica, assim como a interceptação, a escuta e a gravação ambiental.

Mesmo estabelecendo regime jurídico diverso conforme a classificação do tipo de captação, os tribunais lamentavelmente têm, com frequência, confundido, gravação com escuta. Tal confusão só não tem maiores consequências por que essas modalidades de captação recebem o mesmo tratamento jurídico.

No mesmo sentido, o egrégio STF vem reduzindo ao mesmo conceito e tratamento jurídico a escuta e a gravação telefônica, assim como a escuta e a gravação ambiental.

---

<sup>25</sup> Correspondência, por carta ou epistolar, sendo a comunicação por meio de cartas ou qualquer outro meio de comunicação escrita.

<sup>26</sup> Telegráfica é a comunicação por telegrama.

<sup>27</sup> A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (STF - HC: 70814 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 01/03/1994).

Em relação à natureza jurídica, as interceptações telefônicas, quando devidamente autorizadas pelo órgão competente, ou seja, o juízo a que se destinam às provas, são lícitas, gerando efeitos dentro do processo penal. Portanto, as interceptações telefônicas possuem natureza cautelar, pois a situação a que se destina a interceptação telefônica muitas vezes só pode ser obtida naquele momento. Sendo assim, a concessão dessa medida deve obedecer aos requisitos das medidas cautelares, ou seja, o *fumus bonis iuris*<sup>28</sup> e o *periculum in mora*<sup>29</sup>.

Cabe destacar o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

[...] a execução das interceptações telefônicas exige, na maioria dos ordenamentos, ordem jurídica. O provimento que autoriza a interceptação telefônica tem natureza cautelar, visando a assegurar as provas pela fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Por isso mesmo a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*), devendo ainda ser a ordem motivada".<sup>30</sup>

Como mencionado, o regime legal das interceptações telefônicas no Brasil se deu com a edição da Lei nº 9.296. A norma veio para regulamentar o inciso XII, *in fine*, do art. 5º, da CF e, assim, apaziguar a discussão jurisprudencial na qual se questionava a recepção ou não do Código de Telecomunicações. O entendimento era de que o inciso XII, do mesmo artigo não recepcionava tal regramento, requerendo, desse modo, a confecção de uma nova legislação para regulamentar essa situação. Para outros especialistas, o Código de Telecomunicações configurava propriamente a lei a que se refere o inciso XII.

Quanto a esse tema, o STF se posicionou pela não recepção do Código de Telecomunicações, considerando, por conseguinte, ilícita a prova obtida por intermédio da interceptação telefônica até o advento de norma que regulamentasse o inciso XII, do referido mandamento constitucional<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> *Fumus bonis iuris* ou aparência do bom direito – trata-se da probabilidade de autoria ou participação na infração penal e ainda, probabilidade de existência de uma infração penal. Na primeira hipótese, a exigência é relativa à pessoa investigada ou suspeita. Já na segunda, diz respeito à infração penal propriamente dita, ou seja, à comprovação da materialidade delitiva.

<sup>29</sup> *Periculum in mora* ou perigo ou risco na demora – trata-se da necessidade ou imprescindibilidade da conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova.

<sup>30</sup> Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 174.

<sup>31</sup> HABEAS CORPUS – CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PAR. ÚNICO) – CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTE) – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO – 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto aplicável. Exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para definição das hipóteses e

Cabe ressaltar que as interceptações telefônica e telemática constituem métodos de investigação e obtenção de prova das infrações penais, previstas também na lei do crime organizado (art. 3º, V, da Lei 12.850/13), que remetem, entretanto, aos requisitos da Lei 9.296/96 que disciplina a matéria.

No que tange aos requisitos legais para a concessão da interceptação telefônica, formulada por meio de representação pela autoridade policial ou Promotor de Justiça, para fins de investigação criminal, o fundamento está assentado no artigo 3º, I, da Lei 9296/96<sup>32</sup>, pois, inclusive em casos excepcionais, o Juiz pode admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, situação na qual a concessão estará condicionada à sua redução a termo, conforme preceitua o art. 4º, parágrafo 1º, da lei em questão<sup>33</sup>. Note-se que o nosso legislador valeu-se do termo requerimento, no art. 3º, I e II, da Lei 9.296/96, seja para o membro do *Parquet*, seja para a autoridade policial, o que, a nosso ver, não resultou como exitoso na acepção jurídica. Endossamos o posicionamento de Ismar Estulano Garcia, o qual salienta que:

[...] a autoridade policial não é parte, de forma que não pode requerer. Mas o nosso entendimento é de que a autoridade policial poderá representar ao Juiz para ser determinada medidas cautelares. Isso porque é permitida a

---

formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior do presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo – crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5 (STF – HC 72588-TP-Rel. Min. Maurício Correa – DJU 04.08.2000 – p. 3) STF – HC 72588-TP-Rel. Min. Maurício Correa – DJU 04.08.2000 – p. 3.

HABEAS CORPUS – ACUSAÇÃO VASADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PROVA ILÍCITA – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA – ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FRUITS OF THE POISONOUS TREE – O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. STF – HC 73351-1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 19.03.1999 – p. 9.

<sup>32</sup>Art. 3º - **A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal** (grifo nosso).

<sup>33</sup> 55 Art. 4º - o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração da infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§1º - **Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo** (grifo nosso).

interpretação extensiva e a aplicação analógica em matéria processual penal (art. 3º CPP). A lógica orienta no sentido de que ela poderá e deverá promover a representação, que tem força de “sugestão”, da mesma forma que a representação para exame de sanidade mental (art. 149, parágrafo 1º CPP), para decretação de prisão preventiva (art. 311, CPP), para decretação de prisão temporária (lei 7960/89, art. 2º, par. 1º), bem como para sequestro de bens imóveis ou móveis (art. 127, CPP)<sup>34</sup>.

Quanto aos requisitos legais para a concessão da quebra do sigilo telefônico, para a decretação da interceptação telefônica, por meio de requerimento, a representação, conforme já salientamos, formulada pela autoridade policial, ou requerimento por parte do Ministério Público, para fins de investigação criminal (art. 1º *Caput* c/c o 2º, da Lei 9296/96). O primeiro requisito encontra-se fundado no art. 1º caput, da lei 9296/95<sup>35</sup>, com a expressão “ordem do juiz competente da ação principal”. Por isso, tem-se discutido se os juízes de Departamentos de Inquéritos Policiais, que atuam apenas na fase pré-processual ou inquisitorial, poderiam conceder a autorização para a quebra do sigilo telefônico. Superado o primeiro desafio, reportamo-nos, a partir desse momento, aos demais requisitos,<sup>36</sup> no que diz respeito à concessão da medida cautelar pleiteada pela autoridade policial ou pelo promotor de justiça, agora estampados no art. 2º da Lei 9.296/96, a saber:

1. **EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO EM INFRAÇÃO PENAL** - a autoridade policial não necessita de prova plena, sendo suficiente o juízo de probabilidade, ou seja, de *fumus boni iuris*, sob o influxo do princípio do *in dubio pro societate*. O juiz pode autorizar a concessão da medida, desde que sejam presentes indícios razoáveis, coerentes e prováveis da prática do crime (inciso I, artigo 2º). Assim, não havendo indícios de autoria ou participação na infração penal, a medida é inadequada<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Garcia, Ismar Estulano. *Procedimento Policial, inquéritos e termos circunstanciados*. 10ª Edição revisada, atualizada e ampliada. Goiânia: Editora AB, 2004, p. 186.

<sup>35</sup> Art. 1º, caput, da Lei 9296/96 – “**A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal** e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e **dependerá de ordem do juiz competente da ação principal** sob sigilo de justiça” (grifo nosso).

<sup>36</sup> Bitencourt, Cezar Roberto Bitencourt. Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 104. Para esses autores, a interceptação telefônica constitui uma medida a ser tratada como *ultima ratio probatória*.

<sup>37</sup> Bitencourt, Cezar Roberto Bitencourt.; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 103.

- 2. A INFRAÇÃO PENAL DEVE SER TIPIFICADA COMO CRIME E PUNIDA COM RECLUSÃO** (inciso III, artigo 2º). Note-se que a autoridade policial na presidência de procedimentos policiais depara-se com questões interessantes e sem solução, como no caso do jogo do bicho, ameaça ou injúria praticados por meio de telefone. A rigor da lei, não poderá ser concedida a autorização para quebra do sigilo da comunicação para investigá-las. Nesses casos, talvez, a opção legislativa mais adequada, a exemplo de Portugal (art. 187º, CPP) e Itália (art. 266, CPP), fosse a adoção de um rol de infrações que pudessem admitir o emprego da interceptação telefônica<sup>38</sup>.
- 3. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DISPONÍVEIS PARA REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO E RECOLHA DE PROVAS** (inciso II, 2º). Pela interpretação liberal, caso exista outro meio para produzir a prova, não seria possível a concessão da medida. Entretanto, a interpretação que se deve ter não é no sentido de existência outras medidas possíveis no ordenamento jurídico, mas sim diante do momento e circunstâncias da investigação as provas pretendidas de acordo com a lógica da investigação, não puderem ser obtidas por outros meios, sob pena de frustração<sup>39</sup>. Ademais, sendo possível a realização da prova por outros meios, o método de investigação não é necessário<sup>40</sup>.

De acordo com a Lei 9.296/96, em seu art. 1º, trata-se de procedimento ou processo penal. Nesse caso, só será possível a concessão da medida quando disser respeito a matéria criminal, sendo esta absolutamente proibida para processo ou procedimento extrapenal, por exemplo, relacionado à família. Nesse sentido, assume relevo o posicionamento de Márcio Fernando Elias Rosa, ao postular que:

a prova obtida por meio ilícito (escuta telefônica, interceptação de correspondência epistolar, telegráfica) jamais poderá ser admitida na seara administrativa, sendo inaplicável a lei nº 9.296/96 (interceptações telefônicas) no processo administrativo, ante a limitação imposta pelo inciso XII, do art. 5º, CF. A interceptação somente é admitida se ordenada por autoridade judicial, para a apuração de ilícito penal – para fins de investigação ou instrução processual penal. Assim, a autoridade administrativa ou mesmo o

<sup>38</sup> Maciel, Alexandre Rorato. *Crime organizado, persecução penal e política criminal*. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 181.

<sup>39</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista e atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 242.

<sup>40</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 103.

juiz no processo civil jamais poderão ordenar a produção de prova dessa natureza<sup>41</sup>.

Ainda nesse campo, importante trazer à baila ainda o entendimento de Grinover, Fernandes e Gomes Filho:

[...] as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria: excepcionalidade da autorização judicial, em face da ocorrência de crimes particularmente graves; observância dos requisitos de *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, motivação da ordem judicial etc<sup>42</sup>.

Dessa forma, atesta-se que são cumulativos e passíveis de enfrentamento por parte do juiz no momento da análise da representação formulada pelo delegado de polícia ou por requerimento do Promotor de Justiça, para concessão da medida cautelar, os seguintes requisitos: ordem do juiz competente da ação principal, indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, inexistência de outros meios para realização da investigação e recolha de provas, além de finalidade de instrução de uma investigação ou processo criminal.

Quanto ao prazo, segundo o artigo 5º, da Lei 9296/96, a medida não poderá exceder quinze dias, renovável por igual período, comprovada a indispensabilidade do meio de prova. A discussão reside se apenas uma única vez estaria autorizada a prorrogação. Prevalece o entendimento de que o juiz pode autorizar tantas prorrogações quantas forem necessárias para a investigação<sup>43</sup>.

Editada em 1996, a Lei 9.296 soma 21 anos de vigência. Porém, diante da revolução tecnológica que propiciou a comunicação e a interação em tempo real entre as pessoas, notadamente dos criminosos, a norma pode não mais atender às demandas e necessidades da sociedade brasileira atual. Com isso, geram-se interpretações da doutrina e jurisprudência dos mais variados sentidos, inclusive contraditórias, o que pode causar insegurança jurídica e violações aos direitos individuais. Nesse contexto, faz-se imperativo o debate a respeito de edição de nova norma segundo a realidade atual, devidamente pautada pela Constituição Federal. Nessa mesma toada, Mendroni adverte que a lei atual não prevê a interceptação telefônica para investigação de crimes de responsabilidade, tampouco a intimação do

---

<sup>41</sup> Rosa, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva. 7ª Edição, 2005, pp. 257-258.

<sup>42</sup> Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 213.

<sup>43</sup> Maciel, Alexandre Rorato. *Crime organizado, persecução penal e política criminal*. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 181.

Ministério Público quando a medida for representada pelo delegado de polícia, pontos que poderão ser objeto de estudos e, quem sabe, até inseridos na nova legislação.<sup>44</sup>

### **1.3.2 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos**

A Carta Magna de 1988 resguarda a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X), assegurando, ainda, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Nesse último caso, apenas por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Entretanto, os direitos fundamentais não são absolutos, comportando limitações em casos excepcionais, a exemplo da interceptação telefônica, interceptação/gravação ambiental.

O Supremo Tribunal Federal no RE 583937 QO/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, deixou assentada importante distinção entre interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental, senão vejamos:

- A interceptação ambiental é a captação de uma comunicação no próprio ambiente, por um terceiro, sem a ciência dos interlocutores.
- A escuta ambiental é captação de uma comunicação, no ambiente dela, realizada por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores.
- A gravação ambiental ou gravação clandestina é realizada por um dos interlocutores. Também chamada de autogravação, normalmente procedida por um dos interlocutores, sem o conhecimento e o consentimento do outro.
- A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, sendo uma das espécies de meio de investigação criminal e recolha de prova, possui previsão expressa no 3º, II, da Lei 12.850/13. Antes da nova Lei do Crime Organizado, a previsão adveio por meio da Lei 10.217/01, que emendou a Lei 9.034/95<sup>45</sup>. Entretanto, a Lei 12.850/13 acabou por revogar expressamente a Lei 9.034/95.

---

<sup>44</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 243.

Infelizmente tanto a antiga Lei do Crime Organizado quanto a atual não fixaram regramento para o emprego, legando a árdua tarefa à doutrina e à jurisprudência.

Segundo Bitencourt e Busato, a legislação limitou o emprego da interceptação ambiental para apuração de crimes praticados por organizações criminosas e quadrilha ou bando<sup>46</sup>.

Ainda os mesmos doutrinadores entendem que o emprego do método deve ser subsidiário, demonstradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, para delimitação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Além disso, advogam no sentido de que são aplicáveis, subsidiariamente as normas restritivas da Lei 9296/96<sup>47</sup>.

O Supremo Tribunal Federal entende como legítima e válida a prova realizada por meio de gravação ambiental ou clandestina, desde que seja própria e não alheia, estando em jogo, ainda, relevantes interesses e direitos da vítima (v.g., crime de extorsão).

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. **I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "*the fruits of the poisonous tree*" não foi objeto de debate e decisão, assim não pré-questionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (AI 503617 AgR / PR - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 01/02/2005).

Diante da ausência de regramento legal da matéria, Mendroni afirma que deve ser seguido o mesmo entendimento das interceptações telefônicas. No caso de gravação ambiental clandestina, é possível a realização sem autorização judicial, pois já que se busca

---

<sup>45</sup> Artigo 2º - Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: Inciso IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

<sup>46</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 101.

<sup>47</sup> Idem.

proteger a intimidade das pessoas gravadas, constante no art. 5º, X, da Constituição Federal, e, nessa situação, a intimidade se encontra compartilhada por dois ou mais interlocutores presentes. Já quando a gravação for realizada por pessoa não participante da conversa, ou seja, na interceptação ambiental, deve-se seguir o regramento da Lei 9.296/96, dependendo de autorização judicial para o seu emprego, sob pena das provas estarem eivadas de ilicitude<sup>48</sup>.

Ademais, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos também compreende a realização de gravação de imagens com ou sem áudio. Na atualidade, existem sistemas de monitoramento de câmeras tanto em estabelecimentos privados (acessíveis ao público, ou não) quanto em locais públicos.

Não há dúvida de que se trata de importantíssimo elemento probatório a gravação de imagens com ou sem áudio, passível de análise pericial para aferição. Atestada a sua idoneidade, a filmagem possui grau mais elevado de confiabilidade, em comparação à testemunha, já que esta depende da memória e da exatidão do relato, podendo, inclusive, ser manipulada.

A permissibilidade probatória da gravação de imagens depende da ocorrência em área pública, ou acessível ao público, e em local privado. Segundo Mendroni, na primeira situação, evidentemente é permissível, pois a própria natureza do local elimina a sua privacidade, até porque ninguém pode pretender agir intimamente ou estar em privacidade em local público. Já em local privado, se a pessoa que registra a filmagem dispõe de autorização para estar presente, ou ao menos a sua presença é conhecida pelos interlocutores, a prova resulta lícita, sem depender de autorização judicial, pois se trata de gravação clandestina de imagens. Entretanto, caso a presença seja desconhecida dos interlocutores, a realização de interceptação ou captação de imagens invade a privacidade protegida pela Constituição Federal, razão pela qual se exige prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º, II, da Lei 12.850/13<sup>49</sup>.

### **1.3.3 Ação controlada**

Partimos do pressuposto de que a ação controlada configura um método especial de investigação colocado à disposição da autoridade policial. Com a medida, autoriza-se a deixar de praticar ato de ofício e, por sua vez, segundo o dever funcional de se prender em flagrante

---

<sup>48</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 247.

<sup>49</sup> Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...] II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

e apreender objetos ilícitos. Objetiva ainda coletar a maior quantidade possível de provas, identificar os autores dos eventos criminosos, assim como realizar as apreensões necessárias. Portanto, a ação é postergada, diferida ou retardada, com vistas à repressão qualificada, assumindo eficiência ao se chegar aos chamados “cabeças” e controladores da teia criminosa e, por conseguinte, responsabilizá-los criminalmente no momento oportuno.

A ação controlada, por ser um método especial, de caráter extraordinário ou oculto de investigação, deve ser empregada como *ultima ratio*, ou seja, a sua utilização se encontra condicionada ao prévio esgotamento das formas tradicionais ou ordinárias de investigação<sup>50</sup>.

Flávio Cardoso Pereira traz a definição de ação controlada disposta por Araújo Silva:

[...] ação controlada por policiais como sendo a estratégia de investigação que possibilita aos agentes policiais retardar suas intervenções em relação a infrações em curso, praticadas por organizações criminosas, para acompanhar os atos de seus membros até o momento mais apropriado para a obtenção da prova e efetuar suas prisões<sup>51</sup>.

O método possui previsão legal na Convenção de Palermo, artigo 20, internalizada no Brasil por meio do Decreto 5.015/2004<sup>52</sup>, na chamada Lei de Drogas (Lei 11.343/06, art. 53)<sup>53</sup>, na denominada Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 4º-B)<sup>54</sup> e ainda na

---

<sup>50</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*, 2008, Estado: Goiás Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista\\_do\\_mp\\_n\\_16.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf) Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>51</sup> Araújo Silva, E. *Crime organizado. Procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 93, apud Flávio Cardoso Pereira. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Goiás: Editora: Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista\\_do\\_mp\\_n\\_16.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf) Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>52</sup> Artigo 20 - Técnicas especiais de investigação (Convenção de Palermo): 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas, e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. 4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

<sup>53</sup> Art. 53 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) - 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.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

<sup>54</sup> Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012).

nova Lei do Crime Organizado (Lei 13.850/13, art. 8º<sup>55</sup>). Denota-se que a antiga lei do crime organizado (Lei 9.034/95) trazia a previsão do instituto da ação controlada introduzido pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, *in verbis*, art. 2º:

Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: Inciso II: a ação controlada, que 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 de informações.

Não resta qualquer dúvida quanto à aceitação e legalidade do emprego do método investigativo da ação controlada, quando se verifica previsão nos diplomas já citados, bem como outros de âmbito internacional, as recomendações constantes no Grupo de Ação Financeira (GAFI)<sup>56</sup>, na Convenção de Viena de 1988 e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>57</sup>.

A previsão da ação controlada na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) atendeu à Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Presidencial nº 45/91, o qual determina o estabelecimento de diretrizes do enfrentamento do crime de tráfico de drogas<sup>58</sup>.

Bitencourt e Busato<sup>59</sup>, ao compararem a ação controlada prevista na antiga Lei 9.034/95 com a nova Lei 12.850/13, trazem as seguintes considerações: embora não seja

---

<sup>55</sup> Art. 8º, da Lei 13.850/13 (Lei do Crime Organizado) - Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

<sup>56</sup> O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é uma entidade intergovernamental criada em 1989 pelos Ministros das jurisdições membros. A função do GAFI é definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro-internacional relacionadas a esses crimes. Em colaboração com outros atores internacionais, o GAFI também trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional do uso indevido. As recomendações do GAFI estabelecem um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Os países possuem sistemas legais, administrativos e operacionais diversos e diferentes sistemas financeiros e, dessa forma, não podem todos tomar medidas idênticas para combater as ameaças. As recomendações do GAFI, portanto, estabelecem um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas às suas circunstâncias particulares. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf> Acesso em: 18 set. 2017.

<sup>57</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Goiás: Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista\\_do\\_mp\\_n\\_16.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf) Acesso em: 20 jul 2017.

<sup>58</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 141.

<sup>59</sup> Idem.

redação ideal, a nova lei trouxe mais clareza ao instituto; na nova legislação, é permitido o emprego da medida, diante de indícios coerentes e consistentes para investigar ações praticadas por organização criminosa, não bastando a mera suspeição; a utilização da medida, com base em mera suposição, pode levar a produção probatória ilícita.

Assim, será possível o emprego da ação controlada para investigação de tráfico de drogas e demais crimes correlatos da lei de drogas, lavagem de dinheiro e, ainda, todos os crimes praticados por organização criminosa.

A ação controlada deve obedecer aos requisitos exigidos em lei, ou seja, ao princípio da legalidade, não se admitindo qualquer entendimento extensivo ou analógico que venha a vulnerar direitos e garantias dos investigados<sup>60</sup>.

Nereu Giacomolli salienta que, a configuração do agente encoberto<sup>61</sup>, insere-se a ação controlada, prevista no artigo 2º, II, da Lei 9.034/95 (atual art. 3º, III, da Lei 12.850/13). Vale demarcar que é controlada no sentido de acompanhamento e observação. Nessas hipóteses, a autoridade policial deixa de concluir a sua ação, deter em flagrante (art. 301 do CPP) imediatamente, pois a situação concreta enseja a manutenção, sob observação e acompanhamento – afinal, do ponto de vista probatório, a finalidade da atuação é ser mais efetiva. Nesse caso, pode ocorrer o chamado flagrante diferido, postergado. A finalidade se restringe à colheita de elementos de prova e obtenção de informações<sup>62</sup>.

Embora seja uma medida especial de investigação, a ação controlada nem sempre irá exigir prévia autorização judicial para o seu emprego. Tratando-se de investigação de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, faz-se indispensável a autorização judicial prévia. No tocante à investigação de organização criminosa, porém, é prescindível a prévia autorização, exigindo-se, sim, a comunicação perante a autoridade judiciária competente, que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público (Art. 8º, § 1º, da Lei 13.850/13).

---

<sup>60</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Goiás: Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista do mp n 16.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf) Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>61</sup> Para o emprego do agente encoberto não há necessidade de prévia autorização judicial, uma vez que não atua ao lado dos agentes dos crimes a investigar e prevenir. O agente encoberto é uma técnica e tática policial em que o elemento policial se encontra a espera que a infração ocorra para deter os agentes do crime. In: Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. Lisboa: Editora Almedina, 2014, p. 497.

<sup>62</sup> Giacomolli, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal – Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 139.

Desde que haja prévia autorização judicial (investigações de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro), ou prévia comunicação ao juiz (investigação de organização criminosa), legitima-se a não atuação policial, não somente sob o ponto de vista da preservação das provas a serem recolhidas, mas também no sentido de respaldar os profissionais envolvidos. Desse modo, com a autorização judicial prévia, a não atuação policial na ação controlada está acobertada por excludente de antijuridicidade, a saber, o estrito cumprimento do dever legal<sup>63</sup>.

Nesse sentido, Bitencourt e Busato prelecionam que:

A partir da previsão legal, abre-se uma situação de permissividade que afasta a pretensão de ilicitude do tipo, afinal o ordenamento determina uma ação e permite, sob condições, a realização do oposto, ou seja, a omissão. Evidentemente, ao tratar-se de um conflito de deveres, resta presente uma situação de justificação procedimental, visto que submetida aos requisitos legais estruturantes da ação controlada<sup>64</sup>.

No entanto, são omissas as legislações que tratam da matéria. A ação controlada é um método investigativo podendo, obviamente requerer o Ministério Público, já que é o titular da ação penal pública. Ao delegado de polícia, como condutor e presidente do inquérito policial, cabe representar<sup>65</sup>, perante a autoridade judiciária, a autorização da medida.

No nosso entendimento, também está a cargo do delegado de polícia, responsável pela equipe e diretor da investigação, a escolha do momento para operacionalizar a medida, aferindo a necessidade probatória, tanto qualitativa, quanto quantitativamente, adequadas para

---

<sup>63</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 213.

<sup>64</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014 p. 144.

<sup>65</sup> A representação é o ato jurídico administrativo que possui o condão de provocar diretamente a manifestação do Poder Judiciário. Por meio da representação o Delegado de Polícia expõe ao Juiz as razões e os fundamentos, recomendando a adoção determina medida cautelar ou outra medida de Polícia Judiciária. O Delegado de Polícia não é parte e, somente elas podem requerer perante o Poder Judiciário. Veja que capacidade postulatória, é a capacidade técnico-formal de provocar diretamente a manifestação do Poder Judiciário, e o Delegado de Polícia faz por meio de representação. O Delegado de Polícia possui capacidade postulatória imprópria, especial ou excepcional, estritamente no exercício de suas funções, justamente em razão de seu ofício, pois assim o legislador concebeu. A título de exemplo: Lei 12.850/13 – interceptação ambiental (art. 3º), interceptação telefônica (art. 3º e Lei 9296/96), afastamentos financeiro, bancário e fiscal (art. 3º), colaboração premiada (art. 4º), ação controlada (art. 8º) infiltração de agentes (art. 10º); CPP – prisão preventiva (art. 13), busca e apreensão (art. 240); - Prisão temporária (art. 2º, da Lei 7960/89); - ECA – internação provisória de adolescente infrator (arts. 174 e 184); Na Subseção da Justiça Federal do município mineiro de Manhuaçu, a Autoridade Judiciária decidiu que o Delegado de Polícia tem, sim, legitimidade para postular as medidas cautelares que entender pertinentes ao sucesso das investigações, o que é previsto expressamente em diversos dispositivos legais que não conflitam com qualquer norma constante do texto constitucional em vigor (13.10.2013 - proc. 1458-22.2013.4.01.3819). A Justiça Federal do Rio Grande do Sul, em março de 2015, no Agravo de Instrumento Nº 503233292.2014.404.0000/RS, entendeu que mesmo em casos de tramitação direta do inquérito entre a polícia e o Ministério Público, está a autoridade policial autorizada a peticionar diretamente ao Juízo, em tudo quanto disser respeito a providências úteis ou necessárias ao andamento procedimental que conduzirá a um julgamento.

o inquérito policial. Haverá situações em que o material probatório colhido pode consistir em prova efetiva a ser utilizada também durante o processo<sup>66</sup>.

Em relação à interrupção da ação controlada, não há necessidade de autorização judicial prévia. Decidindo-se, porém, pela sua interrupção, esta deve ser imediatamente comunicada ao juiz que a autorizou, mediante relatório pormenorizado das evidências obtidas. Desse modo, o juiz passa a deter o controle da medida mediante o seu deferimento<sup>67</sup>.

É possível a autuação em flagrante, nos termos do art. 302, do Código de Processo Penal, desde que as diligências não tenham sido interrompidas, permanecendo a vigilância sobre os alvos investigados, mesmo que os criminosos não tenham tido conhecimento ou sequer suspeitem da medida.

Sobre esse tema, Mendroni dispõe que:

[...] Enquanto houver sequência de acompanhamento da situação de flagrante nos termos dos incisos do artigo 302 do Código de Processo Penal, existirá a possibilidade de execução da prisão dentro dos critérios da prisão em flagrante. Se, por exemplo a polícia perseguir determinados componentes de um grupo após a prática de um crime, não havendo interrupção, mesmo que os criminosos não percebam a perseguição, decidindo pela prisão esta poderá ocorrer ainda em situação flagrancial. Por outro lado, desfigurando-se aqueles possibilidades, não será possível ocorrência de prisão em flagrante, mas somente através de correspondente ordem judicial<sup>68</sup>.

No mesmo sentido, o promotor de Justiça Flávio Cardoso Pereira assim assevera:

[...] é incontestável que a hipótese de flagrante que se molda a essa técnica de investigação denomina-se *flagrante prorrogado* ou *diferido*, consistindo, pois, na situação da ação policial, ou seja, a prisão em flagrante ser diferida, isto é, adiada, para que a medida final se concretize no momento mais eficaz, do ponto de vista da formação da prova e fornecimento de informações. Tal modalidade de flagrante é legalmente prevista no sistema penal brasileiro (art. 2º, II, da Lei n. 9.034/95 (atual art. 3º, III, da Lei 12.850/13) e art. 53, II, da Lei n. 11.343/06)<sup>69</sup>.

Na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), inciso II do art. 53, avulta a exigência do conhecimento do itinerário provável, bem como a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores. A nosso ver, a medida é totalmente descabida e desarrazoada. Ora, se a

---

<sup>66</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 213.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>69</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Goiás: Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/10/docs/revista\\_do\\_mp\\_n\\_16.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf) Acesso em: 20 jul. 2017.

autoridade policial já tivesse conhecimento de tais informações, naturalmente não necessitaria da ação controlada<sup>70</sup>.

Em relação à possibilidade e à eficiência do emprego de outras medidas cumulativas à ação controlada, Mendroni também sustenta que:

[...] na amplitude de sua aplicação, a ação controlada pode, evidentemente, ser realizada independentemente da atuação de agentes infiltrados, embora seja nesse contexto que se imagina possam decorrer as situações mais eficientes à apuração dos fatos relacionados a uma organização criminosa<sup>71</sup>.

Mendroni aproveita para arrematar: “A eficiência da ação controlada não será a mesma sem a infiltração de agentes, porque nesse contexto não será possível o mesmo nível de informações; mas certamente também é legal e possível. Tudo dependerá, evidentemente, da análise de possibilidade em cada caso concreto<sup>72</sup>”.

Flávio Cardoso Pereira também é adepto do mesmo entendimento, ao considerar que a infiltração de agentes policiais que possam acompanhar de perto a operação pode evitar o risco de perda das provas, ou mesmo do carregamento de drogas, objeto da investigação<sup>73</sup>.

Importante destacar a diferença entre flagrante prorrogado em face da ação controlada e flagrante provocado. Desse modo, não se pode confundir o flagrante prorrogado, decorrente da ação controlada, com o flagrante provocado – este último totalmente repudiado pela doutrina e jurisprudência, inclusive segundo o entendimento pacificado no STF, por meio da Súmula 145, *in verbis*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

No flagrante provocado ou preparado, um terceiro, denominado agente provocador, atua com o propósito de incitar, provocar a prática da ação criminosa. Cria, assim, no ânimo consciente do potencial infrator, a vontade de delinquir, embora esteja impossibilitada a consumação do delito pela ação policial, como na hipótese do policial que simula a compra de droga junto a um traficante<sup>74</sup>.

Reputamos como de grande importância dois princípios apontados por Flávio Cardoso Pereira, os quais podem ser empregados na ação controlada:

---

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 212.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Goiás: Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista\\_do\\_mp\\_n\\_16.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf) Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>74</sup> Idem.

- a. Com base no princípio da orientação uniforme, a autoridade policial, que vem atuando na operação de vigilância, adota providências para que, na medida do possível, outras autoridades tomem conhecimento do plano estratégico e, assim, deixem de atuar, não frustrando, desse modo, a investigação. Entendemos que essa medida é bastante difícil do ponto de vista prático, em virtude do sigilo e da compartimentação, características indispensáveis para o sucesso do trabalho investigativo, ainda se tratando de apurações de tamanha sensibilidade;
- b. Com base no princípio da flexibilidade, deve-se levar em conta a possibilidade da troca de estratégias de acompanhamento e de vigilância, tendo em vista que o objetivo da investigação é identificar o maior número possível de pessoas envolvidas nos eventos delituosos e, ainda, realizar a apreensão do entorpecente, por exemplo.<sup>75</sup>

No tocante ao controle, este é exercido tanto pelo Ministério Público, que detém a atribuição constitucional do controle externo da atividade policial, quanto pela autoridade judiciária, cuja base está nos relatórios circunstanciados apresentados pela autoridade policial.

A Lei do Crime Organizado determina que o relatório seja apresentado após o encerramento das diligências (art. 8º, § 4, da Lei 13.850/13), imediatamente depois do termo final da ação controlada, que pode ocorrer em razão da deflagração da operação com prisões, apreensões, por exemplo, ou, ainda, em razão de o trabalho não ser bem-sucedido. As leis relacionadas a drogas e lavagem de dinheiro não fixam prazo para apresentação do relatório. Nesse sentido, a autoridade policial deve apresentar relatório ao término da diligência, tendo como parâmetro o art. 8º, § 4, da Lei 13.850/13. Entretanto, as diligências não podem perdurar eternamente e sem controle. Para tanto, seria razoável utilizar como parâmetro o prazo de seis meses, tomando-se como referência a infiltração de agentes da Lei do Crime Organizado (art. 10, § 4º). Ademais, a qualquer tempo o Ministério Público e o juiz podem requisitar a apresentação de relatório das atividades.

### **1.3.4 Colaboração premiada**

Colaboração premiada, colaboração processual ou delação premiada configura o instituto no qual o delinquente firma um acordo com o estado para delatar os comparsas,

---

<sup>75</sup> Idem.

entregando ou indicando meios de prova. Em contrapartida, o juiz concede ao colaborador ou delator benefícios que variam entre diminuição de pena, regime mais brando ou mesmo a isenção total de pena, de acordo com requisitos da legislação pertinente<sup>76</sup>.

Juristas criticam veementemente o instituto – a exemplo de Giacomolli<sup>77</sup>, Bitencourt e Busato<sup>78</sup> e Guedes Valente<sup>79</sup> –, sob o argumento de que, diante da incompetência estatal para o enfrentamento da “criminalidade organizada”, celebra-se acordo com delinquentes, a fim de traír os comparsas da organização ou grupo criminoso, com a promessa de recebimento de benefícios. Além disso, ressaltam que se trata de exteriorização da crise ética e moral, a partir da qual o Estado desce ao nível do criminoso, que acaba por traír a sua organização, segundo a máxima de que os fins justificam os meios empregados.

A nosso entender, a colaboração premiada ganhou status de notoriedade no Brasil a partir da chamada operação Lava Jato. Nesse controvertido contexto, alguns chegaram a advogar de forma acalorada de que se trata de um dos melhores e mais eficientes meios de investigação e recolha de provas. Entretanto, do mesmo modo, passou a receber duras e severas críticas, especialmente pela vulgarização do instituto em alguns casos, bem como pelas benevolências concedidas aos criminosos<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

<sup>77</sup> Ao explicar sobre a delação premiada na Lei de Lavagem de Dinheiro, Giacomolli comenta que ouviu em colóquios de agentes enfurecidos que “desta vez vai dar certo”, como se quisessem e pudessem, com a lei, salvar o planeta, erradicar o mal e serem agraciados, com horárias, pelos deuses do olimpo, ainda em vida. In: Giacomolli, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal – Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 124.

<sup>78</sup> “Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor – atenuando a sua responsabilidade criminal – desde que delate seu comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas”. In: Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 116-117.

<sup>79</sup> O professor Manuel Monteiro Guedes Valente não é axiologicamente a favor da delação premiada, ao fundamentar o seu posicionamento nos seguintes pontos: O Estado Constitucional Democrático assenta nas relações de confiança, e quando se utiliza do instituto está mexem com as relações de confiança das pessoas e as destroem, colocando em causa a sua própria sobrevivência; Não se encontra provado que sem o método não se conseguiria alcançar os mesmos resultados; A delação serve apenas para trazer maior eficácia ao momento sem termos consciência dos efeitos no futuro; Verificação do respeito a trilogia da autodeterminação da vontade - liberdade de pensar, liberdade de decidir e liberdade de agir diante das medidas cautelares decretadas (prisão); Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-09/entrevista-manuel-monteiro-guedes-valente-jurista-portugues> Acesso em: 11 out. 2017.

<sup>80</sup> Enfim, são vários os exemplos positivos e negativos do emprego do prêmio. Talvez o mais criticado acordo celebrado pelo Ministério Público Federal é o caso dos irmãos Joesley Batista e Wesley Batista, executivos da JBS, face aos benefícios concedidos mesmo diante de tantos eventos criminosos graves engendrados, do elevado número de pessoas envolvidas (mais de 1.800 políticos citados) e portentosos valores públicos desviados. Além disso, comenta-se dos bastidores nebulosos que cercaram a celebração do acordo. Começa a ser desvelada, por exemplo, a existência de indícios de cooptação de membro da equipe de trabalho direta do órgão ministerial, que pode ter agido como “agente duplo”. Tanto que é possível que tenha atuado para que os delatores ajustassem depoimentos, omitissem, ocultassem e filtrassem informações/provas relevantes, seleccionassem alvos, desviassem focos ou linhas de investigação. Inclusive o profissional deixou o serviço público e passou a laborar no escritório de advocacia que presta serviço ao grupo de empresas dos delatores no acordo de leniência com o

O próprio termo colaboração premiada em vez de delação tenta disfarçar a figura da delação ou da traição empregada pelo criminoso ao celebrar o acordo para recebimento de prêmio<sup>81</sup>.

Em contraponto aos argumentos apresentados, Mendroni defende que se trata de um instrumento existente na lei, trazido para o mundo jurídico no sentido de garantir a eficiência da justiça no enfrentamento de crimes mais graves que abalam a ordem pública, visando ao seu restabelecimento. Segundo ele, o instituto bem aplicado pode tornar a investigação mais rápida e eficiente. Rebate ainda as críticas sustentadas, afirmando ser antiética e imoral a celebração de acordos com criminosos, pois ambas não se coadunam com as relações jurídicas, declarando que “traição de traidor contra seus comparsas, todos são traidores do Estado”<sup>82</sup>. Além disso, a ética pode ser considerada de valor moral de menor agressividade do que a prática do crime. Perante o confronto entre ambos, sacrifica-se a ética diante de crimes graves para restabelecimento da ordem pública. Ademais, essa situação não configuraria afronta aos princípios da proporcionalidade e igualdade ante a aplicação diferenciada de punição para duas pessoas que praticaram o mesmo crime.

A finalidade imediata da traição para o Estado reside na obtenção de informações. Já a mediata se utiliza dessas informações na persecução criminal para punir infratores e desmantelar organizações criminosas, com vistas ao restabelecimento da ordem jurídica<sup>83</sup>.

---

MPF. Alguns veículos de imprensa sinalizam que o episódio manchou a gestão do ex-chefe do MPF. Diante da gravidade dos acontecimentos, o STF atendendo ao pedido do PGR, decretou a prisão de Joesley Batista e, ainda, de um dos empresários da JBS, entretanto negou a segregação do ex-integrante do MPF, mesmo admitindo a existência de indícios da prática de crimes. As delações premiadas firmadas foram suspensas pelo STF, o que retirou as imunidades e possibilitou as prisões dos delatores. O PGR manifestou-se defendendo o instituto da delação premiada como meio de prova, tendo em vista os mecanismos rígidos de controle existentes. Outro fato que gerou grande repercussão negativa foi o então PGR ter sido flagrado nos últimos dias de sua gestão, e na véspera das prisões dos citados, a conversar com o advogado dos irmãos Batista e executivos da JBS em um bar em Brasília, F. O Supremo terá de enfrentar temas bastante espinhosos sobre a matéria, especialmente acerca da validade e da extensão das provas obtidas com os depoimentos prestados pelos executivos e outras deles decorrentes direta ou indiretamente. Outro exemplo que merece destaque, dessa vez positivo, é por parte do ex-governador de MT, Silval Barbosa, em uma situação na qual as revelações se apresentaram como "monstruosas", segundo declaração do ministro do STF, Luiz Fux. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/09/saiba-os-detalhes-da-prisao-de-joesley-e-saud-do-grupo-jf.amp> - Acesso em: 30 set. 2017 e em: <https://oglobo.globo.com/brasil/delacao-do-ex-governador-de-mato-grosso-monstruosa-diz-fux-21659885?versao=amp> – Acesso em: 30 set. 2017.

<sup>81</sup> Alguns doutrinadores procuram utilizar a expressão ‘colaboração premiada’ em vez de ‘delação premiada’, na tentativa de amenizar ou suavizar conotações pejorativas, a exemplo de Scarance. Fernandes, Antonio Scarance. *O equilíbrio entre a eficácia e o garantismo e o crime organizado*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 70, p. 229 e s., 2008; SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*, Op. cit., pp. 66-67.

<sup>82</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 152.

Tal instituto foi importado de outros países<sup>84</sup>. No Brasil, existe registro nas Ordenações Filipinas de 1603, nas quais se concedia o perdão àqueles que as denunciasses imediatamente, mesmo tendo participado das articulações contra o rei. Para a concessão do perdão, era preciso que o rei não soubesse da traição à época da denúncia<sup>85</sup>.

A colaboração premial no Brasil situa-se mais no plano da vindicta, da aferição de vantagens, mesmo que seja em detrimento da corrupção do ser humano e do sistema criminal, não se exigindo reconhecimento da responsabilidade criminal. Já na Itália verifica-se uma perspectiva do denominado duplo-binário (D'Ambrosio), ou seja, um aumento da tipicidade, da punibilidade, das restrições processuais das penas e dos benefícios legais aos *pentiti*. Além disso, na Itália, ocorre o arrependimento, restando ainda uma preocupação na recuperação dos *pentiti*<sup>86</sup>.

O método especial, extraordinário, subsidiário e oculto de investigação e recolha de provas que configura a colaboração premiada não é novo, tendo sido incrementado em várias leis no Brasil, conforme veremos.

A Lei 8.072/90 dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. O parágrafo único do artigo 8º prescreve que o participante e o associado que denunciarem à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. O *Caput* desse artigo se refere aos delitos de quadrilha ou bando (art. 288, CP), bem como às hipóteses dos delitos hediondos<sup>87</sup> (tratando-se do rol do art. 1º da mesma lei) e aos delitos

---

<sup>83</sup> Sanches, Rogério Cunha; Pinto, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado*. 3ª edição. . Salvador: JusPodivm, 2015, pp.34-41.

<sup>84</sup> Código Penal espanhol, arts. 376 e 579; Código Penal Italiano, arts. 289bis e 630 e Leis 304/82, 34/87 e 82/91; Código Penal português, arts. 299, n. 4, 300, n. 4 e 301, n. 2; Código Penal Chileno, art. 8º; Código Penal argentino, art. 217; Código Penal Colombiano arts. 413/418, dentre outros. Frise-se que na Itália a legislação gerou os famosos casos *pentiti* (arrependidos) que prestavam depoimentos contra as organizações mafiosas em troca de vantagens materiais e processuais. Na Inglaterra é prática corrente desde o conhecido caso *Rudd*, e nos Estados Unidos com o *plea bargaining* In: Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p 116.

<sup>85</sup> “E sendo casado o que o dito crime cometer, se fôr per carta de ametade segundo costume do Reino, haverá a mulher toda sua metade em salvo.” “Porém, as filhas dos taes traidores poderão herdar á suas mãis, e aos outros parentes, assi per linha direita ascendentes e descendentes, como per linha transversal, e a quaesquer outros estranhos, assi abtestado o que diretamente lhes pertencer, como per testamento, ou qualquer outro justo titulo de ultima vontade, ou de entre vivos.” Ordenações Filipinas. Liv. V, Tit. VI, § 20 e14.

<sup>86</sup> Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal - Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 119.

<sup>87</sup> Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art.

assemelhados ou equiparados (tráfico de drogas e afins, tortura e terrorismo). Veja que o rol de crimes é taxativo, e exige-se a libertação da pessoa ou o desmantelamento da quadrilha ou bando<sup>88</sup>.

A Lei 8.137/90 define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. No parágrafo único do art. 16, prescreve que nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços<sup>89</sup>. Nesse caso, o legislador retirou o caráter de excepcionalidade da delação premiada, vulgarizando o instituto, ao permitir a realização do acordo para crimes apenados com detenção e reclusão, inclusive naqueles de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 8.137/90.

A antiga Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95) tratava da utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O artigo 6º previa que, nos crimes praticados por organização criminosa, a pena seria reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria. A crítica que a doutrina realizava - e com razão - é de que a lei não assentou conceitos de associação ou organização criminosa, que se pretendia prevenir e reprimir, apesar da compreensão ir além da quadrilha ou bando (art. 288, CP), com vistas a atingir a criminalidade inteligente, sofisticada, hierarquicamente organizada, como aponta Giacomolli<sup>90</sup>. Enfim, a lei era extremamente lacunosa, de modo a praticamente impedir a sua aplicação<sup>91</sup>.

A Lei 9.269/96 modificou o §4º, do art. 159, do Código Penal, que dispõe sobre crime de extorsão mediante sequestro. Assim, se o crime for cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá a sua pena reduzida de um a dois terços. Com a edição dessa lei, não se exige mais quadrilha, ou bando, para a concessão da premiação, bastando o concurso de agentes e a colaboração efetiva à aplicação

---

159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B); favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º) e genocídio.

<sup>88</sup> Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal - Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121.

<sup>89</sup> Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19 de setembro de 1995.

<sup>90</sup> Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal - Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 122.

<sup>91</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 168.

da causa especial de aumento, o que não se permitia com a redação anterior do §4º, do art. 159, CP<sup>92</sup>.

A Lei 9.613/98 abrange os crimes de "lavagem" ou de ocultação de bens, direitos e valores, bem como a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos, criando ainda o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. O artigo 1º, § 5º, prescreve que a pena é passível de redução de um a dois terços e pode ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime<sup>93</sup>. Nesse caso, houve incrementos significativos ao permitir que o delator inicie o cumprimento da pena em regimes aberto ou semiaberto, receba pena restritiva de direito, ou até o perdão judicial. O ato da colaboração espontânea deve se realizar perante a autoridade, como o delegado de polícia, o Promotor de Justiça ou o juiz, como endossa o professor Giacomolli<sup>94</sup>.

A Lei 9.807/99 estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituindo o chamado Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispondo sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. No que tange ao investigado ou réu colaborador, estes podem receber o benefício de redução de pena ou o perdão judicial, a depender do grau de eficácia de sua colaboração, nos termos dos artigos 13, 14 e 15.

Já a Lei 11.343/06, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, fixa normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define crimes, e dá outras providências. No artigo 41 estabelece que o indiciado, ou o acusado, que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e

---

<sup>92</sup> O parágrafo 4º, do art. 159, do CP, antes da modificação, previa que “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

<sup>93</sup> Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012.

<sup>94</sup> Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal - Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 124.

na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

E, finalmente, a Lei 12.850/13 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Altera ainda o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, entre outras providências. O artigo 3º, I, dispõe que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros previstos em lei, a colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Conforme se pode observar, a nova lei do crime organizado trouxe sensíveis modificações ao instituto, sendo o legislador bastante específico e detalhista – como pode atestar-se nos artigos 4º ao 7º.

Com base na nova lei do crime organizado, o juiz poderá conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação ou o processo criminal.

Algumas questões centrais sobre o tema vêm constituindo objeto de inquietação, suscitando o debate, no qual “acordos sobre admissibilidade da licitude da prova, de renúncia de recurso, de renúncia prévia à impugnação situam-se à margem da legalidade e do devido processo constitucional”<sup>95</sup>.

Assim, alguns questionamentos têm sido feitos: a) Ao delator é garantido o direito ao silêncio?; b) A delação é divisível?; c) Diante de versões conflitantes apresentadas pelo delator nas fases investigatória e judicial é possível a concessão do prêmio?; d) É válida a delação firmada pelo colaborador preso?; e) Tratando-se de investigado com prerrogativa de foro, o órgão colegiado estaria limitado ao que já foi decidido pelo relator?; f) Diante da quebra do acordo por culpa exclusiva do delator, persiste o direito aos prêmios da delação?; g) É válido o acordo em que o delator renuncia o direito ao recurso e as impugnações?; h) Ocorrência de omissão, ocultação ou má-fé, por parte do delator, enseja a anulação ou o aproveitamento das provas apresentadas ou delas decorrentes?; i) É válido o acordo com o delator a respeito da licitude da prova?

Estes são alguns pontos que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, vem sendo instado e terá de dirimir.

---

<sup>95</sup> Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal - Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 128.

Giacomolli adverte que o método exige necessidade do estabelecimento de regras objetivas, claras e transparentes aplicáveis ao delator, ao processo, aos demais envolvidos, e de mediação de prêmios, sob pena de ofensa à legalidade processual e constitucional. Além disso, o estabelecimento da legalidade procedimental deve contar com o parâmetro constitucional. Nessa perspectiva, com maestria o professor enuncia que é necessário que o processo no qual há colaboração premiada, termine em um prazo razoável (artigo 5º, LXXVII, Constituição Federal) e atenda às especificidades do delito, da colaboração e, ainda, do processo. Também regramentos dos elementos subjetivos (colaboradores, advogados, Ministério Público e magistrados) e objetivos (delitos, espécies de prêmios) e de atividade (lugar, tempo e forma), com o emprego de meios eletrônicos de documentação, procedimento prévio e efeitos jurídicos <sup>96</sup>.

### **1.3.5 Infiltração virtual ou cibernética**

A Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017, alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), acrescentando os artigos 190-A, 190-B, 190-C, 190-D e 190-E, e prevendo a infiltração <sup>97</sup> de agentes de polícia na internet com o fim de investigação de delitos de pedofilia, delitos crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis, bem como a invasão de dispositivo informático artigo 154-A do CP.

A infiltração policial deixou de ser novidade na nossa legislação quando o instituto passou a ser previsto no Brasil por força de Convenções e Tratados Internacionais. Foi internalizada em nosso ordenamento jurídico, por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, a chamada Convenção de Palermo, a qual, em seu artigo 20, prevê operações de infiltração como técnica especial de investigação. Posteriormente, a Lei de 11.343/06 passou a autorizar o emprego também para investigações dos crimes de tráfico de drogas (art. 53, I) e, por último, a Lei 12.850/13, denominada Lei do Crime Organizado (artigo 3º, VII e artigos 10 e ss, da Lei 12.850/13), sendo esta até então a mais recente norma que tratava do tema.

Conforme se pode observar, todas as legislações até então existentes tratavam de infiltração policial da forma tradicional, ou seja, ambiente físico pelo agente. Já a Lei 13.441/17 estabeleceu expressamente o emprego do método virtual ou cibernético. Portanto, infiltração policial é gênero, sendo as espécies física e virtual.

---

<sup>96</sup> Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal - Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 129.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 130.

A título de ilustração, em razão da edição dos Jogos Olímpicos e dos Paraolímpicos realizados no Brasil em 2016, editou-se a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, cujo escopo é o de regulamentar o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista<sup>98</sup>. Alterou também as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Em relação aos mecanismos de investigação (entre eles, a infiltração de agentes), processo e julgamento do terrorismo, remete às disposições da Lei 12.850/13, conhecida como Lei do Crime Organizado (art. 16 da 13.260/16). Tudo indica que a nova Lei do Terrorismo foi empregada uma única vez, na denominada Operação *Hashtag*, realizada pela Polícia Federal e concluída em março de 2017.<sup>99</sup>

Cabe reiterar que, no terceiro capítulo da presente dissertação, analisamos o método de investigação infiltração policial da tradicional de maneira abrangente, principalmente por constituir o ponto central do nosso estudo.

Para o professor Flávio Cardoso Pereira, o instituto agente infiltrado pode ser entendido como agente secreto, infiltrado, ou "toupeira" em linguagem coloquial, configurando a figura representada pela pessoa que exerce uma função policial, devidamente treinada para essa ação. Sob a autoridade das autoridades competentes, e a partir de autorização judicial segundo o princípio proporcionalidade e de uma suposta identidade, consegue entrar em uma determinada organização criminosa, valendo-se de várias técnicas de investigação encobertas, incluindo decepção e dissimulação, com a comissão de crimes graves por membros do clã criminoso e, conseqüentemente, a provisão das informações necessárias às autoridades. O objetivo é ajudar a desmantelar toda a estrutura do macrocrime por meio da convicção dos infratores. Ainda de acordo com o especialista, o infiltrado deve orientar a sua

---

<sup>98</sup> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

<sup>99</sup> A Polícia Federal informou que o inquérito da Operação *Hashtag*, que investiga suspeitas de terrorismo no Brasil, foi concluído nesta segunda-feira, 6. Segundo a Federal, durante os dez meses de investigação, foram cumpridos 74 mandados judiciais, sendo 26 de busca e apreensão domiciliar, 40 de prisões temporárias e preventivas e oito de condução coercitiva, todos expedidos pela 14ª Vara Federal de Curitiba/PR. Além dos oito investigados denunciados pelo Ministério Público Federal à Justiça Federal, a Polícia Federal indiciou mais oito pessoas. Os indiciados podem responder por crimes de associação criminosa e promoção de organização terrorista, cujas penas somadas podem chegar a 11 (onze) anos de reclusão. A primeira fase da *Hashtag* foi deflagrada em julho do ano passado, semanas antes da Olimpíada do Rio. Na ocasião, dez brasileiros foram presos suspeitos de compor uma célula terrorista internacional do Estado Islâmico, no país, que estaria preparando atentados durante os Jogos. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/03/06/pf-indicia-mais-oito-por-organizacao-terrorista-na-hashtag.htm> Acesso em: 23 set 2017.

ação em relação aos princípios do Estado Constitucional de Direito, especialmente o devido processo legal e proporcionalidade”<sup>100</sup>.

Conforme disposição do artigo 190-A, acrescido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017, foi assentada a possibilidade da realização da infiltração virtual nos delitos de pedofilia (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA), delitos crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis (estupro de vulnerável artigo 217-A do CP), corrupção de menores (artigo 218 do CP), satisfação de lascívia (artigo 218-A do CP), bem como favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável artigo 218-B do CP) e, ainda, invasão de dispositivo informático artigo 154-A do CP).

A infiltração virtual ou cibernética - por ser um método oculto de investigação, especial, extraordinário e subsidiário - somente terá o seu emprego admitido quando os meios ordinários ou convencionais de investigação não se mostrarem eficazes, inclusive por força expressa do art. 190-A, § 3º, *in verbis*: “A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios”. Portanto, justifica-se o seu emprego em *ultima ratio*.

A utilização do método deve ser precedida de autorização judicial, por expressa disposição legal (art.190-A, I), assumindo legitimidade ativa para pleitear a medida perante a autoridade judicial, o membro do Ministério Público e o delegado de polícia (art. 190-A, II).

O requerimento do Ministério Público e a representação do delegado de polícia devem apresentar elementos coerentes com a demonstração da necessidade, os quais justificam o emprego da medida e o alcance das tarefas dos policiais (art. 190-A, II).

Embora não mencionado de forma expressa na Lei A Lei 13.441/17, entendemos que, diante de requerimento do Promotor de Justiça para emprego da infiltração virtual na investigação criminal, o delegado de polícia deve ser instado pelo magistrado a emitir

---

<sup>100</sup> *El agente encubierto, infiltrado o “topo” em lenguaje coloquial, es la figura representada por la persona que ejerce una función policial, debidamente entrenada para esta actuación, que bajo la suordinación de las autoridades competentes, y contando con autorización judicial fundamentada en el principio de proporcionalidad y, utilizando de una identidad supuesta, consigue se introducir en las entrañas de una determinada organización criminal, utilizandolas varias técnicas encubiertas de investigación, incluso actos de engaño y disimulación, con la comisión de delitos graves por los miembros del clan criminoso y por consecuencia, con el ofrecimiento de las informaciones necesarias a las autoridades, con el objetivo de ayudar en la desarticulación de toda la estructura de macrocriminalidad a través de una sentencia condenatoria de los delincuentes. De lo dicho resulta que el infiltrado deberá pautar su actuación en el respecto a los principios del Estado constitucional de Dereche, muy especialmente el debido proceso legal y en la proporcionalidad. (citação original). In: Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 327.*

manifestação técnica para a aplicação da medida, tendo como fundamento o art. 10, *Caput*, da Lei 12.850/13.

No tocante ao prazo, o legislador autorizou o juiz a conceder a medida por 90 dias e, uma vez justificada, por mais sete prorrogações pelo mesmo prazo, limitando-se no máximo em 720 dias (art. 190-A, III).

Já a infiltração tradicional ou física, constante na Lei do Crime Organizado, autoriza a medida por seis meses, sem prejuízo de outras renovações, desde que comprovada a necessidade (art. 10, § 3). A nosso entender, a limitação do prazo da infiltração virtual em 720 dias criou critérios diferenciados e desproporcionais de prazo para o mesmo gênero de método investigativo. Ora, o delegado de polícia pode estar diante de uma investigação complexa, com envolvimento de elevado número de criminosos e que depende de prazo mais elástico. Sabidamente, investigação não é matemática, não possui hora marca, sendo dotada de *timing* certo e adequado para recolha de provas. Por isso, o encerramento da investigação não pode ser retardado ou antecipado de forma que seja prejudicial aos trabalhos apuratórios.

O controle da medida é realizado pelo Ministério Público e autoridade judiciária, cuja base é o relatório circunstanciado, devidamente acompanhado dos atos eletrônicos registrados, gravados e armazenados, remetido ao término do emprego da infiltração virtual (art. 190-E), bem como nos relatórios e informações que subsidiaram as prorrogações e a necessidade da medida (art. 190-A, III). Além disso, a qualquer tempo da infiltração, o Promotor de Justiça e o juiz podem requisitar relatórios parciais (art. 190-A, § 1º). Esse dispositivo remete de forma equivocada ao inciso II, § 1º do artigo 190-A, quando, na verdade, deveria ter mencionado o inciso III do mesmo artigo.

O requerimento do Promotor de Justiça e a representação do delegado de polícia pleiteando a medida, bem como os relatórios circunstanciados finais e parciais, juntamente com as informações dos atos eletrônicos, possuem tramitação sigilosa, justamente por se tratar de medida cautelar de meio investigativo, permanecendo em autos apartados dos principais, a serem apensados ao inquérito policial ao final das investigações. Nesse sentido, enquanto não forem encerradas as apurações, devem permanecer sob sigilo, limitando-se o acesso ao Promotor, juiz e delegado que oficiam no procedimento (arts. 190-B e 190 E). Importante salientar que, mesmo após o encerramento das investigações e transformação em processo crime, a autoridade judiciária deve zelar pela intimidade da criança e adolescente, no sentido de limitar o acesso aos autos apenas ao réu e seu advogado e, obviamente, ao membro do MP (art. 190-E, parágrafo único).

O agente policial infiltrado virtualmente deve observar e pautar a sua atuação de acordo com a estrita finalidade da investigação, visando à recolha e à produção de provas (art. 190-C, parágrafo único). Em outras palavras, deve guardar proporcionalidade entre as condutas praticadas e os delitos apurados. Desde que não cometa excessos, estará agindo sob o manto de excludente de ilicitude ou antijuridicidade em face do estrito cumprimento do dever legal. Do mesmo modo, não cometerá crime o policial infiltrado ao ocultar a sua real identidade, com a finalidade de investigação dos delitos já mencionados (art. 190-C).

Importante frisar que os criminosos virtuais podem exigir rituais de iniciação do agente infiltrado e, nesse ponto, conforme já mencionamos anteriormente, os atos praticados estão respaldados e justificados, desde que guardem estrita obediência e proporcionalidade das condutas com os delitos apurados. Do mesmo modo, o infiltrado não deve agir de forma proativa, no sentido de instigar, incentivar ou fomentar a prática de crimes virtuais, em um verdadeiro agente provocador, o que acaba por ensejar a invalidade das provas, tendo como fundamento a Súmula 145, editada no ano de 1963, pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

### **1.3.6 Localização de aparelho de telefonia celular e acesso aos dados armazenados**

De acordo com o artigo 252º-A do Código de Processo Penal português, a localização de aparelho de telefonia celular é considerada medida de polícia, podendo ser solicitada diretamente à operadora pelos órgãos de polícia criminal, sem autorização judicial prévia, sempre que se fizer necessária para afastar perigo para a vida ou a ofensa à integridade física grave.

Já como obtenção de prova, o artigo 189, nº 2, do mesmo diploma legal, versa sobre a localização de celular e os pedidos de tráfego de comunicações (faturas) telefônicas, ao regime jurídico da interceptação telefônica.

Nas duas situações citadas, o pedido/resposta de localização celular deve ser comunicado, no prazo máximo de 48 horas, ao juiz titular, pelo MP ou pelo operacional, caso

ocorra na pendência de um inquérito, ou ao juiz da sede da entidade competente para a investigação criminal, se for durante a fase pré-processual<sup>101</sup>.

No Brasil tramita, na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 1.528/2015, que visa a instituir ferramentas de investigação criminal voltadas para a prevenção e repressão dos crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148, do Código Penal), extorsão (art. 158, § 3º do Código Penal), extorsão mediante sequestro (art. 159 do Código Penal), tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231 do Código Penal), tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A do Código Penal), tráfico internacional de criança ou adolescente (art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente), objetivando conferir maior celeridade e eficiência às demandas investigativas.

Como principais medidas do projeto, destacamos o acesso aos dados cadastrais e à localização da região/área onde se encontra o aparelho celular da vítima e dos suspeitos por meio do cruzamento de antenas existentes nas redes de telefonia celular.

De acordo com o projeto de Lei nº 1.528/2015, o delegado de polícia dispõe da prerrogativa de acessar as informações diretamente junto às operadoras sem autorização judicial, tendo em vista que a análise e concessão da medida por parte do Poder Judiciário pode não ser no tempo necessário e eficaz às incursões investigativas. Nesse ponto, vale sublinhar que, em determinadas investigações, cada segundo de tempo pode representar a diferença entre a vida e a morte da vítima.

Observa-se que, no Brasil, tornou-se praxe realizar interceptação das comunicações telefônicas no sentido de auxiliar nas investigações de maior complexidade, a exemplo do tráfico de drogas, extorsão mediante sequestro, roubos, etc. Tais interceptações abrangem a localização dos terminais dos alvos investigados, sendo esta na atualidade tão importante quanto as comunicações de voz para a resolução de casos.

Embora não haja previsão na legislação brasileira a respeito do acesso aos dados armazenados no celular como método oculto de investigação e recolha de provas, faz-se necessário analisar o tema, especialmente diante da realidade atual que se apresenta.

De acordo com o contexto histórico da telefonia celular<sup>102</sup>, inicialmente, em 1888, o físico alemão Heinrich Hertz, que titula a unidade de medida de frequência, transmitiu pela primeira vez códigos sonoros pelo ar, o que possibilitou não somente o desenvolvimento dos

---

<sup>101</sup> Braz, José. *Investigação criminal, A Organização, o Método e a prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 268.

<sup>102</sup> Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2011/07/o-primeiro-celular-da-historia.html>  
Acesso em: 25 set. 2017.

radiotransmissores, como também a primeira ligação telefônica intercontinental em 1914. Já em 1940, foi criado um sistema de comunicação à distância que possibilitava a mudança de canais de frequência, evitando, assim, interceptação no sinal. Após sete anos, a empresa de tecnologia norte-americana Bell, que atualmente faz parte da AT&T, recorreu a essa tecnologia para desenvolver um sistema telefônico interligado por várias antenas, batizadas de "células", o que resultou o nome do aparelho.

Já no ano de 1956, a Ericsson resolveu conjugar todas as tecnologias desenvolvidas anteriormente e, finalmente, criar o celular, chamado de Ericsson MTA (*Mobilie Telephony A*). O equipamento somente era móvel se fosse levado em um carro, em razão de seu peso de quase 40 quilos, fora que o custo de produção também não facilitava sua popularização. No mês de abril de 1973, a Motorola, concorrente da Ericsson, lançou o Motorola Dynatac 8000X, considerado um verdadeiro celular portátil à época, com dimensões de 25 cm de comprimento e 7 cm de largura, pesando “apenas” 1 quilo e com uma bateria com duração de 20 minutos. O evento que marcou o lançamento foi a primeira chamada telefônica celular móvel, em uma determinada rua em Nova Iorque, pelo engenheiro eletrotécnico da Motorola, Martin Cooper, para o seu concorrente, o engenheiro Joel Engel, da AT&T.

A partir daí, Cooper passou a ser considerado o pai do celular. Passados seis anos, os telefones celulares começam, então, a funcionar no Japão e na Suécia. Nos EUA, apesar de ser o país sede da invenção, o funcionamento somente começou em 1983, dez anos depois de sua apresentação. No Brasil, o primeiro celular lançado, em 1990, foi o Motorola PT-550, vendido inicialmente no Rio de Janeiro e, logo depois, em São Paulo. O aparelho já era um pouco mais compacto.

Com a popularização do *smartphones*, modificou-se, entretanto, a forma de interação das pessoas. Até pouco tempo atrás, o celular era visto apenas para realizar e receber chamadas. Atualmente, porém, é um aparelho multifuncional, possibilitando ao usuário: recebimento e envio de mensagens via SMS ou torpedos; fotografar e filmar; possuir conexão com a internet (enviar e receber e-mail's, utilização de aplicativos de mensagens instantâneas (WhatsApp, IMO, Viber, Telegram, FaceTime, snapchat, Skype, etc.), operações bancárias, etc.; agenda telefônica; chamadas de voz e vídeo por meio de aplicativos; armazenamento de dados.

A título de conhecimento, segundo dados da Anatel<sup>103</sup>, o Brasil terminou o mês de julho de 2017 com 242 milhões de celulares e densidade de 116,53 cel/100 hab<sup>104</sup>. Em relação ao aplicativo Whatsapp, há 1,2 bilhão de usuários ativos por dia no mundo e 120 milhões somente no território brasileiro<sup>105</sup>.

Assim, em face dessa funcionalidade, ocorreu a migração de todos os serviços para um só lugar (computador portal e multifuncional), o que facilita a vida das pessoas, bem como potencializa a interação e a comunicação. Em contrapartida, isso contribui para o cometimento de crimes dos mais variados, desde a simples ameaça, até a ocorrência de extorsão mediante sequestro com o emprego da tecnologia, especialmente de aplicativos disponíveis no mercado, o que efetivamente dificulta, ou até mesmo inviabiliza, as investigações criminais.

A título de curiosidade, em abril de 2017, no estado de Santa Catarina (Brasil), houve o registro do primeiro caso nacional de extorsão mediante sequestro, no qual, para o pedido de resgate para libertação da vítima, exigiu-se o pagamento da moeda virtual *bitcoins*.<sup>106</sup> Nessa situação, toda a negociação dos sequestradores com a família da vítima deu-se por meio do aplicativo WhatsApp. A vítima foi resgatada no cativeiro pela polícia civil catarinense, por meio da Diretoria Estadual de Investigações Criminais (DEIC), com o apoio da Polícia Civil Paulista<sup>107</sup>.

Existem casos emblemáticos envolvendo o aplicativo Whatsapp no Brasil<sup>108</sup>, entre eles destacamos:

1. Em fevereiro de 2015 foi determinada a suspensão do aplicativo em todo o país, pelo Juiz da Central de Inquéritos da Comarca de Teresina-PI, em virtude de a empresa ter negado reiteradamente o fornecimento de informações para uma investigação policial, em atendimento a uma representação da PCPI. Na ocasião, o aplicativo não chegou a

---

<sup>103</sup> Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) é uma agência reguladora, vinculada ao Governo Federal. A ela compete, entre outras atribuições, a regulação do setor de telefonia, tanto fixa quanto celular. Em matéria de telecomunicações, a agência tem como principais atribuições celebrar e gerenciar contratos de concessão, fiscalizar a prestação de serviços, aplicar sanções, controlar revisões tarifárias, expedir normas sobre prestação de serviços e até mesmo realizar intervenções, se necessário. Disponível em: <https://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/o-que-e-a-anatel> Acesso em: 22 ago. 2017.

<sup>104</sup> Disponível em: <http://www.teleco.com.br/ncel.asp> Acesso em: 25. set. 2017.

<sup>105</sup> Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/whatsapp-revela-numero-de-usuarios-no-brasil/68604> Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>106</sup> Disponível em: <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/04/mulher-de-florianopolis-e-resgatada-de-sequestro-com-pedido-de-resgate-em-moeda-virtual-9783424.html> Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>107</sup> Disponível em: <http://www.policiacivil.sc.gov.br/informacoes/noticias/38168-policia-civil-de-sc-e-elogiada-mundialmente-pela-solucao-rapida-do-caso-de-extorsao-mediante-sequestro-com-pagamento-em-moeda-virtual> Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>108</sup> Focamos nesse aplicativo em virtude de ser o mais popular e o campeão em número de usuários.

- ficar fora do ar, e o TJ/PI reformou a decisão, argumentando que existe uma infinidade de aplicativos disponíveis no mercado e não seria com a suspensão do WhatsApp que se investigaria e cessaria a prática de crimes<sup>109</sup>;
2. Em agosto de 2015, em razão do chamado “efeito WhatsApp”, foi anunciado que as operadoras móveis no Brasil estariam preparando ações para ingresso no Poder Judiciário e, ainda, na Anatel contra o WhatsApp, por considerarem que o aplicativo não possui *login* específico (diferentemente de outros softwares de conversas por voz, como o Skype, da Microsoft) e usa número de telefone. O questionamento tinha por base as chamadas de voz feitas pelo aplicativo, e não as trocas de mensagens. Além do mais, não recolhe tributo, tornando-se uma concorrente desleal em relação às operadoras. De acordo com a TELECO, as operadoras pagam R\$26,00 para a ativação de cada linha móvel e R\$13,00 anuais de taxa de funcionamento<sup>110</sup>;
  3. Em dezembro de 2015, o Juiz da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo determinou a suspensão do aplicativo por 48 horas, em virtude do não cumprimento de decisões judiciais em um período de 127 dias, apesar de notificada diversas vezes, inclusive com aplicação de multa de ordem de R\$12,7 milhões. O *app* de mensagens ficou fora do ar por aproximadamente de 14 horas e, no dia seguinte ao do início do bloqueio, uma liminar do TJ-SP permitiu que as operadoras deixassem de suspender o acesso ao aplicativo, argumentando que milhares de usuários não podem sofrer penalização em face inércia do WhatsApp e, ainda, não teriam se esgotado outros meios disponíveis para obtenção do resultado<sup>111</sup>;
  4. Em março de 2016, o vice-presidente do Facebook para a América Latina foi preso em São Paulo, por determinação do Juiz da Comarca de Lagarto – SE, em face do descumprimento imotivado de interceptação do WhatsApp, solicitada pela Polícia Federal em uma investigação de tráfico interestadual, o que acabou por embaraçar a investigação em face da organização criminosa, ensejando o crime previsto na Lei 12.850/13 (Art. 2º, § 1º)<sup>112</sup>;

---

<sup>109</sup> Disponível em: <https://cidadeverde.com/noticias/209141/justica-ordena-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-o-pais-por-48-horas> Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>110</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/08/operadoras-moveis-no-brasil-preparam-peticao-contra-whatsapp.html> Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>111</sup> Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/justica-manda-bloquear-whatsapp-por-48-horas-partir-desta-quinta-feira> Acesso em 25 set. 2017.

<sup>112</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/policia-prende-representante-do-facebook-na-america-do-sul-em-sp.html> Acesso: em 25 set. 2017.

5. Em maio de 2016, um juiz de Sergipe ordenou o bloqueio do WhatsApp em todo o país por 72 horas. Novamente, a determinação se deu porque o Facebook, dono do app de mensagens, não cumpriu decisão judicial anterior de compartilhar informações que subsidiariam uma determinada investigação criminal. A operadora que descumprisse a ordem pagaria multa diária de R\$ 500 mil. O WhatsApp ficou bloqueado no Brasil por cerca de 24 horas. Os advogados do aplicativo entraram com um pedido de reconsideração, que foi analisado e aceito por outro desembargador do TJ-SE, Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, liberando assim o uso do aplicativo no Brasil<sup>113</sup>;
6. Em julho de 2016, uma magistrada do Rio de Janeiro determinou que as operadoras de telefonia realizassem o bloqueio, em razão do Facebook ter recusado ceder informações para uma investigação policial em Caxias, na Baixada Fluminense. O partido PPS ingressou com a ADPF nº 403-SE no STF<sup>114</sup>, argumentando que a decisão fere a liberdade de expressão e de manifestação. O Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, em regime de plantão, ao analisar a ação, determinou o desbloqueio do aplicativo por entender que a medida foi desproporcional, pois o WhatsApp é usado de forma abrangente, inclusive para intimações judiciais, o que fere a segurança jurídica. O ministro Edson Fachin é o relator da ação, e se encontra pendente de julgamento na Suprema Corte o mérito da ação<sup>115</sup>.

Conforme se pode constatar, o usuário acompanhou a evolução tecnológica, inclusive os criminosos que migraram para as novas ferramentas, o que impossibilita a Polícia Judiciária realizar a apuração da autoria e materialidade em crimes complexos sem o auxílio da tecnologia para o deslinde do procedimento investigatório. Já a empresa WhatsApp a todo custo tenta e garante o princípio da privacidade de seus usuários (art. 3º, Lei nº 12.965/2014 - Lei do Marco Civil da Internet).

Assim, são necessários alguns questionamentos: Em uma democracia, diante de um caso concreto, não é necessário ponderar valores para se averiguar qual deve prosperar? A empresa WhatsApp, ao não cumprir decisões judiciais e sequer fornecer informações aos

---

<sup>113</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/whatsapp-reverte-bloqueio-e-deve-voltar-funcionar.html> Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>114</sup> A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem previsão no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que diz o seguinte: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

<sup>115</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/stf-suspende-decisao-da-justica-do-rio-que-bloqueou-whatsapp.html> Acesso em: 25 set. 2017.

órgãos de persecução criminal, não estaria protegendo dados de criminosos em detrimento da segurança de toda a sociedade? Diante de casos que exigem respostas imediatas e pontuais, a cooperação jurídica internacional é o único caminho adequado?

Para responder aos questionamentos, é necessário analisar a vida privada e a intimidade em relação à segurança. A vida privada e a intimidade são direitos fundamentais, mas não se revestem de caráter absoluto na sua preservação, impondo-se a flexibilização em determinados casos, nos quais o Estado mede esforços na tutela de interesses coletivos por meio da persecução ao crime e ao criminoso. Isso se justifica diante da cessão de espaço para os interesses da ordem pública, social e, ainda, da própria justiça.

A flexibilização desses direitos consagrados na Constituição da República, no estabelecimento da investigação criminal, deve ajustar-se com os limites do próprio texto constitucional (artigo 144, CF). É nesse cenário de caráter investigativo que o CPP determina que o delegado de polícia precisa medir esforços para amealhar subsídios probatórios, procedendo à apreensão de objetos que tenham relação com o fato, o que significa saber se as informações constantes no celular possui relação com o fato (art. 6, II e III, CPP).

É necessário que o Estado, por meio de seus agentes, ao ingressar na esfera da intimidade do indivíduo, com base em mecanismos legais, conduza os trabalhos de forma a preservar o sigilo, a intimidade, bem como para o fim que se destina a diligência em curso. Assim como a vida, a liberdade possui o seu grau de importância como direito fundamental, encontrando a sua relativização na CF ao autorizar o cerceamento com a prisão em flagrante e o cumprimento de ordem de prisão expedida pela autoridade judiciária (art. 5º, LXI). A casa é asilo inviolável, preceito também relativizado nos casos de prisão em flagrante, desastre, prestação de socorro e cumprimento de mandado de busca e apreensão (art. 5, XI).

A respeito do tema, o STF, Corte máxima brasileira, justamente o guardião da Carta Magna, já se manifestou, demonstrando que se faz necessária a ponderação de valores de ordem constitucional: de um lado o direito fundamental à privacidade; de outro, o direito à segurança pública. Frente ao conflito entre direito à intimidade e direito à segurança, o caso concreto impõe um processo de ponderação, ao se levar em conta os interesses em jogo. Nesse norte, a restrição de um dos direitos em detrimento do outro deve obedecer ao princípio da proporcionalidade<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> HABEAS CORPUS 91.867 PA, 24/04/2012,, STF MIN. GILMAR MENDES DJe 20/09/2012 e MS n. 23.452/RJ, STF rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12.5.2000

Para o acesso aos dados armazenados em aparelhos celulares e equipamentos de informática (CF., Art. 5º, inciso – XII), é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O sigilo que trata o XII do art. 5º, da CF refere-se à comunicação de dados ou dos dados armazenados no celular (chamadas, torpedos, aplicativos de conversas) e equipamentos de informática?

Na interceptação telefônica ou de dados, verifica-se que um terceiro realiza a intromissão da comunicação conduzida por um interlocutor e destinada a outrem, sem o conhecimento de ambos. É o que ocorre, por exemplo, quando o diretor do estabelecimento penal abre uma carta endereçada a um preso antes que este tenha lido. Veja que o conceito jurídico de interceptação é voltado para uma ação, qual seja a comunicação de dados.

Já na recepção, ocorre o recebimento ou captação da mensagem ou informação por aquele a quem foi destinada, na comunicação. O receptor, destinatário ou interlocutor, é aquele ou aquilo que acolhe a mensagem ou a informação que lhe foi destinada<sup>117</sup>.

Já os dados são quaisquer registros privados, mantidos em meio eletrônico ou mesmo em papel, como as anotações em caderno ou agenda<sup>118</sup>.

O então ministro Sepúlveda Pertence, no MS 21.729, destacou:

A propósito: da minha leitura, no inciso XII, artigo 5º, da Lei Fundamental, que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse” (MS 21.729, Ministro Sepúlveda Pertence DJ 19.10.2001

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o STF entende que o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da CF, diz respeito apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos. A apreensão de um computador, para dele se extraírem informações gravadas no *hard disc*, por exemplo, configura hipótese constante no âmbito normativo daquela garantia constitucional.<sup>119</sup>

Conforme já assinalado, o delegado de polícia necessita saber se os dados contidos no celular guardam relação com o evento criminoso ou elementos que possam individualizar a autoria e a materialidade (art. 6º, CPP). Para tanto, faz-se necessário acessar o conteúdo.

<sup>117</sup> Feitoza, Denilson. *Direito processual penal*. Niterói/RJ: Ímpetus, 2009, pp. 775-776.

<sup>118</sup> Gonçalves e Baltazar Junior. *Legislação penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 709.

<sup>119</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 294.

A Lei 9.296/96<sup>120</sup> regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (art. 5º, XII, CF), estando relacionada ao tráfego dessas informações e não o que se encontra registrado no aparelho. Diante de um caso concreto, entre a vida privada/intimidade e a segurança, é necessário realizar ponderações. Uma vez preenchidos determinados requisitos, entendemos que deve prevalecer o último.

Anote-se que o acesso aos dados armazenados possui o propósito de preservação do material probatório existente, pois o proprietário ou o usuário podem acessar remotamente o equipamento e apagar as informações disponíveis.

A respeito do tema, o I Fórum Nacional de Juízes Criminais editou o Enunciado n. 07, *in verbis*: “O acesso ao conteúdo de todos os dados, dentre eles, aplicativos e contatos telefônicos, em celular apreendido durante flagrante pela polícia não precisa de autorização judicial<sup>121</sup>”.

Assim, em nossas observações práticas nas searas policiais e judiciais, especialmente atentos ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante no Brasil, observamos que os dados arquivados no celular (chamadas, torpedos SMS, agenda, fotos, vídeos, aplicativos de conversas) e em dispositivos informáticos não estão acobertados pelo sigilo do art. 5º, XII, CF, sendo prescindível autorização judicial para que a Polícia Judiciária, a perícia e os órgãos de persecução penal tenham acesso, nos termos seguintes<sup>122</sup>:

- a) Procedimento investigatório formalmente instaurado (Inquérito Policial);
- b) Prisão legítima (prisão em flagrante, mandado de prisão e ainda, mandado de busca e apreensão)<sup>123</sup>;

---

<sup>120</sup> A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 em seu Art. 1º dispõe: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

<sup>121</sup> Disponível em: <http://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2017/08/FONAJUC-enunciados.pdf> Acesso em : 26 set. 2017.

<sup>122</sup> Outras decisões judiciais de interesse da matéria: a) STF. Habeas Corpus nº 91.867/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes; b) TRF4. Apelação Criminal nº 29123 PR 2002.04.01.029123-1. Rel. Des. Fábio Bittencourt da Rosa; c) TJRS. AC Nº 70034502781. 1ª C.C. Rel. Des. Manuel José Martínez Lucas ; d) STF. Habeas Corpus nº 70.814-5/SP. Rel. Min. Celso de Melo (interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados); e) Recurso em Habeas Corpus Nº 75.800 - PR (2016/0239483-8) - Quinta Turma do STJ; f) Habeas Corpus n. 4001937-75.2016.8.24.0000 Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho - Terceira Câmara Criminal/TJSC; g) STJ - RHC 51.531 (compara smartphone a computador).

<sup>123</sup> Mesmo não constando expressamente no mandado de busca e apreensão, entendemos legítimo o acesso ao celular ou material de informática, até porque não teria sentido ter sido autorizada a buscas no local e não poder verificar as informações já existentes e armazenadas no equipamento. Fazendo um comparativo, realizar buscas na residência *v.g.* a procura de papéis que tenham relação com o crime, e realizar buscas no celular a procura de papéis armazenadas na forma digital, a única diferença é que a primeira é física e a segunda digital;

- c) Existência de relação entre o objeto apreendido e a finalidade da investigação<sup>124</sup>;
- d) O acesso deve se dar por meio físico e não remoto;
- e) Registro detalhado dos acessos, fotocópias, extrações e espelhamentos realizados, bem como a devida motivação<sup>125</sup>;
- f) Quanto ao celular ou materiais de informática com proteção de senhas e que não foram fornecidas pelo proprietário, entendemos que os profissionais de persecução penal estão legitimados a realizar a “quebra” da senha com base nas novas ferramentas disponíveis, devendo ser devidamente registrado<sup>126</sup>;
- g) Em todos os casos, deve o condutor e diretor da investigação, ou seja, o delegado de polícia, verificar e analisar os riscos decorrentes do acesso das informações sem autorização judicial, objetivando não quebrar a cadeia de custódia, de forma a não macular a prova e, por sua vez, o processo investigativo.

Ademais, a baixa produção de ligações convencionais (dados de voz), face o uso e a popularização de aplicativos de comunicação, tem gerado baixa eficiência da interceptação das comunicações telefônicas. Entretanto, o resultado é a geração de grande volume de dados com o uso de celular, o que vem propiciando à Polícia Judiciária voltar ações e esforços na busca de provas no próprio aparelho, utilizando-se de modernos equipamentos para extração e recuperação de dados porventura apagados ou armazenados na chamada nuvem, o que configura valiosa recolha de prova<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Uma vez encontradas informações de outros crimes ou de outros criminosos que não seja objeto de investigação no procedimento que ensejou a apreensão, entendemos que se deve pleitear autorização judicial de compartilhamento de prova para instauração de procedimento investigatório diverso. Ainda, fotos, vídeos, conversas de conteúdo íntimo devem guardar o devido sigilo, até porque não interessam à investigação, salvo em se tratando de conteúdo criminoso (v.g. pedofilia).

<sup>125</sup> Observa-se o estrito cuidado para não manipular dados ou informações de conteúdo armazenados no equipamento, visando não quebrar a cadeia de custódia e por sua vez, não macular a prova.

<sup>126</sup> Caso seja necessário meio mais invasivo, e que possa causar danos no aparelho e/ou no conteúdo existente, entendemos que a medida mais adequada, solicitar autorização judicial, a fim de resguardar os profissionais envolvidos e ainda, não macular a prova.

<sup>127</sup> Segue link da matéria sobre o uso do equipamento em investigações criminais: Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/equipamento-israelense-foi-usado-pela-pf-para-extrair-dados-de-celulares-na-lava-jato-19101625.html> Acesso em: 20 set. 2017.

## **CAPÍTULO 2 - Liberdade x Segurança: o tensionamento de forças e os meios ocultos de investigação**

São cada vez mais recorrentes e acalorados os discursos a respeito da criminalidade organizada, com o envolvimento progressivo dos mais diversos cenários e segmentos sociais, políticos e culturais. O *modus operandi* dos grupos criminosos, independentemente de sua espécie, são economicamente estruturados (organizações criminosas propriamente ditas) e em prol de uma ideologia comum, a exemplo das organizações terroristas. Entre as algumas características similares, destaca-se o fato de serem mais intelectualizados, complexos, estruturados, compartimentados, divididos em cargos/funções/tarefas, alguns vistos como uma verdadeira "empresa" do crime.

Conjugado a isso, temos a revolução tecnológica, que possibilitou a comunicação e a interação entre as pessoas em tempo real de forma ágil e dinâmica e que, infelizmente, também se encontra à disposição da criminalidade. Nesse sentido, o professor Nereu Giacomolli ressalta que, em face das transformações científicas e tecnológicas e, ainda, diante da velocidade das comunicações, diminuíram as distâncias, relativizando-se, assim, o tempo e o espaço. Com isso, tornou o futuro incerto ou imprevisível. Tudo isso também afeta os mecanismos de poder do Estado, bem como as suas regras e metodologias de controle e contenção das investigações e, conseqüentemente, da criminalidade <sup>128</sup>.

Costa Andrade preleciona que "de um lado o triunfo conjuntural de uma ideologia de *war on terrorism*, soprada, sobretudo, a partir dos Estados Unidos. Do outro lado, as profundas (e estruturais) transformações desencadeadas pelos progressos tecnológicos no domínio das telecomunicações"<sup>129</sup>.

De acordo com a clássica definição da "sociedade de risco", do sociólogo alemão Ulrich Beck, passamos a visualizar, nos dias atuais, uma verdadeira institucionalização da insegurança.<sup>130</sup> Tal situação deriva dos ataques às torres gêmeas dos EUA de 11 de setembro

---

<sup>128</sup> Giacomolli, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal – Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 8.

<sup>129</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra, Editora Coimbra. p.105.

<sup>130</sup> Beck, U. apud Pereira, Flávio Cardoso, *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*, Estado: Goiás, Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás. 2008, p. 19.

de 2001 (2.996 mortos, incluindo 19 terroristas<sup>131</sup>), ampliados com o atentado em Madri de 11 de março de 2004 (191 mortos<sup>132</sup>), que se projetou ainda nas mentes de cada ser humano, violência similar no metrô de Londres de 7 de julho de 2005 (52 mortes<sup>133</sup>) e o terror vivido em Paris (130 mortos<sup>134</sup>), Lyon<sup>135</sup> e Tunísia (45 mortos<sup>136</sup>). Nesses episódios, nos quais a esquizofrenia terrorista tem sido a justificativa de que deve haver uma justiça especial criminal para esses casos, assentando em meios de persecução criminal tipificados em normas excepcionais<sup>137</sup>.

Assim, a demonstração de que o Estado passa a demonstrar mais claramente uma tendência autoritária, que lesiona gravemente a eficácia das garantias individuais, a exemplo da *patriot act* americana e outras legislações europeias editadas após os ataques terroristas em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. De forma lamentável, a tortura retornou ao debate diante do recolhimento de terroristas na prisão de Guantánamo e a grave violação de direitos humanos<sup>138</sup>.

Diante desse cenário que se apresenta nebuloso, o Estado sempre, ou muitas vezes, encontra-se vários passos atrás, tanto na prevenção, quanto na repressão da criminalidade. Desse modo, não se desvincula a fase preliminar da *persecutio criminis*, seja pelo aumento da criminalidade em números e complexidade, seja pelo modo de atuação, bem como os sujeitos e organizações envolvidas. Tudo isso, em uma lógica explosiva e exponencial, rompendo paradigmas lineares<sup>139</sup>.

Os meios tradicionais de averiguação do delito utilizados pela polícia (inspeções oculares, escutas telefônicas, interrogatórios, etc.) mostram-se totalmente ineficazes na luta contra a expansão do fenômeno delitivo denominado como “delinquência organizada”. A

<sup>131</sup> Disponível em: Ataques\_de\_11\_de\_setembro\_de\_2001 acessado Acesso em: 17 out. 2017

<sup>132</sup> Disponível em: [g1.globo.com/mundo/noticia/2014/02al-qaed-aprovou-atentados-de-2004-em-madri-diz-investigador.html](http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/02al-qaed-aprovou-atentados-de-2004-em-madri-diz-investigador.html) Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>133</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/londres-faz-homenagem-mortos-em-atentados-de-2005.html> Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>134</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/sobe-para-130-o-numero-de-mortos-nos-atentados-de-paris-diz-franca.html> Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>135</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/06/ataques-terroristas-deixam-63-mortos-na-franca-na-tunisia-e-no-kuwait.html> Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>136</sup> Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/interior/pelo-menos-45-mortos-na-tunisia-em-ataque-jihadista-5065271.html> Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>137</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/login> Acesso em: 22 jul 2017.

<sup>138</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *A investigação do terrorismo internacional e o uso da tortura. Revista da MPGO*. Disponível em:

[http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_1/A%20investigacao%20do%20terrorismo%20internacional.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_1/A%20investigacao%20do%20terrorismo%20internacional.pdf) Acesso em: 20 jul 2017.

<sup>139</sup> Giacomolli, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal – Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 9.

busca de outros métodos extraordinários de investigação criminal, diante da constatação de que, hodiernamente, visualiza-se um processo penal contrário aos avanços científicos do último século, o qual, com o seu atraso, perde a oportunidade frente às vantagens que poderiam proporcionar para os sujeitos ativos do processo penal. Nesse contexto, o grande dilema consiste no fato de que as técnicas supracitadas, se não normatizadas e executadas de forma adequada, obedecendo-se aos postulados processuais e constitucionais, acabam por provocar perigo e eventual vulneração aos direitos e garantias dos investigados.<sup>140</sup>

Dessa forma, na tentativa de retomar as rédeas e imprimir ordem ao caos existente, sob o argumento também do risco, o Estado lança mão de medidas especiais ou diferenciadas para realizar a investigação a partir dos meios ocultos, até porque os meios ordinários ou convencionais não trariam a eficácia e o resultado esperados, dentro dos limites constitucionais e do horizonte do Estado Democrático de Direito, com vistas a responder aos reclamos da sociedade e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos fundamentais do ser humano.

De acordo com Geraldo Prado, é possível afirmar que a expansão dos métodos ocultos de investigação, com o seu potencial de eliminação das barreiras à privacidade, provoca reativamente a configuração de defesas jurídicas de proteção do âmbito essencial de configuração da vida privada, que se constituem a partir de uma dimensão de dependência recíproca entre legalidade e reserva de jurisdição<sup>141</sup>.

Giacomolli, ao abordar a figura do agente infiltrado (*uma das espécies de meio oculto de investigação*), explica que se trata de:

[...] mais um procedimento introduzido na fase investigatória, demonstrativo da ineficácia do Estado em apurar a criminalidade mais sofisticada, potencializador do segredo no processo penal, na falta de seriedade e transparência do atuar oficial. A autorização estatal para que o agente infiltrado pratique delitos oficializa o agir criminoso do Estado, produzindo uma erosão na atuação conforme as diretrizes democráticas e republicanas (artigo 1º, III, CF)<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Pereira, Flávio Cardoso. Revista do Ministério Público do estado de Goiás. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*, 2008, n. 16, pp. 13-51.

<sup>141</sup> Prado, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos, Monografias Jurídicas*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014, p. 62.

<sup>142</sup> Giacomolli, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal – Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 168.

O professor conclui, afirmando ser uma metodologia investigatória própria de um modelo de Estado autoritário, ensejadora, assim, de incontáveis abusos por parte do governo central<sup>143</sup>.

Costa Andrade discorre que "os meios ocultos de investigação levam as pessoas atingidas – normalmente o suspeito – a “ditar” inconscientemente para o processo de “confissões” não esclarecidas nem livres". [...] O arguido vê minado o seu estatuto de sujeito processual, aproximando-se progressivamente de um mero objecto do processo, [...] não conhecendo distinção nem diferença entre suspeito e inocente, não respeitando relações de confiança, de segredo, de proximidade existencial"<sup>144</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Manuel Valente dispõe que se estivermos no âmbito dos meios ocultos de obtenção de prova, o visado com o processo-crime é um sujeito de direitos e liberdades fundamentais essenciais, devidamente efetivados pelas garantias processuais penais. Importante assinalar que deve haver um processo-crime em curso para que se possa recorrer a meios tão lesivos da vida privada e em comunidade. Valente defende ainda um sistema integral penal do ser humano para diminuir a força restritiva e ampliadora dos meios ocultos de prova<sup>145</sup>.

Diante da tensão entre liberdade e segurança e sob a inspiração da retórica do risco, os Estados produzem normativas que acoçam os direitos fundamentais visando a ampliar os recursos à disposição da repressão penal<sup>146</sup>.

Faz-se fundamental cotejar o discurso da eficiência (em contraposição ao abuso e arbitrariedade) ao da eficiência (contrariamente a amadorismo e incompetência), na perspectiva de que, em um sistema de justiça penal moderno, é duplamente lesivo desencadear medidas excepcionais e restritivas de direitos e liberdades, sem com elas obter qualquer efeito útil ou benefício coletivo<sup>147</sup>.

Tomás Vives Antón, professor da Faculdade de Direito de Valência e Vice-Presidente do Tribunal Constitucional espanhol, assinala que o processo penal construído em torno da

---

<sup>143</sup> Giacomolli, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal – Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 169.

<sup>144</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp. 106-107.

<sup>145</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Editorial-dossiê Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias*, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/82> Acesso em 17 out. 2017.

<sup>146</sup> Prado, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Editora Marcual Pons, 2014, p. 59.

<sup>147</sup> Braz, José. *Investigação Criminal. A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade*. 3ª Edição. Coimbra, Editora Almedina, 2014, p. 183.

presunção de inocência não é compatível com as chamadas “investigações prospectivas”, que se projetam indiscriminadamente sobre a generalidade dos cidadãos, o que é próprio dos chamados “crimes de suspeita”<sup>148</sup>.

A respeito das investigações criminais prospectivas, podemos afirmar que prevalece o modelo central de toda investigação criminal, ou seja, a busca pelo conhecimento sobre determinado evento criminal, sendo acrescido o fator temporal futuro em vez do passado, conforme segue o modelo clássico de investigação. Além disso, o evento futuro deve possuir relação com fatos e atos do presente. Na conjuntura temporal presente, objetiva-se evitar ou neutralizar os efeitos perigosos e danosos para o tempo futuro. Portanto, atualmente, já se buscam elementos embrionários de um provável crime em um futuro próximo, ampliando-se, assim, as estruturas normais de cognição. Com essa modalidade de investigação, deparamo-nos com situações limites e perigosas para a autodeterminação e a liberdade pessoal, já que se fundamenta na noção de perigosidade, com probabilidade de o indivíduo cometer um crime no futuro e ampliar, assim, o desejo de agências não judiciais intervirem no debelamento dos conflitos sociais, com projetos autoritários atentatórios às liberdades públicas dos cidadãos<sup>149</sup>. É necessário alinhar, então, racionalidade e equilíbrio nesse tensionamento. Nesse sentido, Flávio Cardoso defende que essa "zona de equilíbrio" precisa ser mais bem compreendida como sistematização de uma série de pontos de equilíbrio, por não ser possível pressupor utopicamente um ponto único de equilíbrio como fórmula mágica de eliminação da tensão de forças que contagia o processo penal moderno.

Faz-se imprescindível, portanto, ao se perseguir esses pretensos pontos de equilíbrio, a incorporação à problemática do princípio da proporcionalidade aplicado ao processo penal. Assim, embora seja complexa a delimitação dessa zona de equilíbrio, não podemos admitir a sua impossibilidade, sob pena de pactuarmos com a perpetuação de um dilema que provoca inúmeros efeitos negativos quanto à manutenção da credibilidade do instrumental processual, bem como de um sistema penal justo<sup>150</sup>.

Acerca dessa discussão, Roxin demonstrou outrora a sua preocupação, ao sublinhar que, diante do poder estatal monopolizado de exercício do *ius puniendi*, surge a necessidade

---

<sup>148</sup> Antón, Tomas Vives. apud Prado, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo, Editora Marcial Pons, 2014, p. 59.

<sup>149</sup> Santos, Célio Jacinto. *Investigação Criminal Especial: Seu Regime no Marco do Estado Democrático de Direito*. Rio Grande do Sul: Editora Nuria Fabris, 2013, pp. 79-80.

<sup>150</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, nº 16, p. 18.

de limitá-lo, no sentido de proteger, assim, os inocentes frente às perseguições injustas, mediante a formalização do processo penal<sup>151</sup>.

É importante lançar um olhar para o Direito como uma unidade epistemológica, teleológica e axiológica assentada em uma *ratio iuris*, e não apenas na *ratio legis*<sup>152</sup>.

Diante disso, para viabilizarmos, na prática, os meios ocultos de investigação, é indispensável encontrar um ponto de equilíbrio entre a segurança e os direitos e garantias individuais. Para tanto, é exigida a utilização de filtros, representados por meio dos princípios da legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade, especialidade e reserva de jurisdição, os quais constituem objeto de estudo individualizado nesta dissertação. Enfim, o discurso da eficiência não pode servir como justificativa para a violação de direitos amparados pelo princípio da legalidade.

## 2.1 Princípio da legalidade

Na legislação brasileira, atestamos, em diversas passagens, a falta de previsão e regulamentação dos meios de investigação e recolha de provas, notadamente dos métodos ocultos<sup>153</sup>, o que muitas vezes dificulta ou impede os trabalhos de apuração, especialmente em relação à segurança jurídica, considerando-se os graus de invasividade, danosidade e gravidade dos direitos fundamentais.

Ao Estado e os seus representantes resta como requisito indispensável e compulsório a obediência à lei para qualquer atividade desenvolvida, notadamente na área de investigação criminal, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito. Para aferir se o Estado realiza intromissões abusivas o ponto de partida é a previsão ou não na lei<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 2, apud Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, nº 16.

<sup>152</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Editorial-dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”*, Valente, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/82>. Acesso em: 17 jul. 2017.

<sup>153</sup> Um exemplo disso é agente infiltrado. Inicialmente houve tentativa de inserção no inciso I, do art. 2º, da Lei 9.034/95, mas recebeu veto presidencial, permanecendo sem previsão e regulamentação. Somente seis anos mais tarde, por meio da Lei nº 10.217, de 11.4.2001, o legislador acrescentou o inciso V ao art. 2º, da Lei 9.034/95.

<sup>154</sup> Meireis, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999, pp 169-189.

O princípio da legalidade exige que todos os meios extraordinários e limitantes dos direitos fundamentais sejam descritos no sistema legal. Ademais, a lei em questão deve ser acessível e previsível<sup>155</sup>.

Portanto, obviamente, apenas a lei pode autorizar e legitimar as medidas<sup>156</sup>. Quanto à reserva legal, Manuel da Costa Andrade aponta três grandes problemas associados aos meios ocultos de investigação. Primeiro, os atos normativos não estão concentrados ou compilados em um único diploma legal, existindo previsões tanto no Código de Processo Penal, quanto na legislação extravagante. Segundo, determinados métodos sequer estão previstos, com utilização regulamentada, beirando inclusive a ilegalidade. Terceiro, a existência de diferentes pressupostos e requisitos autorizadores para o emprego dos meios ocultos de investigação, pode levar os graus de lesividade e invasividade do meio para o seu emprego<sup>157</sup>.

Em relação às normas de Direito processual penal, especialmente aquelas que têm como natureza funcional a limitação da liberdade dos cidadãos, estão proibidas as interpretações extensivas. Desse modo, a cláusula geral de polícia não permite uma interpretação extensiva e as analogias para as normas reguladoras das restrições das liberdades dos cidadãos, notadamente para obtenção de prova. Entretanto, verifica-se exceção se estivermos falando de interpretação extensiva e analogia *in bonam parte*<sup>158</sup>.

Ademais, não se coaduna com as exigências constitucionais autorizar o emprego de medida mais gravosa e invasiva para investigar crime benigno que sequer prevê meio menos gravoso. Do mesmo modo, alargam-se os meios gravosos e invasivos para investigar a maior quantidade possível de infrações, até mesmo os de menor gravidade<sup>159</sup>.

Entende-se como correspondente ao preceito constitucional da legalidade o fato de que este meio de investigação extraordinário guarda uma disposição explícita e detalhada no sistema legal. Assim, o princípio da legalidade, como um orçamento formal do princípio da

---

<sup>155</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 402.

<sup>156</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 112.

<sup>157</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 112.

<sup>158</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Boletim 274, Setembro/2015. IBCCRIM, 2013. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/315-274-Setembro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/315-274-Setembro2015) Acesso em 22 jul 2017.

<sup>159</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 114.

proporcionalidade, configura o principal requisito a ser cumprido por qualquer ação restritiva dos direitos fundamentais<sup>160</sup>.

Nessa esteira, as novas leis não podem, com efeito, ser encaradas como uma espécie de “normas penais em branco”, marcadas pela plasticidade e abertas à subsunção dos novos meios técnicos de invasão e devassa<sup>161</sup>.

Manuel Valente ressalta que, nesse contexto, impõe-se o princípio do catálogo de crimes, a ser aferido de acordo com o tecido constitucional, assumindo-se como um critério limitativo em razão dos tipos legais de crimes e em razão da pena. Além disso, trata-se de uma decisão político- constitucional acerca da admissibilidade dos meios ocultos de investigação, que devem seguir o modelo fechado com identificação do tipo legal de crime ou o modelo aberto sem identificação do tipo de crime e a opção pelo critério da pena em abstrato aplicável<sup>162</sup>.

No que tange à infiltração policial – justamente o objeto de nosso estudo –, em face dos graus de invasão e dano aos direitos fundamentais, espera-se que a lei discipline os requisitos e os prazos quanto a quem cabe requerer, atuar, decidir, bem como de que forma serão as provas recolhidas<sup>163</sup>.

Somente no ano de 2001, o instituto da infiltração policial foi introduzido na nossa legislação, por meio da Lei nº 10.217, de 11 de abril, incluindo-se o inciso V no artigo 2º, da Lei 9.034/95, que prevê, ainda de forma bastante tímida, a utilização de tal meio especial de investigação na prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diante da lacuna legal, ficava a cargo da autoridade judiciária o preenchimento dos pontos mais sensíveis e nevrálgicos da medida, criando, assim, para os policiais, uma insegurança que findava por contraindicar o seu emprego. Inclusive o doutrinador Flavio Cardoso Pereira se refere à legislação como desastrosa, por não tratar do prazo, do titular de requerimento, da responsabilização do agente infiltrado, da valoração da prova, da possibilidade de valorização da prova, bem como da competência para autorizar a medida e eventuais violações dos direitos do investigado<sup>164</sup>. Já a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013), embora

---

<sup>160</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 401.

<sup>161</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 113.

<sup>162</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Boletim 274, IBCCRIMSetembro/2015. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/315-274-Setembro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/315-274-Setembro2015) Acesso em 22 jul.2017.

<sup>163</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, pp. 401-402.

<sup>164</sup> Pereira, Flávio Cardoso. Revista do Ministério Público do estado de Goiás. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*, 2008, nº 16, pp. 13-51.

tenha fornecido às autoridades persecutórias uma lei que parametriza a infiltração policial, dando resposta à boa parte das questões que antes ficavam a cargo da doutrina e da jurisprudência, é lacunosa em relação às diligências ou tarefas que o agente infiltrado pode empregar, reduzindo o seu alcance tanto no pedido formulado<sup>165</sup>, quanto na decisão judicial autorizativa<sup>166</sup>. Assim, não se escreve como as diligências serão registradas ou materializadas pelo policial infiltrado, a exemplo de filmagens, fotografias, gravação de conversa ambiente, etc.

Frisa-se a importância de estar, de forma minuciosa, descrito na lei o alcance das tarefas e diligências do policial infiltrado, a fim de evitar atuação sem amparo ou base legal<sup>167</sup>.

Nesse ponto, Benjamin Rodrigues assinala que a lei deve possuir clareza suficiente para a correta e a rigorosa identificação dos bens jurídicos ou direitos fundamentais envolvidos e, ainda, a correta definição dos níveis de sacrifício dos bens jurídicos ou direitos fundamentais em causa, com vista à contenção da desestruturação ou aniquilamento do núcleo fundamental respectivo. Aponta ainda a importância da previsão da forma ou modalidade de técnica invasiva empregada, assim como da prescrição precisa e cristalina dos fundamentos, finalidades e limites da intromissão – princípio da vinculação ao fim ou recolha das informações<sup>168</sup>.

No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade assinala que a lei deve permitir identificar, com rigor e segurança, tanto o bem jurídico ou o direito fundamental lesado ou atingido como o teor do respectivo sacrifício<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Artigo 11 - O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a **demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes** e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração (grifo nosso).

<sup>166</sup> Artigo 10 - A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, **será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.** (grifo nosso).

<sup>167</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 401.

<sup>168</sup> Rodrigues, Benjamin Silva. *Da Prova Penal – Tomo II: Bruscamente A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*. Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2010, p. 56.

<sup>169</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 112.

## 2.2 Princípio da especialidade

Com base no princípio da especialidade, exige-se correspondência entre o pedido para o emprego do meio oculto e a autorização judicial, com o propósito de investigar fato determinado, concreto e pré-definido. Portanto, apresenta-se como inadmissível a concessão de medidas para investigações de fatos genéricos, evitando-se, assim, autorizações genéricas e amplas demasiadamente.

Flávio Cardoso Pereira, ao discorrer sobre o emprego da infiltração policial na investigação policial de fatos genéricos, preleciona que: “[...] *el cual establece que la intervención del infiltrado debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que puedan autorizarse mecánicamente, de modo genérico ante cualquier solicitud policial*”<sup>170 171</sup>.

Diante dos casos de pedido de interceptação telefônica para investigação de crime de ameaça, apenado com detenção, e pedido para realização de infiltração policial para investigar detento com benefícios irregulares no sistema prisional, estes não encontram guarida, a partir do princípio da especialidade. No primeiro, somente cabe o emprego da medida, desde que o delito apurado seja apenado com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96). Já no segundo, deve-se estar diante de indícios coerentes da existência de uma organização criminosa (art. 3º, VII, da Lei 12.850/13). Do mesmo modo, é inadmissível a autorização judicial por prazo indeterminado para realização de infiltração policial<sup>172</sup> e interceptação telefônica<sup>173</sup>.

A autorização judicial para o emprego de determinado meio oculto de investigação (interceptação telefônica e infiltração de agentes, por exemplo) encontra-se vinculada aos fatos que são objeto de apuração, devidamente expostos e justificados no pedido. Assim, deve haver correspondência entre o fato determinado apurado, o pedido justificado e, ainda, a

---

<sup>170</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Estado: Paraná, Editora Juruá, 2013, p. 403.

<sup>171</sup> “[...]a intervenção do infiltrado deve estar relacionada à investigação de um crime específico, sem poder ser mecanicamente autorizada, de forma genérica antes de qualquer pedido policial”. (tradução nossa).

<sup>172</sup> Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. [...]

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

<sup>173</sup> Lei 9296/96 - Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova;

conexão da autorização judicial fundamentada com os elementos de prova recolhidos. Portanto, a decisão judicial também vincula os materiais ou elementos de prova recolhidos.

O princípio da especialidade possui estreita ligação com os chamados conhecimentos fortuitos ou casuais de provas. Diante de outros fatos delituosos e de criminosos que não estejam relacionados aos crimes que ensejaram a autorização judicial para realização do método oculto na apuração inicial, deve-se solicitar ao juiz o compartilhamento de provas de novos delitos e criminosos para apuração em procedimento distinto, já que a decisão judicial é vinculada e restritiva a crimes investigados<sup>174</sup>.

A respeito do tema, Flávio Cardoso Pereira<sup>175</sup> entende que :

*[...] la obediência a este principio tiene su razón de ser en especial por la búsqueda de una solución plausible y justa con relación al tema de los descubrimientos casuales o hallazgos accidentales, forzando a la autoridad de persecución, en caso de adquisición fortuita de conocimiento de proebas sobre otros delitos e nuevos imputados, no comprendidos en el âmbito de la autorización judicial originaria, a iniciar una nueva investigación formal, de modo a se obtener una nueva y específica autorización judicial para extenderse el objeto de análisis criminal<sup>176</sup>.*

Ademais, o pedido realizado e a decisão judicial autorizativa devem estar justificados em uma fundada suspeita, a partir de fatos concretos, determinados e pré-estabelecidos, pautados na plausibilidade e probabilidade<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Encontrar provas ao acaso tem sido bastante valioso para as autoridades policiais desvendarem a ação criminosa. Trata-se do fenômeno chamado serendipidade (encontro fortuito, casual ou acidental de provas, que consiste em sair em busca de algo e encontrar outra coisa, que não se estava procurando, mas que pode ser ainda mais valiosa. Possui origem da lenda oriental os três príncipes de Serendip, viajantes que, ao longo do caminho, realizaram descobertas sem ligação com seu objetivo original. Observa-se que inicialmente tanto o STJ (Superior Tribunal de Justiça), quanto o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceram a orientação de que, se o fato objeto do encontro fortuito possui conexão com o fato investigado, é válida, v.g., no caso da interceptação telefônica como meio de prova. Entretanto, em alguns julgados mais recentes, tem sido admitida a colheita acidental de provas mesmo quando não exista conexão entre os crimes. Em abril de 2015 o Ministro do STJ João Otávio de Noronha abordou o tema na sessão em que a Corte Especial no processo APn 690, onde na ocasião ponderou que a serendipidade “não pode ser interpretada como ilegal ou inconstitucional simplesmente porque o objeto da interceptação não era o fato posteriormente descoberto”. Pois, uma vez aberto novo procedimento específico, como de fato ocorreu no episódio em julgamento, impensável entender como nula toda prova obtida ao acaso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-26/provas-colhidas-acidentalmente-sao-aceitas-jurisprudencia-stj> Acesso em 18 out 2017 e <http://www.prolegis.com.br/valor-das-provas-ao-acaso-o-encontro-fortuito-de-provas-na-jurisprudencia-do-stj/> Acesso em: 18 out 2017.

<sup>175</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, pp. 403-404.

<sup>176</sup> “[...] a obediência a esse princípio está voltado a uma solução plausível e justa sobre o assunto de descobertas acidentais ou achados acidentais. Desse modo, acaba forçando a autoridade da perseguição, no caso de uma aquisição fortuita de conhecimento de provas sobre outros crimes e novos acusados, não incluídas no escopo da autorização judicial original, para iniciar uma nova investigação formal. O objetivo é obter uma nova e específica autorização judicial para ampliar o assunto da análise criminal (tradução nossa).

<sup>177</sup> Rodrigues, Benjamin Silva. *Da Prova Penal – Tomo II: Bruscamente*. A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2010, p. 56.

Para o emprego da infiltração policial como medida excepcional de investigação, deve-se estar diante de fatos graves e relacionados à criminalidade organizada. Assim, uma vez colocada em prática e sendo constatada a não existência dos fatos apurados, a medida deve ser sustada, comunicando-se imediatamente a autoridade judiciária concedente.

Segundo análise de Flávio Cardoso<sup>178</sup>,

*De esta suerte, importante sutrayar que si en el curso de la investigación acometida por agentes encubiertos, se descubriese que la actividad de los investigados es distinta a aquellas conductas tipificadas como actuación de crimen organizado, deberá Cesar inmediatamente el cometido de los infiltrados, se comunicando lo más breve posible al Juez que ha dictado la resolución autorizante, se buscando de este modo interrumpir la operación encubierta por violación al principio de especialidad<sup>179</sup>.*

Desse modo, a autorização judicial assume extrema importância e relevo, pois, com base no princípio da especialidade, vincula as provas produzidas, a serem acompanhadas até o resultado final do deslinde processual.

### **2.3 Princípio da subsidiariedade**

Diante da possibilidade do emprego de meios ocultos na investigação criminal, recorrer ao princípio da subsidiariedade se apresenta como instância indispensável. Nesse contexto, questões de grande relevo são suscitadas, em especial frente a gravosidade e intrusão<sup>180</sup>. A primeira delas, sem dúvida, é guardar relação e atualização dos meios ocultos com os meios "descobertos". Assim, caso seja possível realizar a investigação e alcançar os resultados através dos meios "descobertos", faz-se incoerente, sobretudo, incabível a utilização dos meios ocultos.

Costa Andrade, ao explanar sobre o plano extrínseco – “os meios ocultos devem atualizar-se com os meios abertos –, afirma que não se deve recorrer a meios ocultos quando for possível alcançar os mesmos resultados de investigação com a aplicação de meios

---

<sup>178</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 404.

<sup>179</sup> “[...] é importante notar que, durante o curso da investigação realizada por agentes secretos, descobriu-se que a atividade das pessoas investigadas é diferente dos comportamentos tipificados como um ato de crime organizado, devendo cessar imediatamente o papel dos infiltrados, o mais cedo possível ao juiz que emitiu a resolução autorizada, buscando desta forma interromper a operação secreta por violação do princípio da especialidade.” (tradução nossa).

<sup>180</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra Editora Coimbra, 2009, p. 115.

“descobertos”<sup>181</sup>. Os métodos ocultos de investigação revestem-se de invasidade, danosidade e gravosidade às pessoas investigadas. Segundo ele, "como o Tribunal Federal tem recorrente e de forma sistemática sustentado que os meios ocultos de investigação são, só por isso mesmo, só pelo fato de serem ocultos, mais gravosos que os meios descobertos"<sup>182</sup>.

Indubitavelmente, o emprego dos meios descobertos ou abertos de investigação proporciona ao investigado a possibilidade de assistência de advogado, o que garante a fiscalização e o controle dos atos apuratórios por meio da defesa técnica e da pessoa investigada, agregando, assim, maior credibilidade e higidez na apuração. Por outro lado, ao saber que é investigada, a pessoa poderá "se fechar", adotando conduta omissiva e empregando mecanismos preventivos de não produção de provas contra si mesma e/ou terceiros porventura envolvidos. Pode, ainda, agir de forma comissiva, realizando esforços para produzir elementos de prova com ou sem desvirtuamento da realidade em favor dos investigados, bem como destruir, obstruir, embaraçar ou ameaçar o deslinde do procedimento. Costa Andrade preleciona:

A realização a descoberto dá ao atingindo a possibilidade de, consoante as circunstâncias, evitar a medida entregando a coisa procurada, limitar a sua duração e intensidade; e, para além disso e eventualmente com apoio de advogado, mesmo durante a execução, opor-se à medida por falta ou ultrapassagem dos pressupostos legais ou, ao menos, controlar a natureza e o modo de busca; e, particularmente, vigiar o cumprimento dos limites impostos pela decisão de autorização. Já a busca oculta retira ao interessado estas possibilidades<sup>183</sup>.

Outro plano merecedor de análise é o emprego cumulativo de dois ou mais meios ocultos de investigação. Nesse caso, recomenda-se que seja após aferição da real necessidade do emprego do meio oculto, uma vez que o "descoberto" não terá o condão de angariar os elementos de prova e alcançar os resultados almejados. Costa Andrade, estabelece que, no plano intrínseco, é importante guardar relação entre os meios ocultos, visto que a subsidiariedade veda o recurso a esse tipo de método investigativo sempre que seja possível lançar mão de meio menos gravoso e igualmente idôneo para a prossecução dos interesses de investigação<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Idem.

<sup>182</sup> Idem.

<sup>183</sup> Idem.

<sup>184</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 115.

Sob a égide da subsidiariedade, da possibilidade, diante do caso concreto, da cumulação de outros meios ocultos, deve-se sopesar a gravidade dos fatos, a complexidade do caso e, ainda, os graus de invasividade. De novo Costa Andrade concluiu que:

Além disso, deve balizar e contrariar a pulsão para a utilização cumulativa de dois ou mais meios ocultos de investigação, ou seja, só poderá ter lugar se, manifestamente, a utilização de uma só não permitir alcançar o desejável e almejado resultado probatório. De qualquer forma, a utilização cumulativa de meios ocultos de investigação só deverá acontecer face às manifestações extremadas (pela danosidade e pela sofisticação dos meios) da criminalidade, em consonância com as exigências da proporcionalidade<sup>185</sup>.

A respeito do emprego cumulativo de dois meios ocultos de investigação, encontramos o seguinte exemplo suscitado por Marcelo Mendroni:

a eficiência da ação controlada não será a mesma sem a infiltração de agentes, porque nesse contexto não será possível o mesmo nível de informações; mas certamente também é legal e possível. Tudo dependerá, evidentemente, da análise de possibilidade em cada caso concreto<sup>186</sup>.

## 2.4 Princípio da proporcionalidade

Na investigação criminal, encontramos situações em que se recorre ao meio oculto para recolha e produção de provas, sendo o emprego deste indubitavelmente grave, danoso e invasivo aos direitos e garantias individuais da pessoa a ser investigada. Por isso, estamos diante de um dos mais importantes princípios.

Nessa linha, Costa Andrade assevera que o caráter oculto de uma medida de investigação representa, só por si, um momento irredutível de danosidade. E, nessa linha, pondera: "A levar, como tal, à balança da ponderação para efeitos de cumprimento do imperativo da proporcionalidade"<sup>187</sup>.

Portanto, face à danosidade do seu emprego, imperativo se faz colocar sobre a mesa a balança de ponderações com a proporcionalidade.

No Brasil, exigem várias espécies de meios ocultos disciplinados em nossa legislação de forma esparsa, que, infelizmente, possuem lacunas, contradições e disparidade de

---

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 212

<sup>187</sup> Andrade, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Estado: Editora Coimbra, 2009, p. 108.

pressupostos e requisitos para a sua concessão, sem levar em conta o grau de invasividade e danosidade de cada um.

No direito português, os métodos ocultos de investigação caracterizam-se pelas lacunas e descontinuidades, incongruências e inconsistências, sobretudo pelas insustentáveis contradições e assimetrias normativas, axiológicas e político-criminais. São, por exemplo, frequentes as situações nas quais o recurso a um dado meio oculto depende de um conjunto mais largo e exigente de pressupostos ou requisitos do que aquele de que deriva da admissibilidade de outro método comparativamente menos gravoso e invasivo. Nesse sentido, estão em clara e frontal violação do princípio constitucional de proporcionalidade”<sup>188</sup>.

Faz-se necessária, então, a ponderação entre a gravidade do meio de intromissão e as justificativas que o autorizam. Costa Andrade chama de princípio da proporcionalidade em sentido estrito:

[...] entendendo-se por tal a exigência de que numa ponderação global, a gravidade da intromissão não seja desproporcionada face ao peso das razões que a justificam. Como parece linear, o cumprimento da proporcionalidade obriga a chamada à balança da ponderação um largo espectro de valores, interesses e contra-interesses<sup>189</sup>.

Flávio Cardoso Pereira defende a necessidade do equilíbrio disposto na tensão de forças entre a eficácia estatal e os direitos fundamentais para se alcançar a harmonia no processo penal<sup>190</sup>, ressaltando que:

*Este principio es esencial para dotar de armonía al proceso penal y consecuentemente para alcanzar el equilibrio en la tensión de fuerzas entre la eficacia estatal y los derechos y garantías fundamentales del ciudadano". [ ...] "lá tensión de fuerzas actualmente tan discutible en la dogmática procesal penal (eficácia versus derechos y garantías fundamentales) podrá verse resuelta delante de la visualización de una zona de equilibrio, donde em fución del caso concreto, se analizará la viabilidad de la restricción fundamentada y proporcional de algún o algunos derechos fundamentales del investigado en casos excepcionales, y todo ello em pro de la eficacia de la investigación criminal<sup>191</sup>.*

---

<sup>188</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>190</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, pp. 406-407.

<sup>191</sup> “[...]este princípio é essencial para harmonizar o processo criminal e, conseqüentemente, alcançar o equilíbrio na tensão das forças entre a eficácia do Estado e os direitos fundamentais e as garantias do cidadão. A tensão das forças atualmente tão discutível no dogmatismo processual criminal (eficácia versus direitos e garantias fundamentais) pode ser resolvida diante da visualização de uma zona de equilíbrio, onde, no caso específico, a viabilidade da restrição fundamentada e proporcional de alguns ou alguns direitos fundamentais do investigado em casos excepcionais, e todos pela eficácia da investigação criminal.” (tradução nossa).

Nessa mesma linha, o professor Geraldo Prado ressalta que, por conta da tensão entre direitos fundamentais e controle da grave criminalidade, o Conselho da Europa editou princípios que orientam os Estados que o integram: a necessidade de uma base legal clara para o emprego das medidas de investigação de caráter secreto ou intromissão; respeito ao princípio da proporcionalidade; e a existência de controles<sup>192</sup>.

Ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade em sentido lato ou da proibição de excesso (adequação, necessidade e exigibilidade, proporcionalidade *stricto sensu* ou razoabilidade), Manuel Valente menciona que as medidas cautelares e de polícia se subordinam à verificabilidade desse preceito (nº 2 e nº 3 do art. 272º e o nº 2 do art. 266º, da CRP). Desse modo, os meios de obtenção e prova estão hermeneuticamente obrigados a obedecer à sua verificabilidade em concreto, seja no quadro da solicitação, seja no requerimento ou decisão jurisdicional do recurso ao meio oculto de obtenção da prova. Conforme analisa, deve-se alocar a esse princípio maior outros na interpretação e aplicação de normas processuais penais restritivas de direitos e liberdades fundamentais pessoais, como o princípio da subsidiariedade, que se impõe na decisão do meio de obtenção de prova a utilizar<sup>193</sup>.

## 2.5 Reserva de jurisdição

No Brasil, a maioria dos meios ocultos de investigação é vinculada à prévia autorização judicial, de forma circunstanciada e motivada para o seu emprego. Destacam-se as seguintes situações:

- a) Na interceptação telefônica (Lei 9.296/96) - Art. 1º, *Caput* - "A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça";
- b) Ação controlada na investigação de organização criminosa - Art. 8º, §1º, da Lei 12.850/13: "O retardamento da intervenção policial ou administrativa será

---

<sup>192</sup> Prado, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 62.

<sup>193</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/315-274-Setembro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/315-274-Setembro2015) Acesso em: 22 jul 2017.

previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público";

- c) No caso da infiltração de agentes, o qual configura objeto de estudo mais aprofundado na presente investigação científica, o art. 10, *Caput*, da Lei 12.850/13 estabelece: "A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites".

Conforme se pode observar, antes de se iniciarem as medidas acima elencadas, é imprescindível a prévia autorização da Autoridade Judiciária. Já em outros países não se pode afirmar o mesmo. Na Espanha, é permitido ao Ministério Público, por meio de resolução, autorizar de forma excepcional a infiltração, devendo-se dar ciência de forma imediata ao juiz a quem cabe cancelar ou não a medida, com base no artigo 282 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, do código de processo penal espanhol.

Marcelo Mendroni, ao discorrer sobre o agente infiltrado, ressalta que “contrariando a tendência dos países da Europa e dos Estados Unidos, onde a autorização é efetivada pelo Ministério Público, optou o legislador brasileiro pela autorização judicial”<sup>194</sup>. Aponta ainda que a autorização judicial é uma importante forma de controle da atividade policial, sem o que se caracterizaria em atuação demasiadamente discricionária por parte da polícia em prejuízo do próprio bom desempenho das suas funções e de todos os riscos a ela inerentes<sup>195</sup>.

Márcia Bonfim ressalta que a prévia autorização judicial para realização da infiltração é necessária, pois esta contempla, de forma implícita, o engodo e o abuso de confiança, próprios da essência da medida excepcional<sup>196</sup>. São possíveis situações em que a infiltração não ocorra nos moldes citados, ou seja, como desdobramentos lógicos da atividade (engodo e abuso de confiança), mas sim implicando na violação de outros direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

No caso da infiltração autorizada – quando ponderado cumulativamente o incremento de outra medida invasiva e se levando em conta também o princípio da subsidiariedade, a

---

<sup>194</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas: 2015, p. 217.

<sup>195</sup> Idem.

<sup>196</sup> Bonfim, Márcia Monassi Mougenot. *A Infiltração de Policiais no Direito Espanhol*. Revista Direito e Sociedade. Curitiba, v.3, n.1, jan/jun 2004.

exemplo da realização de interceptação ambiental –, a prova produzida não é comprometida, não caracterizando, assim, a violação de direitos fundamentais.

Autorizada a infiltração para produzir provas que possibilitem o desbaratamento de uma organização criminosa, faz-se necessário propiciar meios pelos quais o agente infiltrado irá coletar esses elementos, sempre respaldado por expressa autorização judicial, objetivando não macular os elementos de prova.

Flávio Cardoso Pereira<sup>197</sup> discorre que:

*[...] la intervención judicial es indispensable para otorgar el debido valor probatorio a las actuaciones llevadas a cabo por el agente encubierto, particularmente cuando las acciones de este afecten derechos procesales objeto de protección constitucional. Y la razón es sencilla, pues la confirmación de que la sola presencia de un agente encubierto afecta a la intimidad de los investigados yace en la exigencia de someter el inicio de la operación a una autorización del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal, este último dando cuenta inmediata al Juez<sup>198</sup>.*

Para Mendroni, é essencial saber o âmbito e o limite da infiltração nas atividades de coleta de provas, podendo a ordem judicial contemplar autorização para apreensão de documentos (papéis e magnéticos), realização de filmagens, fotografias, escutas ambientais e telefônicas. E, desde que não haja risco pessoal e existindo condições favoráveis, arremata: “são meios de prova dos quais a Polícia não pode prescindir e nada os impede, ao contrário, tudo favorece, sejam realizados pelo agente mediante expressa e prévia autorização judicial”<sup>199</sup>.

Interessante o projeto de Lei nº 1.528/2015, que tramita na Câmara dos Deputados no Brasil, o qual visa a instituir ferramentas de investigação criminal voltadas para a prevenção e a repressão dos crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148, do Código Penal), extorsão (art. 158, § 3º do Código Penal), extorsão mediante sequestro (art. 159 do Código Penal), tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231 do Código Penal), tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A do Código Penal), tráfico

---

<sup>197</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado Desde El Punto de Vista Del Garantismo Procesal Penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 408.

<sup>198</sup> “[...] a intervenção judicial é indispensável para dar o devido valor probatório às ações realizadas pelo agente secreto, particularmente quando as ações deste último afetam direitos processuais sujeitos a proteção constitucional. E a razão é simples, porque a confirmação de que a mera presença de um agente secreto afeta a privacidade das mentiras investigadas no requisito de enviar o início da operação a uma autorização do juiz investigador ou da Procuradoria, o último dando um relatório imediato ao juiz”. (tradução nossa).

<sup>199</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas: 2015, pp. 217-218.

internacional de criança ou adolescente (art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente). O objetivo da proposição é dar maior celeridade e eficiência às demandas. Entre as principais medidas, destacamos: acesso aos dados cadastrais e à localização da região/área onde se encontra o aparelho celular da vítima ou de suspeitos por meio do cruzamento de antenas existentes nas redes de telefonia celular; acesso aos registros de viagens constantes das empresas de transporte; autorização para que o delegado de polícia possa acessar diretamente essas informações, não dependendo, portanto, de autorização judicial, o que contribui para conferir celeridade e eficiência à investigação criminal.

Conforme já explanado no tópico 1.3.6 localização de aparelho de telefonia celular e acesso aos dados armazenados, em Portugal, no artigo 252º-A do Código de Processo Penal, o legislador considera a localização do celular como medida de polícia. Já como obtenção de prova, o artigo 189, n.2 do mesmo diploma legal, fixa a localização de celular e os pedidos de tráfego de comunicações (faturas) telefônicas no regime jurídico da interceptação telefônica. O primeiro dispositivo permite que a localização seja solicitada à operadora competente pelos órgãos de polícia criminal, sem autorização judicial prévia, sempre que se fizer necessária no sentido de afastar perigo para a vida ou a ofensa à integridade física grave. Em ambos os casos, o pedido/resposta de localização celular deve ser comunicado, no prazo máximo de 48 horas, ao juiz titular, pelo MP ou pelo operacional, caso ocorra já na pendência de um inquérito, ou ao juiz da sede da entidade competente para a investigação criminal, na fase pré-processual<sup>200</sup>.

A nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13) passou a permitir que o delegado de polícia e o membro do Ministério Público tenham acesso às informações cadastrais existentes na Justiça Eleitoral, às empresas de telefonia e provedores de internet, a instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, sendo dispensável a intervenção do Poder Judiciário<sup>201</sup>. O legislador concedeu enorme atenção à matéria do crime organizado e, sobretudo, alargando o poder de requisição do delegado de polícia e do Ministério Público -

---

<sup>200</sup> Braz, José. *Investigação criminal, A Organização, o Método e a prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 268.

<sup>201</sup>Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

tanto que, em caso de recusa ou omissão no fornecimento de dados, caracteriza-se a prática de crime<sup>202</sup>.

Entretanto, vale salientar que as medidas mais danosas e intrusivas dependem necessariamente de intervenção do Poder Judiciário. Isso ocorre não apenas para autorizar o seu emprego na recolha e produção de provas, mas também para controlar e fiscalizar o seu emprego nos limites autorizadores legais e constitucionais das medidas.

No que tange ao controle das autorizações dos meios ocultos, podemos citar a lei de interceptação telefônica, informática e telemática, a qual determina a entrega de relatório circunstanciado ao término do prazo de 15 dias – justamente o prazo legal, tanto para prestar contas em caso de encerramento, quanto para pleitear prorrogação da medida autorizativa, podendo, inclusive o Ministério Público acompanhar as atividades (artigos 5º e 6º, da Lei 9.296/96).

Diante da importância do controle da medida excepcional de prova dessa medida, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 59/2008, posteriormente alterada pela Resolução n. 217/2016, objetivando disciplinar e uniformizar as rotinas e, ainda, aperfeiçoar o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

Já na infiltração policial, a Lei do Crime Organizado determina que sejam prestadas as informações devidas ao término da medida, ou seja, seis meses. Cabe destacar não ser razoável o lapso temporal tão elástico no sentido de não se prestar contas à Autoridade Judiciária, ao órgão de controle externo, no caso o Ministério Público, e ao delegado de polícia. Em face disso, pode ser requisitado, a qualquer tempo, relatório de atividades de infiltração, constante no artigo 21, da Lei 12.850/13.

Mendroni explica que o controle da infiltração não se limita ao termo final da medida de seis meses, podendo, a qualquer tempo, ser produzido relatório das atividades, durante o período em que o(s) agente(s) estiver(em) infiltrado(s), exatamente para controle das suas atividades nos aspectos legal e constitucional, mas também para análise mais corriqueira do

---

<sup>202</sup> Art. 21, da Lei 12.850/13 - Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.  
Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

âmbito probatório, podendo efetuar, desse modo, melhor juízo de valor probatório suficiente para ensejar o término da infiltração<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 230.

## CAPÍTULO 3 – O AGENTE E ASPECTOS DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

### 3.1 Agente infiltrado: origem e previsibilidade na legislação brasileira

A figura do agente infiltrado possui origem no absolutismo francês, mais precisamente na época de Luís XIV, na qual, para se fortalecer o regime, instituiu-se o personagem do “delator” – situação em que cidadãos denunciavam os inimigos políticos existentes na sociedade em troca de benefícios concedidos pelo príncipe. O exercício, nesse período, restringia-se a espionar e trazer os fatos para o conhecimento das autoridades, sem qualquer atividade de provocação. Contudo, com o passar do tempo, a tarefa de vigiar os suspeitos não foi capaz de anular a oposição ao regime absolutista, fazendo com que a atividade da mera espionagem passasse para a provocação de condutas consideradas ilícitas<sup>204</sup>. Assim, tratava-se de um espião do rei, cujo ofício possuía caráter eminentemente político e não jurídico-administrativo<sup>205</sup>.

Registre-se, desde logo, que o tema é extremamente polêmico, inclusive no que diz respeito aos fundamentos, notadamente pela base ética – até porque o Estado que, por meio do seu preposto, envolve-se diretamente na prática de delitos, sob o argumento de melhor apurá-los, iguala-se aos criminosos<sup>206</sup>.

Diante dos compromissos firmados pelo Brasil por meio de pactos e convenções internacionais, especialmente no que tange à regulamentação dos meios de investigação e produção de provas, o agente infiltrado esteve, pela primeira vez em foco, como método de investigação, no Projeto de Lei n. 3516-B, de 1989, de autoria de Michel Temer. A proposição passou a discutir o instituto sob a denominação “infiltração policial em organização criminosa”<sup>207</sup>. O texto original previa o seguinte:

A infiltração de agentes de polícia especializada em organizações criminosas, para investigação, será solicitada pela autoridade policial ao juiz competente, que autorizará desde que haja suficientes indícios da prática ou tentativa das infrações penais presentes nesta lei e a providência for absolutamente indispensável à apuração ou asseguuração das provas, dando ciência ao Ministério Público.

<sup>204</sup> Silva, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

<sup>205</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

<sup>206</sup> Idem.

<sup>207</sup> Ibidem, pp. 159-160.

Entretanto, a redação aprovada no Congresso Nacional brasileiro foi outra, instrumentalizando-se na Lei 9.034/95 (artigo 2º, inciso I), prevendo que, em qualquer fase de persecução criminal que versasse sobre ação praticada por organizações criminosas, passava a ser permitida a infiltração policial, como procedimento de investigação e formação de provas<sup>208</sup>.

O instituto recebeu veto presidencial sob os argumentos de afronta ao interesse público, pois prescindia de prévia autorização judicial para o seu emprego e, ainda, autorizava a prática de crime por parte do agente infiltrado, diferentemente do constava no projeto original<sup>209</sup>.

Somente seis anos mais tarde, no ano de 2001, por meio da Lei nº 10.217, de 11 de abril, foi incluído o inciso V ao artigo 2º, da Lei 9.034/95<sup>210</sup>, estabelecendo, de forma bastante tímida ainda, a utilização de tal meio especial de investigação para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas<sup>211</sup>.

Parcela da doutrina aponta que o instituto foi desenvolvido no Direito brasileiro sob a inspiração direta da fórmula italiana, ao promulgar a Lei 9.034/95, que adotou uma perspectiva político-criminal proclive ao denominado movimento de lei e de ordem, a exemplo de Bitencourt e Busato<sup>212</sup>.

A previsão da infiltração, nos termos do artigo 2º, V, da Lei 9.034/95, autorizou a participação de agentes de inteligência, a exemplo da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN –<sup>213</sup>, sofrendo severas crítica da doutrina.

---

<sup>208</sup> Redação do inciso I, artigo 2º, da Lei 9.034/95 vetada – A infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se pré-exclui, no caso, a antijuridicidade.

<sup>209</sup> Disponível em: [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). Acesso em 10 out. 2017.

<sup>210</sup> Artigo 2º – Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001): Inciso V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001).

<sup>211</sup> Flavio Cardoso Pereira chama a legislação de desastrosa, pois não tratou do prazo, titular de requerimento, responsabilização do agente infiltrado, valoração da prova, possibilidade de valorização da prova, competência para autorizar a medida e eventuais violações dos direitos do investigado. In: Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Goiás: Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51.

<sup>212</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160. Siqueira Filho, Élio Wanderley. *Repressão ao crime organizado – Inovações da Lei n. 9034/95*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 42.

<sup>213</sup> Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências.

Outro ponto que merece ser destacado, especialmente em face das críticas, é a dificuldade de definição do que vinha a ser organização criminosa da Lei 9.034/95, para o emprego dos métodos de investigação e produção de provas, particularmente a infiltração de agentes. Na redação original da norma, fazia-se menção ao crime de quadrilha ou bando (art. 1º<sup>214</sup>). Já com a alteração da Lei nº 10.217/2001, o mesmo dispositivo passou a abranger as ações praticadas por quadrilha, bando, organizações ou associações criminosas de qualquer tipo<sup>215</sup>. Embora tivesse o desejo de estender os métodos investigativos e produção de provas, apurar a associação e a organização criminosa, diferenciando estes dois de quadrilha ou bando, o legislador não definiu o que seria organização criminosa. Na ocasião, introduziu ainda o fenômeno da associação criminosa na legislação, sem conceituação ou definição<sup>216</sup>.

A Lei 9.034/95 não estabelecia regras claras, tampouco básicas, no tocante aos requisitos para o deferimento da infiltração policial, procedimentos de investigação e processamento, tempo de duração e possibilidade de dilação de prazo, legitimidade ativa para solicitação e possibilidade de autorização da medida de ofício pelo juiz. Diante dessas omissões, existiam discussões quanto à possibilidade de seu emprego, bem como uma corrente que defendia a utilização por meio da analogia, tendo como base o procedimento previsto na Lei 9.296/96, que disciplina a interceptação telefônica, informática e telemática<sup>217</sup>. Já outros entendiam que o agente infiltrado, enquanto não regrado pelo ordenamento jurídico, não deixa possibilidade para execução no Brasil, pois é vedada a aplicação das disposições da Lei 9.296/96, por se tratar de analogia *in malam partem*. Além disso, lançar mão da lei de

---

<sup>214</sup> Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem **sobre crime** resultante de ações de quadrilha ou bando.

<sup>215</sup> Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001).

<sup>216</sup> Conforme Guilherme de Souza Nucci, um mero concurso de agentes é uma associação criminosa, motivo pelo qual já seria suficiente, em tese, para a aplicação das normas rígidas previstas na Lei 9.034/95. Contudo, por uma questão de lógica, essa amplitude tornaria risível aplicar, por exemplo, a duas pessoas que, em concurso, cometessem um delito de estelionato, o rigor da lida com o crime organizado. Assim, pensamos que a melhor solução seria buscar o equilíbrio do conceito de associação criminosa aos anteriores, visando a encontrar uma quadrilha ou bando (associação estável com mais de três pessoas para o fim de cometer crime) ou uma organização criminosa (associação de duas ou mais pessoas de maneira estruturada, hierarquizada e ordenada para o fim de cometimento de infrações penais), ambos em processo de formação. Em caráter residual, poderíamos dizer que a associação criminosa é uma reunião de agentes que ainda não possui número suficiente para constituir uma quadrilha ou bando (quatro pessoas), mas também pode estar nascendo e se organizando, logo, ainda não merece ser considerada uma autêntica organização criminosa. Em apertada síntese, a associação criminosa é o nascedouro da organização ou quadrilha ou bando, mas não pode ser considerada, neste cenário, qualquer concurso de pessoas, o que banalizaria o contexto da Lei 9.034/95. In: Nucci, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>217</sup> Nesse sentido, entre outros: Sobrinho, Mario Sérgio. Op. cit., p. 45; Scarance Fernandes, Antonio. Op. cit., p. 250; Silva, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 87-88; Pacheco, Rafael. *Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial*, Estado: Curitiba, Editora Juruá, 2007, p. 147.

interceptação telefônica de forma analógica para empregar o agente infiltrado, fere o princípio da legalidade<sup>218</sup>.

Em 2004, ao cumprir Convenções e Tratados Internacionais, o Brasil internaliza no ordenamento jurídico, por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março, a Convenção de Palermo, na qual, em seu artigo 20, nº 1, prevê operações de infiltração como técnica especial de investigação, a fim de combater a criminalidade organizada<sup>219</sup>.

Posteriormente, a Lei de 11.343/06 passou a autorizar o emprego também do instituto para investigações dos crimes de tráfico de drogas (art. 53, I) e novamente não pormenorizou as hipóteses, fundamentos e limites para sua utilização<sup>220</sup>. Flavio Cardoso Pereira ressalta que o tratamento até então dado pela legislação brasileira ao tema era por demais frágil e vazio, o que suscitava que essas operações fossem realizadas pela polícia de forma clandestina e sem respeito a quaisquer requisitos legais, se é que existiam<sup>221</sup>.

Apontamos como distinção entre a chamada Lei de Drogas (Lei 11.343/06) e a antiga Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95) a exigência, por parte da primeira, de manifestação do Ministério Público para o emprego do agente infiltrado, enquanto a segunda silenciava sobre esse ponto<sup>222</sup>.

Dando sequência, a Lei 12.850/13, isto é, a nova Lei do Crime Organizado (artigo 3º, VII e artigos 10 a 14), até então era a mais recente norma que abordava o tema, revogou expressamente a Lei 9.034/95, ao tratar, de forma muito mais clara e abrangente, da infiltração policial como meio de obtenção de prova, fornecendo às autoridades persecutórias dispositivos que parametrizam adequadamente a infiltração policial, dando resposta à boa parte das questões, antes prerrogativa da doutrina. Diante da lacuna legal, ficava a cargo da

---

<sup>218</sup> Nesse sentido, Conserino, Cassio Robert; Vasconcelos, Clever Rodolfo Carvalho e Magno, Levy Emanuel. *Crime Organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 84.

<sup>219</sup> Artigo 20 - Técnicas especiais de investigação - 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada (grifo nosso).

<sup>220</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: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

<sup>221</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*, Estado: Goiás, Editora Revista do Ministério Público do estado de Goiás, 2008, pp. 13-51.

<sup>222</sup> Nucci, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* 3ª ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

autoridade judiciária o preenchimento dos pontos mais sensíveis da medida, criando, para os policiais, uma insegurança que findava por contraindicar o uso do agente infiltrado.

Em razão da realização dos Jogos Olímpicos e Para Olímpicos, o Brasil obrigou-se a editar a Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016, regulamentando o disposto no inciso XLIII do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Alterou ainda as Leis n<sup>o</sup>s 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Nesse sentido, as investigações, processo e julgamento dos crimes da nova Lei do Terrorismo são disciplinadas e obedecem às disposições constantes na Lei 12.850/13 (artigo 16, da Lei 13.260/2016), destacando-se, entre as medidas, a infiltração policial.

Cabe observar que as legislações até então existentes tratavam da infiltração policial da forma tradicional, ou seja, o ambiente físico pelo agente. Já a Lei 13.441, de 8 de maio de 2017<sup>223</sup>, estabelece expressamente o emprego do método virtual ou cibernético<sup>224</sup>. Portanto, infiltração policial é gênero, sendo as espécies física e virtual.

### **3.2 Agente infiltrado, agente encoberto e agente provocador - Conceituações, semelhanças e diferenciações**

Para alcançarmos uma definição do importante meio oculto de investigação, ou seja, do agente infiltrado, inicialmente cabe destacar que o **agente infiltrado e o agente encoberto são métodos diferenciados de investigação e recolha de provas**. Manuel Valente<sup>225</sup> aponta características marcantes e diferenciadoras, entre as quais apontamos as seguintes:

a) Quanto à natureza – o agente encoberto não necessita de prévia autorização judicial, pois não atua ao lado dos agentes dos crimes para investigar e prevenir. Além disso, trata-se de técnica e tática em que o elemento policial se encontra à espreita da ocorrência da infração para prender os autores do crime.

b) Quanto à competência objetiva – o agente encoberto não realiza investigações em locais cujo acesso careça de prévia autorização judicial e não se restringe a um catálogo de

---

<sup>223</sup> Alterou a Lei n<sup>o</sup> 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), acrescentando os artigos 190-A, 190-B, 190-C, 190-D e 190-E, prevê a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigação de delitos de pedofilia, delitos crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis e ainda, invasão de dispositivo informático artigo 154-A do CP.

<sup>224</sup> Tema abordado pontualmente no capítulo 1<sup>o</sup>, tópico 1.3.5.

<sup>225</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria do Direito Policial*. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 497.

crimes, como fixa o art. 2º, da Lei portuguesa 101/2001. Para Valente<sup>226</sup>, embora a Lei 101/2001, de 25 de agosto de 2001, mencione ações encobertas e não ações infiltradas, o regime aprovado é legal e doutrinariamente próprio do agente infiltrado<sup>227</sup>. No caso do Brasil, o emprego do método agente infiltrado na atualidade está circunscrito à realização de investigações de tráfico de drogas e afins (Lei 11.343/06, art. 53, I) e organizações criminosas (Lei 12.850/13, artigo 3º, VII e artigos 10 a 14).

c) Quanto à natureza subjetiva - o agente encoberto não necessita ser necessariamente da PJ, podendo ser de outra força de segurança, como a PSP, a GNR, a GNR ou a SEF, dentro das atribuições e competências gerais e específicas de investigação criminal, conforme artigos 3º, 6º, 7º e 8º da LOIC, e o catálogo de crimes prescritos no art. 2º desse diploma.

d) O autor rechaça a possibilidade do terceiro estranho às atividades policiais (particular) atuar como agente encoberto, restringindo as atividades somente aos integrantes dos órgãos de polícia criminal<sup>228</sup> (Polícia Judiciária, Polícia de segurança Pública e Guarda Nacional Republicana)<sup>229</sup>.

O professor Giacomolli<sup>230</sup> também **diferencia agente encoberto de agente infiltrado, apontando ainda características comuns entre os dois institutos e o agente provocador**, das quais destacamos:

a) O agente encoberto é aquele que disfarçadamente (v.g., policial à paisana), frequenta os ambientes onde são planejados os delitos, ou com eles relacionados, com a finalidade de desvendá-los. A conduta do agente encoberto, diferentemente do agente infiltrado (conduta passiva ou ativa), é eminentemente passiva, de observação, sem a preocupação de conquistar a confiança e ser mais um integrante da organização, cujo objetivo é descobrir delinquentes e a atividade criminosa<sup>231</sup>.

---

<sup>226</sup> *Idem.*

<sup>227</sup> *Idem.*

<sup>228</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria do Direito Policial. 4ª Ed.* Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 512.

<sup>229</sup> A título de informação, a Lei portuguesa n.º 49/2008, de 27 de agosto, aprovou a Lei de Organização da Investigação Criminal. Segundo o artigo 3.º, I, são órgãos de polícia criminal de competência genérica, a Polícia Judiciária (PJ), a Guarda Nacional Republicana (GNR) e a Polícia de Segurança Pública (PSP). Segundo a mesma Lei, temos ainda o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), tendo as competências estabelecidas nos artigos 4º, 7º, 12º e 13º.

<sup>230</sup> Giacomolli, Nereu José. *A Fase Preliminar do processo penal – crises, misérias e novas metodologias investigatórias.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 138-139.

<sup>231</sup> De forma didática, Marllon Sousa comenta a respeito da prática que não se confunde com a infiltração policial na organização criminosa, ou seja, a participação velada de policiais em manifestações com o objetivo de identificar pessoas ou grupo de pessoas que estejam cometendo infrações penais. No caso em apreço, o policial não deseja a aceitação do grupo de criminosos, e muito menos infiltrar-se nele, mas tão somente permanecer a empreita acompanhando a manifestação que poderá ou não ocorrer o delito. Uma vez ocorrendo,

- b) A atividade do agente encoberto não se insere na conduta como provocador de infrações penais (autor) e como agente infiltrado (podendo ser coautor ou partícipe).
- c) Ademais, assinala as **características comuns do agente encoberto, infiltrado<sup>232</sup> e provocador** - o engodo, a falsidade ideológica, o atuar *under the table*, a armadilha, a trama, o estilo camaleão (condições necessárias à eficácia) e a carência de mecanismos efetivos de controle.
- d) O professor entende que é na configuração do agente encoberto que se insere a ação controlada, nos termos do art. 2º, II, da Lei 9.034/95 (atual art. 3º, III, da Lei 12.850/13)<sup>233</sup>.

Nesse ponto, entendemos que se deve ter bastante atenção e cuidado na ação encoberta e não confundi-la com “ação controlada”, pois a primeira não necessita de prévia autorização judicial, tampouco de prévia comunicação ao juiz. Entretanto, caso o policial encoberto retarde a sua ação com vistas a desbaratar os “cabeças” da teia criminosa ou grandes apreensões, a exemplo de drogas, estaremos diante da chamada ação controlada. Assim, tratando-se de investigações de delitos, como tráfico de drogas e afins, e ainda de lavagem de dinheiro, exige-se prévia autorização judicial. Já na investigação de organização criminosa, exige-se comunicação prévia à autoridade judicial. Em ambos os casos, após ouvir o Ministério Público, cabe ao juiz estabelecer os limites da atuação policial, e isso visa a

---

efetuará a identificação dos autores e a colheita de evidências das infrações que por ventura presenciarem. Outra figura citada pelo autor é o chamado P2 (policial do serviço reservado ou velado) geralmente integrante da Polícia Militar, que atua trajado com roupas civis, também não se confunde com o agente infiltrado, pois detém como missão o mapeamento de áreas de risco e à prevenção da criminalidade, sem qualquer objetivo de ingressar no grupo criminoso específico. Enfim, o policial do serviço reservado efetua o levantamento de informações para que o comando planeje ações policiais e dirija o policiamento, objetivando prisões de criminosos, apreensões de drogas, desocupações de áreas, etc. In: Souza, Marllon Souza. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 42-43.

<sup>232</sup> A título de curiosidade é importante deixar registrado que as figuras do informante e ainda da delação premiada, não se confundem com a infiltração policial. O informante não integra os quadros da polícia, possui conhecimento de infrações penais, podendo, inclusive, integrar ou participar diretamente das atividades delituosas, de acordo com sua consciência e vontade, repassa informações aos agentes de investigação estatal. Não existe qualquer controle formal e judicial, podendo ser utilizado em qualquer espécie de crimes. Não se preocupa com o controle da criminalidade e o sucesso da investigação. Todavia, quando se encontra ligado à determinada atividade criminosa (v.g. organização criminosa) e vem a delatar seus comparsas repassando informações ao Delegado de Polícia, ao Promotor de Justiça ou ao Juiz, para obter benefícios, estaremos diante da delação premiada ou como alguns desejam colaboração premiada. Veja que caso se busque obter informações sobre a organização criminosa utilizando, para tanto, seus próprios integrantes, eventualmente, poderá o caso estar sujeito às hipóteses de delação premiada, mas jamais poderá configurar infiltração de agentes. In: Bitencourt, Cesar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pp. 163-167.

<sup>233</sup> Abordamos o método de investigação ação controlada no tópico 1.3.3.

preservar não somente as provas angariadas, mas também respaldar os profissionais envolvidos, acobertando-se a conduta dos policiais em caso de não atuação em flagrante, face ao excludente de antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal<sup>234</sup>. Vale frisar que essas providências somente devem ser adotadas em caso de retardamento das ações dos policiais, não transformando-se, assim, em ação descontrolada.

Em suma, o **agente encoberto é caracterizado** pela “absoluta passividade” no tocante à decisão criminoso<sup>235</sup> - entendimento também endossado pelo professor Manuel Valente. Na prática policial, é o que se denomina como “polícia à paisana<sup>236</sup>” (polícia velada), situação em que o policial se traja como pessoa civil, passando a frequentar lugares comuns, *como* bares, danceterias, discotecas, lugares públicos, via pública, entre outros, e a agir à empreita do cometimento de delitos, visando a realizar a prisão em flagrante. Conforme pode-se constatar, o agente encoberto não interfere na ocorrência do crime, não se associa aos criminosos, mas apenas permanece de forma paisana ou velada aguardando que ocorra o crime para agir e realizar a prisão<sup>237</sup>.

Podem ser apontadas como **características básicas e fundamentais para a execução de uma infiltração policial** o uso de identidade falsa pelo agente encoberto, o combate à determinada classe de delitos, a utilização de artifício do engano e dissimulação para aproximação do grupo criminoso, a conivência do Estado com a prática excepcional de atos e crimes pelo infiltrado, desde que observado o princípio da proporcionalidade e, por fim, a autorização judicial e sigilosa<sup>238</sup>.

Eduardo Araújo da Silva demarca as seguintes **características do instituto infiltração<sup>239</sup>**: a) Dissimulação – ocultação do atributo de agente oficial e de seus reais propósitos; b) Engano – toda operação de infiltração possui base em uma encenação que

---

<sup>234</sup> No tocante à excludente de antijuridicidade com base no estrito cumprimento do dever legal, em face de autorização prévia para investigação de tráfico de drogas e afins e, ainda, lavagem de dinheiro ver Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 213.

<sup>235</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria do Direito Policial* Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 512.

<sup>236</sup> Meireis, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999, p.192.

<sup>237</sup> Gonçalves, Vinicius Abdala. *O Agente Infiltrado Frente ao Processo Penal Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2014, p. 16.

<sup>238</sup> Pereira, Flávio Cardoso *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Ministério Público do Estado de Goiás, Procuradoria Geral de Justiça. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Ano XI, nº 16 – Dezembro de 2008, p. 44.

<sup>239</sup> Segundo Marllon Sousa, destacam-se como características básicas do agente infiltrado ser agente da autoridade policial e estar inserido em uma organização criminoso a fim de angariar evidências de crimes cometidos pelo grupo não somente em momento contemporâneo à sua inserção, como também de fatos pretéritos. In: Souza, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 44-45.

autoriza o agente a ganhar a confiança do investigado/suspeito; c) interação – estabelecimento de relação direta e pessoal entre o agente infiltrado e o autor potencial (suspeito).

A **Organização das Nações Unidas (ONU)** considera como **agente infiltrado**, ou oficial infiltrado, aquele que finge ser um criminoso com o propósito de obter informações, tipicamente pela infiltração em uma organização criminosa. O máximo cuidado deve ser tomado na avaliação dos riscos devido ao enorme perigo e às dificuldades inerentes à questão, e somente policiais adequadamente treinados devem assumir tal finalidade<sup>240</sup>.

Flávio Cardoso Pereira conceitua **agente infiltrado dentro de um Estado Democrático e Constitucional de Direito** como:

*El agente encubierto, infiltrado o “topo” em lenguaje coloquial, es la figura representada por la persona que ejerce una función policial, debidamente entrenada para esta actuación, que bajo la suordinación de las autoridades competentes, y contando con autorización judicial fundamentada en el principio de proporcionalidad y, utilizando de una identidad supuesta, consigue se introducir en las entrañas de una determinada organización criminal, utilizando las varias técnicas encubiertas de investigación, incluso actos de engaño y disimulación, con la comisión de delitos graves por los miembros del clan criminoso y por consecuencia, con el ofrecimiento de las informaciones necesarias a las autoridades, con el objetivo de ayudar en la desarticulación de toda la estructura de macrocriminalidad a través de una sentencia condenatoria de los delincuentes. De lo dicho resulta que el infiltrado deberá pautar su actuación en el respecto a los principios del Estado constitucional de Dereche, muy especialmente el debido proceso legal y en la proporcionalidade. De lo dicho resulta que el infiltrado deberá pautar su actuación en el respecto a los principios del Estado constitucional de Dereche, muy especialmente el debido proceso legal y en la proporcionalidade<sup>241 242</sup>.*

Já Marcelo Mendroni **define o método agente infiltrado** como a permissão concedida a um agente da polícia para se infiltrar no seio da organização criminosa e passar a integrá-la no papel de um ‘novo criminoso’. Assim, consegue penetrar no organismo e participar das atividades diárias, conversas, problemas e decisões, como ainda de situações concretas,

<sup>240</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 38.

<sup>241</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba, Editora Juruá, 2013, p. 327.

<sup>242</sup> [...] o agente secreto, infiltrado ou "toupeira" em linguagem coloquial, sendo a figura representada pela pessoa que exerce uma função policial, devidamente treinada para esta ação, sob a autoridade das autoridades competentes e com autorização judicial com base no princípio proporcionalidade e, usando uma identidade suposta, consegue entrar em certezas de uma determinada organização criminosa, usando várias técnicas de investigação encobertas, incluindo decepção e dissimulação, com a comissão de crimes graves por membros do clã criminoso e conseqüentemente, com o fornecimento das informações necessárias às autoridades, com o objetivo de ajudar a desmantelar toda a estrutura do macrocrime por meio da convicção dos infratores. Os infiltrados devem orientar suas ações em relação aos princípios do Estado Constitucional de Direito, especialmente o devido processo legal e proporcionalidade. (tradução nossa).

dispondo de mais condições para compreendê-la e combatê-la por meio do repasse de informações às autoridades.

Segundo Manuel Valente, o **método oculto de investigação agente infiltrado** é o funcionário de investigação criminal ou terceiro (v.g., cidadão particular), ou ainda o elemento de outra força ou serviço de segurança que atua sob o controle da Polícia Judiciária, assim ocultando a sua qualidade e identidade, com a finalidade de obter provas para a incriminação do suspeito. O agente infiltrado ganha a confiança pessoal e (quantas vezes) familiar, para melhor o observar, obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito e provas reais e pessoais, com o propósito exclusivo de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o determinar à prática de novos crimes<sup>243</sup>.

Vale mencionar que Isabel Oneto analisa que **agente infiltrado** seria um terceiro sob a orientação de um policial, ou um próprio policial, com a tarefa de obter provas sobre uma determinada organização criminosa, no âmbito de prevenção ou repressão criminal, tendo, para tanto, a sua verdadeira identidade oculta e podendo, inclusive, praticar fatos típicos, mas não os determinar ou forçar que outros o pratiquem<sup>244</sup>.

Já Marllon Sousa, por sua vez, **define o agente infiltrado** como o agente da autoridade policial (civil ou federal), admitido mediante concurso público e que, designado por seu superior e após o devido treinamento, busca sua aceitação e admissão no grupo criminoso para, uma vez integrado à máquina delituosa, angariar provas necessárias à comprovação dos crimes cometidos, além da apuração da responsabilidade penal dos autores, com o conseqüente desmantelamento da organização criminosa<sup>245</sup>.

Segundo Bitecourt e Busato, a **infiltração de agentes** configura uma medida tomada pela coordenação das investigações criminais, com autorização da autoridade judicial, que consiste na inserção de um agente no seio da atividade criminosa, cuja identidade policial deve estar oculta com vistas à obtenção de informações e coleta de provas a respeito da organização sob investigação, mediante a dissimulação de estar colaborando com a atividade delitativa, obtendo, com isso, a confiança dos criminosos, visando ao desmantelamento da atividade criminosa e a prisão de seus praticantes<sup>246 247</sup>.

---

<sup>243</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria do Direito Policial*. Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 498-499.

<sup>244</sup> Oneto, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, Porto: Coimbra Editora, 2005, p. 150.

<sup>245</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validade da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 44.

Ademais, resta **diferenciar as figuras do agente infiltrado e do agente provocador**, muitas vezes confundidas. Nesse sentido, Giacomolli aponta as seguintes diferenciações:

- a) Enquanto na infiltração objetiva-se angariar provas da autoria e materialidade delituosas, mediante a inserção do agente às atividades criminosas, a atuação do agente provocador visa ao desencadeamento da atividade típica. Cabe observar que o agente provocador encoraja, induz, implanta, instiga, precipitando a prática do fato típico (engendra, produz o crime). As hipóteses do agente provocador se referem ao crime impossível, sem punição por ineficácia absoluta do meio ou do objeto, inteligência do art. 17, do CP<sup>248</sup>, nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.
- b) Elemento temporal – na infiltração de agentes, ocorre quando já existe uma atividade delitiva desenvolvida, ou seja, a infiltração é posterior à ocorrência do crime. Assim, quando o delito preexiste, não se considera provocação, mas exaurimento ou potencialização da conduta. Frisa-se a seguinte diferença: a provocação criminal é quando os agentes policiais apenas fazem intervenção na fase de execução ao apanhar em flagrante o sujeito do crime (nesse caso, trata-se de flagrante esperado e válido). Pode ocorrer nas hipóteses de tráfico de drogas, em que o estímulo do agente policial é posterior ou concomitante à ocorrência do delito já consumado. Nessa hipótese, trata-se de delito permanente ou de efeitos permanentes, em face da grande variedade dos elementos objetivos da tipificação penal<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Bitencourt, Cesar Roberto; Busato, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/13 São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 163.

<sup>247</sup> Bitencourt e Busato comentam que os autores a seguir possuem conceitos similares: Silva, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado*, cit. p. 74; Pacheco, Rafael. *Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 109; e Pereira, Flávio Cardoso. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. In: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, 2007, p. 4.

<sup>248</sup> Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

<sup>249</sup> HABEAS CORPUS 105.929 SÃO PAULO RELATOR: MIN. GILMAR MENDES Habeas Corpus. 24/05/2011 SEGUNDA TURMA – STF - 2. Paciente preso em flagrante por suposta prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes. 3. Pedido de liberdade provisória indeferido pelo Juízo de primeiro grau. Decisão judicial devidamente motivada em elementos concretos. 4. Flagrante preparado. Não ocorrência. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado. 6. Ordem denegada. Neste julgado encontramos a seguinte fundamentação: “Quanto à segunda alegação, em que requer seja reconhecido o flagrante preparado, tenho para mim ser de todo irreparável a decisão proferida pelo STJ que assentou: “o fato de os policiais

Ao discorrer sobre a figura do **agente provocador**, Manuel Valente assevera que os órgãos responsáveis pela investigação e prevenção criminal devem tutelar os direitos e liberdades fundamentais individuais contra os abusos do *ius puniendi* do Estado. Assim, o poder material de investigar não se arroga de todos os meios e métodos a seu dispor e realizar perseguições aos infratores. Os fins não podem e não devem em um Estado Democrático de Direito justificar os meios e métodos. E arremata: “quem se arroga da moral para executar a perseguição não pode socorrer-se de meios desonestos, de meios em nada deontológicos, embora apregoados como eficazes, mas nem sempre eficientes, para ‘apanhar’ alguns infratores”<sup>250</sup>. Nas palavras de Bobbio, citado por Valente, “os meios maus corrompem até os melhores fins”<sup>251</sup>.

Além disso, em face do princípio da lealdade ou do *fair trail*, que impõe aos agentes públicos, especialmente às polícias, Ministério Público e Poder Judiciário, a obrigação de atuarem no estrito respeito aos valores da pessoa humana, como a dignidade, a integridade pessoal (física ou moral) e, ainda, a liberdade de formação e manifestação da vontade, as quais se sobrepõem aos próprios fins da justiça (1ª parte do n° 8 do art. 32º e n°s 1 e 2 do art. 26º e art. 25º da CRP)<sup>252 253</sup>.

O **agente provocador** pode ser definido como todo agente (sejam integrantes das forças de segurança pública ou não) que, no desempenho irregular de suas atribuições, instiga uma conduta criminosa de terceiro, tomando as medidas para que o autor seja imediatamente surpreendido em flagrante delito. Assim, na realidade, cuida-se de ato totalmente nulo, dando causa ao chamado crime impossível<sup>254</sup>.

Interessante trazer à baila a classificação empregada pelo doutrinador Nereu Giacomolli ao agente infiltrado, o qual, contrariando a doutrina, a legislação e a jurisprudência, transforma-se em agente provocador – este, por sua vez, ao pretender desbaratar a trama delituosa, induz ou instiga os criminosos à prática de crimes, configurando

---

condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie”.

<sup>250</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 506.

<sup>251</sup> Bobbio, Norberto *apud* Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria do Direito Policial*. Estado: Coimbra, Editora Almedina, 2014, p. 508.

<sup>252</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria do Direito Policial*. Estado: Coimbra Editora Almedina, 2014, p. 508.

<sup>253</sup> No Brasil, podemos fundamentar as afirmações com base no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

<sup>254</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 45.

uma **infiltração inidônea**, cuja consequência é a atipicidade da conduta<sup>255</sup>. Nesse sentido, Danilo Knijnik utiliza a expressão “infiltração ilegítima”<sup>256</sup>.

### 3.3 Da legitimidade ativa para postular a infiltração de agentes

A Lei 9.034/95, antiga Lei do Crime Organizado, revogada pela Lei 12.850/13, e a Lei 11.343/06, a chamada Lei de Drogas, foram totalmente omissas quanto à previsão de legitimidade ativa para postular a infiltração de agentes perante a autoridade judicial.

Entretanto, o regramento advindo com a Lei 12.850/13, denominada nova Lei do Crime Organizado, em relação a esse ponto, foi satisfatório. De acordo com o artigo 10, *Caput*, encontram-se legitimados a postular a medida especial o delegado de polícia, como presidente do inquérito policial, e o Membro do Ministério Público, como parte e titular da ação penal. Assim, somente eles se encontram autorizados a provocar o Poder Judiciário a manifestar a respeito da infiltração de agentes<sup>257</sup>.

Conforme já abordado anteriormente no tópico 2.5 - Reserva de jurisdição, a infiltração de agentes no Brasil somente será possível com prévia e expressa autorização judicial fundamentada, tendo em vista os graus de invasividade, danosidade e gravidade aos direitos fundamentais do(s) investigado(s)<sup>258</sup>.

Observa-se que o Ministério Público, na qualidade de parte e titular da ação penal, requerer, ao passo que o delegado de polícia representa, perante o juiz, acerca da infiltração de agentes. O delegado não é parte, possuindo capacidade postulatória imprópria, especial ou excepcional, estritamente no exercício de suas funções, justamente em razão de seu ofício<sup>259</sup>.

Na hipótese de requerimento do Ministério Público, o delegado de polícia deverá se manifestar a respeito da viabilidade técnica<sup>260</sup> (art. 10, *Caput*, a Lei 12.850/13). O pleito do

---

<sup>255</sup> Giacomolli, Nereu José. Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal, crises misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 132.

<sup>256</sup> Knijnik, Danilo. *A serpente me seduziu e eu comi*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, ano 5, n. 10, 2000, p. 27.

<sup>257</sup> Entendimento partilhado por Bitencourt e Busato. In: Bitencourt, Cesar Roberto ;Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/13* São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pp. 161-162; e Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a Validação da Prova Colhida no Combate às Organizações Criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 91-92.

<sup>258</sup> Remetemos o leitor também ao tópico em questão.

<sup>259</sup> Remetemos o leitor ao tópico 1.3.3 - Ação controlada, no qual discorremos sobre a capacidade postulatória do delegado de polícia.

<sup>260</sup> Dada a expertise na área de investigação criminal, é acertada a determinação do legislador quanto à manifestação do delegado de polícia antes do juiz decidir, o que, em nosso entendimento, confere as devidas importância e valorização à carreira do comandante da investigação criminal.

*Parquet* não vincula o delegado, que emitirá parecer a respeito da viabilidade técnica da infiltração policial. Caso entenda incabível a medida, é quase certo que o juiz indeferirá o pleito<sup>261</sup>.

Diante de representação do delegado de polícia, o Ministério Público será instado a se manifestar (art. 10, § 1º da lei com comentário). Nesse sentido, a conclusão é lógica, pois concluída a prova investigativa indiciária, o Ministério Público será o destinatário para a formação da *opinio delicti*. A representação do delegado de polícia também não vincula o parecer do MP, pois detém independência funcional, e caso entenda desnecessária ou não recomendável a infiltração policial, também é provável que não seja autorizada pelo juiz<sup>262</sup>  
263.

Note-se que independentemente da origem da pretensão, seja ela do delegado de polícia ou do Ministério Público, serão instados a manifestarem, o que pressupõe interação e harmonia entre eles na infiltração de agentes (o que sempre, aliás, deveria ocorrer nas atividades de investigação criminal), sob pena de inviabilidade completa da medida excepcional de prova<sup>264</sup>.

Por se tratar de medida cautelar, o requerimento do MP ou representação do delegado tramitará sob sigilo de justiça, e o juiz deverá decidir em até 24 horas, com base no artigo 12, *Caput* e § 1º. O prazo para o juiz se conta a partir da conclusão, após o retorno do MP, com ou sem parecer do órgão ministerial, conforme entendimento de Marllon Sousa<sup>265</sup>. Partilhamos da mesma posição para adoção da infiltração policial com base na Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

Anote-se que, nos termos do artigo 10, da Lei 12.850/13, a infiltração de agentes cabe somente na fase de investigatória, inviabilizando-se a possibilidade de realização da medida excepcional durante a ação penal. Além disso, a investigação deve ser materializada exclusivamente por meio de inquérito policial, expurgando-se a possibilidade de infiltração em procedimentos outros, inclusive em procedimento de investigação criminal (PIC) do

---

<sup>261</sup> Entendimento partilhado por Bitencourt e Busato. In: Bitencourt, Cesar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 162.

<sup>262</sup> Idem.

<sup>263</sup> Marllon Sousa entende que o juiz estará impedido de conceder a medida diante de parecer negativo emitido pelo MP frente à representação do delegado de polícia, tendo como base os princípios da independência funcional, acusatório e titularidade da ação penal do órgão ministerial. In: Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 92.

<sup>264</sup> Bitencourt, Cesar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 161.

<sup>265</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 93.

Ministério Público. Nesse último caso, inimaginável propiciar a infiltração de agentes do MP, face à exigência técnico-operacional. Mesmo diante de requerimento do órgão ministerial, exige-se a manifestação do delegado de polícia acerca da viabilidade técnica. Havendo envolvimento da polícia com o crime organizado, além de iniciada a investigação pelo Ministério Público, a medida pode ser viabilizada com a instauração de inquérito policial presidido pelo delegado de polícia, pois, como já dissemos, são indispensáveis a interação e harmonia entre a polícia e o MP, quiçá na atividade de infiltração<sup>266</sup>.

São completamente incabíveis tanto a decretação quanto a prorrogação da infiltração de agentes de ofício pela autoridade judiciária, sob pena de nulidade do procedimento investigatório, tendo como fundamento os princípios acusatório, inércia da jurisdição e imparcialidade. Pensar ao contrário seria resgatar a figura do juiz inquisidor, incabível sob a égide de um Estado Democrático de Direito. De acordo com a sistemática adotada e o filtro da Constituição Federal, é missão do MP apresentar a peça acusatória com base nos elementos de prova angariados na fase investigatória. Em seguida, o juiz estabelecerá o contraditório e o amplo direito de defesa à parte contrária. Ao final, o juiz estabelecerá a sentença de acordo com o que foi apresentado pelas partes, sendo obrigação da autoridade judicial dizer o direito com os fatos apresentados, mas sem interferência na sua construção, sob pena de quebra da imparcialidade objetiva e subjetiva<sup>267</sup>.

### **3.4 Da legitimidade para atuar como agente na operação de infiltração**

É de suma importância para o processo de investigação criminal a definição de quem pode atuar na operação de infiltração, justamente por restarem sérias consequências sob os aspectos ético, operacional e jurídico. É nesse ponto que são suscitadas questões quanto à (im)possibilidade do particular, do agente de inteligência e, ainda, dos órgãos de segurança pública mencionados no art. 144, da Constituição Federal, de atuarem em operações de infiltração para a obtenção de provas na investigação criminal. Nesse sentido, intentamos algumas respostas a partir de agora:

Quanto à possibilidade de o agente de inteligência atuar na atividade de infiltração, Nereu Giacomolli assinala que o profissional de inteligência não poderia atuar como infiltrado na investigação criminal por absoluta falta de guarida constitucional – isso quando havia

---

<sup>266</sup> Bitencourt, Cesar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pp. 161-162.

<sup>267</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 93.

previsão no inciso V, art. 2º, da Lei 9.034/95 acrescentado pela Lei nº 10.217/2001, mas somente diante de ameaça ao Estado de Direito e às instituições<sup>268</sup>. Marllon Sousa também entende ser possível a realização de infiltração de agente de inteligência nos assuntos relacionados à soberania nacional<sup>269</sup>.

No mesmo sentido, Flávio Cardoso Pereira, discordando do legislador pátrio brasileiro, o qual permitia que agentes de inteligência se infiltrassem em organizações criminosas, para os fins previstos na Lei nº 10.217/01. Tal prerrogativa desvirtuava o labor daqueles com o objetivo precípuo de buscar informações tendentes à manutenção da ordem e da segurança nacional, e não informações e provas úteis à eventual persecução penal. Não se pode confundir inteligência de Estado com inteligência criminal, tendo em vista que os propósitos desses métodos de obtenção de dados e informações são diametralmente opostos<sup>270</sup>.

Marllon Souza afirma de modo contundente que é proibida qualquer forma de utilização de particulares<sup>271</sup> na infiltração policial, pois é uma questão lógica, bem como dos chamados agentes de inteligência que não integram os órgãos de investigação<sup>272</sup>.

Dessa forma, não é possível a participação de membros da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN em operações de infiltração para investigação criminal, em razão da falta de previsão expressa nas chamadas Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) e Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13). Além disso, a Lei nº 9.883/1997, que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência, mencionando também a ABIN, sobre as ações de planejamento e inteligência em âmbito nacional, possui a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional. O rol de atribuições da Agência Brasileira de Inteligência não autorizou o órgão a participar de investigações criminais, excluindo, portanto, a infiltração policial<sup>273</sup>.

---

<sup>268</sup> Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal, crises misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 133.

<sup>269</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 42.

<sup>270</sup> Pereira, Flávio Cardoso. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Revista do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, Cuiabá, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007, p. 39.

<sup>271</sup> Bitencourt e Busato também entendem que o particular não poderá atuar como agente infiltrado. In: Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 167.

<sup>272</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 41.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 42.

A atividade de inteligência, por meio de seus agentes, dispõe de regramento de atuação própria, não possui vínculo com o processo penal e ainda, com as regras ditadas por ele. Vale sublinhar que a missão da inteligência é a coleta e análise de dados de inteligência para embasar as tomadas de decisão do governante<sup>274</sup>.

Ademais, como outra função da inteligência, podemos apontar a defesa do Estado no aspecto político de soberania e manutenção do Estado Democrático de Direito. Já a atividade de investigação criminal, própria do agente infiltrado, cuida necessariamente de uma investigação que envolve a existência de uma organização criminosa<sup>275</sup>.

Dessa feita, o agente policial infiltrado e o agente de inteligência infiltrado são figuras totalmente distintas, face aos regramentos e finalidades empregados, podendo afirmar-se que ambos são espécies da categoria agente infiltrado.

Com a edição da Lei nº 12.850/13 (nova Lei do Crime Organizado), que revogou expressamente a Lei nº 9.034/95, entendemos que foi sepultada, de uma vez por todas, a possibilidade de o agente de inteligência atuar como infiltrado em matéria de investigação criminal.

No que tange à possibilidade de o particular atuar na operação de infiltração, Flávio Cardoso Pereira afirma que, na maioria dos países que utilizam esse meio de investigação na luta contra a delinquência organizada, é permitido somente aos agentes policiais a participação nas infiltrações, a exemplo da Espanha<sup>276</sup>, da Alemanha, da Itália, da França, da Argentina<sup>277</sup> e do Chile, entre outros<sup>278</sup>. Monteros incluiu ainda os países da Bélgica e Suíça<sup>279</sup>.

Em Portugal, permite-se que a infiltração seja feita por pessoa estranha à polícia, sob a condição de que atue controlado pela polícia judiciária, nos termos do art. 3º, n. 3, da Lei nº 101/2001.

---

<sup>274</sup> Cepik, Marco Aurélio Chaves. *Espionagem e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 27.

<sup>275</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 164.

<sup>276</sup> Artigo 282 bis da Ley Orgánica 5/99.

<sup>277</sup> Disciplinou minuciosamente o instituto – artigo 31 *bis* a 31 *sexies* na Lei 23.737/89.

<sup>278</sup> Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas), Flávio Cardoso Pereira, Ministério Público do Estado De Goiás, Procuradoria Geral de Justiça Revista do Ministério Público do Estado de Goiás Ano XI – N.16 – Dezembro De 2008, Goiânia – Goiás, Revista do Ministério Público de Goiás, p. 39.

<sup>279</sup> Monteros, Rocío Zafra Espinosa de los. *El Policía Infiltrado: Los Presupuestos Jurídicos En El Proceso Penal Español*. Valência: Editora Tirant ló Blanch, 2010, pp. 16-17.

Se o recurso ao agente infiltrado levanta problemas de legitimidade ético-jurídica<sup>280</sup>, é ainda mais incrementado quando se recorre a um terceiro. Manuel Valente, suscitando jurisprudência do TC, enumera alguns problemas, a serem destacados os seguintes<sup>281</sup>:

- a) Caso o participante da operação de infiltração não tenha formação moral e firmeza de caráter, poderá envolver-se nas atividades criminosas, de tal forma, que poderá ser cooptado e servir à criminalidade;
- b) Uma vez infiltrado e gozando da confiança dos criminosos, poderá atuar como verdadeiro agente provocador, induzindo a prática de crimes, uma vez que a diferença e limite é bastante tênue e limítrofe.

Diferentemente de algumas legislações estrangeiras, a infiltração, no Brasil, não abrange a possibilidade para execução por particulares<sup>282</sup>, mesmo porventura autorizados judicialmente, restringindo-se a agentes policiais (art. 10, Lei 12.850/13)<sup>283</sup>.

Oportuno registrar que tanto a nova Lei do Crime Organizado (a Lei 12.850/13, art. 3º, VII, menciona infiltração, por policiais, em atividade de investigação), quanto a Lei de Drogas (na Lei 11.343/06, art. 52, I, consta infiltração por agentes de polícia em tarefas de investigação), permitem apenas a infiltração de policiais. Embora parte da doutrina compreenda infiltração de agentes como meio de investigação e obtenção de provas, ambas as legislações tratam como infiltração policial, o que reforça mais ainda a tese de que o legislador desejou excluir pessoas estranhas dessa importante atividade estatal de investigação (v.g. particular) e, ainda, os próprios agentes de inteligência, pois, se assim desejasse, teria afirmado expressamente.

Mas quem seriam os agentes de polícia mencionados no art. 10, da Lei 12.850/13? A interpretação dominante, a nosso ver a mais correta, é no sentido de que tais “agentes de

---

<sup>280</sup> Andrade, Manuel Da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 221.

<sup>281</sup> Valente. Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 2014, 4ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 515.

<sup>282</sup> Giacomolli cita os seguintes casos de burla ao sistema: 1) No caso Shannonn v. Reino Unido (2004), o TEDH considerou não ter ocorrido vulneração de direitos do acusado, na medida em que se tratava de provocação particular (jornalista), para comprar cocaína. Isso porque o demandante poderia ter argumentado com a admissibilidade da exclusão da prova obtida (questão a ser revolvada pela aplicação do direito interno mediante subterfúgio. Entretanto no caso Edwards e Lewis v. Reino Unido (2003), o TEDH concluiu pela vulneração do art. 6.1 do Convênio, porque as provas obtidas, mediante provocação policial, não cumpriram o procedimento contraditório e com igualdade de armas, na medida em que foi negado à defesa o acesso ao material probatório, somente admissível em situações extremamente necessárias. No caso Teixeira de Castro v. Portugal (1998), policiais, através de terceira pessoa, apresentaram-se como compradores de heroína e realizaram a prisão em flagrante. A decisão foi de que o interesse público não é justificativa para o uso da prova obtida como resultado de uma incitação policial. In: Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal – crises, misérias e novas metodologias investigatórias*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pp. 136-137.

<sup>283</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 220.

polícia” referidos pela Lei sejam exclusivamente os de polícia judiciária, em consonância com o teor do art. 10, §5º, da Lei do Crime Organizado. Entende-se que a Lei impediu tacitamente a infiltração de integrantes das polícias militares. Assim, reafirma-se que, pela lógica e sistemática da Lei como um todo, é no sentido de que somente policiais civis estaduais e federais (polícia judiciária<sup>284</sup>) podem ser infiltrados<sup>285</sup>.

Ao endossarem o mesmo entendimento, Bitencourt e Busato defendem que a tarefa de infiltração policial cabe às instituições policiais que detêm as atribuições de polícias judiciárias no Brasil, no caso as polícias civis e federal, o que expurga qualquer possibilidade de outras instituições, como as polícias militares, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal, incorrerem na atividade<sup>286</sup>.

Marllon Sousa explica que a pessoa encarregada de executar a medida investigativa necessariamente deve ser um agente da autoridade policial, restando, portanto, excluída a participação de agentes estranhos aos quadros da polícia civil e federal, órgãos constitucionalmente encarregados de realizar atos investigatórios<sup>287</sup>.

A título de ilustração, vale apontar o agente mencionado nas legislações, o qual pertence aos quadros funcionais das polícias judiciárias (civis e federal), abrangendo o agente, o investigador, o escrivão, o inspetor e o delegado de polícia, a depender da nomenclatura do cargo estipulado pelo órgão, sendo os quatro primeiros agentes da autoridade policial (leia-se delegado de polícia).

Portanto, pode-se afirmar que a legislação que atualmente vigora no Brasil (Lei 11.343/06 e Lei 12.850/13) afastou totalmente a possibilidade do estranho à atividade estatal (particular), do agente de inteligência (v.g., membros da ABIN), bem como de outras forças de segurança que não possuem atribuição de polícia judiciária, de participarem das operações de infiltração, para fins de investigação e obtenção de provas, com as normas citadas de acordo com a Constituição Federal (art. 137, *Caput* e 144).

Outra questão levantada é a possibilidade de participação de integrante de outras forças policiais (PM, PRF, PFF, etc.) e fiscais (Receita Federal) como agente infiltrado, sob o comando e o controle do delegado de polícia, diretor e comandante da investigação criminal.

---

<sup>284</sup> Ressalte-se que as polícias civis e polícia federal são dirigidas por delegados de polícia de carreira. Já os agentes da autoridade policial variam de acordo com as nomenclaturas dos cargos previstos nas legislações das instituições policiais.

<sup>285</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: editora Atlas, 2016, pp. 220-221.

<sup>286</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 164.

<sup>287</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas* São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 41.

Em relação a essa questão, a Lei 12.850/13 silencia, o que deve ser interpretado de forma literal, pois, caso contrário, terá como imprestável o material probatório colhido, com a subsequente anulação de todos os atos de persecução com a infiltração relacionada, aplicando-se, no caso, a teoria dos frutos da árvore envenenada<sup>288</sup>.

No Brasil, conforme mandamento constitucional (artigo 144), está a cargo das polícias militares, polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária federal a atuação preventiva de forma a evitar a ocorrência de infrações penais, dentro de suas especificidades, sendo-lhes vedado investigar e realizar atos de polícia judiciária, quiçá protagonizar operações de infiltração.

Por outro lado, não basta integrar as polícias judiciárias para atuar na operação de infiltração. Por se tratar de medida excepcional e subsidiária de investigação, exigem-se seleção e treinamento específico, bem como a operação ser adequada ao objeto, para evitar colocar em risco a sua vida e a de seus familiares. Nesse sentido, destacamos:

- a) Realização de levantamento prévio mínimo das informações quanto às características da organização criminosa, na qual se pretende realizar a infiltração (v.g. ramo de atuação, grau de violência, ramificações, condições físicas<sup>289</sup>, linguajar, etc.);
- b) Seleção do profissional que atuará na operação de infiltração, levando-se em conta as questões de índole e conduta ética, condições emocionais e psicológicas<sup>290</sup> e, ainda, condições técnicas e operacionais.<sup>291</sup> Entendemos que tal providência é necessária para não expor o policial perante os seus pares, pois muitas vezes o impeditivo pode ser temporário e, em um futuro próximo, ser novamente selecionado;

---

<sup>288</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.92.

<sup>289</sup> Marllon Sousa cita exemplo interessante. Desejando-se infiltrar policial em um grupo criminoso de estrangeiros asiáticos, melhor seria infiltrar agente que possua características semelhantes aos componentes da organização. *Ibidem*, p. 94.

<sup>290</sup> Para Marllon, Sousa, policial com problemas financeiros pode ser mais suscetível a desvios de conduta e, assim, cooptável a se corromper e integrar o grupo criminoso. Além disso, policial com grave problema de saúde na família pode não ter o equilíbrio emocional adequado, o que acaba ensejando prejuízos ao próprio infiltrado e à operação de infiltração. In: *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 94.

<sup>291</sup> Segundo Marllon Sousa, caso o delegado de polícia verifique que o profissional selecionado não possua condições para atuar sequer parte externa na operação de infiltração, deverá providenciar a transferência para outra unidade sem anotação na pasta funcional. In: *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 95.

- c) Pré-disposição e voluntariedade do policial que atuará na operação de infiltração<sup>292</sup>. Segundo o artigo 14, I, da Lei 12.850/13, é direito do policial recusar participar da infiltração;
- d) Treinamento especializado<sup>293</sup> do policial selecionado com todas as informações necessárias do caso que configura investigação, a sua identidade falsa e o histórico familiar forjado. Isso se faz necessário para evitar a descoberta de sua real identidade, o que pode colocar em risco a sua vida e a de seus familiares, além da própria operação de infiltração.

### 3.5 Da possibilidade do testemunho do agente infiltrado

Diante da atuação do agente na operação de infiltração, algumas questões são suscitadas no que tange a seu testemunho: des(necessidade) de realização; des(necessidade) da manutenção do sigilo da identidade; valor probatório do testemunho.

Há uma expressa previsão na lei a respeito da permissividade do agente infiltrado servir de testemunha perante o juiz. Não existindo impedimento, sugere-se que ele preste o testemunho, o qual, diga-se de passagem, assume valor demasiado e importante sobre as atividades da organização criminosa da qual tenha convivido, bem como do seu *modus operandi*. O policial terá condições de relatar e descrever, com detalhes, tudo que tenha presenciado e tomado conhecimento<sup>294</sup>.

Relatamos uma questão interessante na Alemanha, país no qual se autoriza que o superior hierárquico do policial infiltrado preste o depoimento, e não o próprio. Entretanto, o Código de Processo Penal alemão determina a necessidade de a qualificação da testemunha

---

<sup>292</sup> Indispensável a anuência expressa do policial, após ser cientificado do perigo da medida a ser adotada, sendo-lhe permitido a *trainne* recusar a participação da infiltração, sem que isso configure ato de desobediência; Marllon Sousa. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*, editora atlas, São Paulo, 2015, pp. 94-95.

<sup>293</sup> Marllon Sousa e Francisco Sannini Neto entendem que a melhor forma de sucesso nas operações da medida seria a existência permanente de escolas de infiltração ou unidades especializadas dentro das polícias civis e polícia federal, mantendo-se um treinamento contínuo de pessoal, pois, em caso de deferimento da medida, bastaria somente a lapidação do agente que atuaria na infiltração, seguindo as peculiaridades do caso investigado. Sousa assevera que, diante de tais condições, em menos de dois anos é possível a realização da medida excepcional a contento. In: Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 94-95; Neto, Francisco Sannini. *Nova Lei das Organizações Criminosas e a Polícia Judiciária*. Disponível em: <http://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=284>. Acesso em: 15 out. 2017.

<sup>294</sup> Nesse sentido, cabe o entendimento de Marcelo Batlouni Mendroni. In: *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, pp. 221-222.

ser conhecida, a fim de que se possa averiguar a credibilidade. Assim, estaria afastada a inquirição de testemunha que mantenha seu anonimato<sup>295</sup>. Alguns levantam a possibilidade de depoimentos mascarados ou detrás de um painel<sup>296</sup>. Entretanto, o tribunal constitucional alemão expurgou a possibilidade de interrogar uma testemunha em julgamento com uso de ocultamentos e disfarces ou sem a verificação de sua identificação pessoal<sup>297</sup>.

Cabe ressaltar que, para alguns autores, esses mecanismos contrariam princípios constitucionais e a produção probatória no processo penal, como o contraditório e a ampla defesa<sup>298</sup>.

Observa-se uma tentativa de se chegar a um equilíbrio, considerando-se dois aspectos importantes: primeiro, a preocupação em salvaguardar a incolumidade do agente infiltrado, mantendo-o a salvo de eventuais e possíveis represálias; e segundo, com a sua participação, por meio do testemunho na fase judicial, fornecer, diretamente, elementos e informações probatórias no processo que, na visão de muitos, será mais fidedigna com as experiências que teve na atividade investigativa de infiltração.

Ao ressaltar sobre o tema no direito português, Manuel Valente relata que o agente infiltrado merece proteção não apenas material, mas também formal. Desse modo, o legislador estipulou que ninguém pode ser obrigado a participar (art. 3º, n. 2, da Lei 101/2001), prevendo ainda regras de proteção em relação aos meios pelos quais a prova produzida será apresentada no processo, bem como um regime de identidade fictícia. Nessa situação, inclusive o infiltrado pode ser autorizado a prestar depoimento sob o manto dessa identidade fictícia no processo relativo aos fatos que atuou – medidas que objetivam, sobretudo, prevenir e evitar eventuais represálias contra o agente infiltrado pelos suspeitos decorrente de sua intervenção<sup>299</sup>.

Em Portugal, como medida material de proteção do agente infiltrado, a junção do relato deve obediência ao princípio da indispensabilidade. Assim, se ao longo do processo foi verificado que a junção não é necessária ou exigível para questões de prova dos fatos

---

<sup>295</sup> Por outro lado, neste caso, a identidade do policial infiltrado restaria exposta e os membros da organização criminosa teriam conhecimento.

<sup>296</sup> Pereira, Flavio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, pp. 593-594.

<sup>297</sup> Gossell, Karl-Heinz. *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*. In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais. Julho/Setembro, 1992, p. 419.

<sup>298</sup> Pereira, Flavio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo proceso penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 594.

<sup>299</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes. Valente. *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra: Editora Almedina, 2014, 4ª edição, pp. 523-524.

imputados aos arguidos, por razões de segurança, jamais a autoridade judiciária deve ordenar a junção do relato no processo<sup>300</sup>.

Já no Brasil, a valoração da prova fica sempre a cargo do juiz, que formará o seu convencimento, considerando-se o tempo, o nível de infiltração e a forma de participação do agente na organização criminosa. O agente infiltrado em seu testemunho deve indicar e fornecer outras provas ou elementos de prova à justiça, como forma de fortalecimento de sua palavra. Nesse sentido, provas documentais, filmagens, fotografias, gravações, além das demais admitidas em Direito, podem servir de sustentação e corroborar com a palavra do agente que atuou na operação de infiltração<sup>301</sup>.

A nova Lei do Crime Organizado preocupou-se com a proteção do policial que opera na infiltração, deixando expresso o seu direito de ter nome, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e no processo criminal, salvo decisão judicial em contrário (artigo 14, III)<sup>302</sup>. Pode, inclusive, ter a sua identidade alterada<sup>303</sup> e lançar mão das medidas de proteção a testemunhas, de acordo com a Lei 9.807/99<sup>304</sup> <sup>305</sup>. Portanto, parece-nos evidente que, em regra, o sigilo da identidade deva

---

<sup>300</sup> Ibidem, p. 524.

<sup>301</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, p. 222.

<sup>302</sup> Segundo disposição expressa do art. 14, da Lei 12.850/13, são direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

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

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

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

<sup>303</sup> Bitencourt e Busato fazem críticas severas à legislação (incisos II, III e IV do art. 14), pois não há menção sobre a alteração de que a identidade deva ser prévia ou posterior à realização da infiltração da infiltração. Muito menos menciona em que consiste a alteração da identidade, se se trata apenas de fornecimento de novos documentos de identificação, da criação de um novo perfil de atividades cotidianas ou até mesmo se inclui a possibilidade de alterações fisionômicas pela cirurgia. In: Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 184.

<sup>304</sup> Segundo o artigo 7º, da Lei de Proteção à testemunha: Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

prevalecer mesmo depois do encerramento do processo, podendo ser quebrado somente por decisão judicial fundamentada. Ademais, todos os mecanismos necessários são colocados para preservar a identidade do policial que atuou na infiltração, como forma de proteção dele e de seus familiares, inclusive no processo crime que emprestar o seu testemunho perante o juiz<sup>306</sup>.

A Lei do Crime Organizado remete à Lei de Proteção às Testemunhas (art. 14, II), em que o Conselho Deliberativo possui papel decisivo a respeito da determinação do que pode ou não ser concedido como medida protetiva da testemunha e o que tem de perquirir o Conselho, instância responsável a atuar no caso do agente infiltrado. Nessa situação, verifica-se um obrigatório vazamento da identidade do infiltrado, justamente ao contrário do que pretende a lei – ou se a determinação é oriunda do juiz, caso em que o emprego da norma em branco, em

---

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

<sup>305</sup> Segundo o artigo 9º, da Lei de Proteção à Testemunha: “Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo”.

§ 1º A alteração de nome completo poderá estender-se às pessoas mencionadas no § 1º do art. 2º desta Lei, inclusive aos filhos menores, e será precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros.

§ 2º O requerimento será sempre fundamentado e o juiz ouvirá previamente o Ministério Público, determinando, em seguida, que o procedimento tenha rito sumaríssimo e corra em segredo de justiça.

§ 3º Concedida a alteração pretendida, o juiz determinará na sentença, observando o sigilo indispensável à proteção do interessado:

I - a averbação no registro original de nascimento da menção de que houve alteração de nome completo em conformidade com o estabelecido nesta Lei, com expressa referência à sentença autorizatória e ao juiz que a exarou e sem a aposição do nome alterado;

II - a determinação aos órgãos competentes para o fornecimento dos documentos decorrentes da alteração;

III - a remessa da sentença ao órgão nacional competente para o registro único de identificação civil, cujo procedimento obedecerá às necessárias restrições de sigilo.

§ 4º O conselho deliberativo, resguardado o sigilo das informações, manterá controle sobre a localização do protegido cujo nome tenha sido alterado.

§ 5º Cessada a coação ou ameaça que deu causa à alteração, ficará facultado ao protegido solicitar ao juiz competente o retorno à situação anterior, com a alteração para o nome original, em petição que será encaminhada pelo conselho deliberativo e terá manifestação prévia do Ministério Público.

<sup>306</sup>Visando preservar a identidade do policial, de acordo com a Lei 12.850/13, sugere-se que ele possa ser apresentado (escoltado) pela instituição que pertence até as dependências do Poder Judiciário, para ser ouvido em dia e horário marcado exclusivamente para colher o seu testemunho. Por óbvio, sem a presença dos réus, mas apenas dos advogados destes, do membro do MP e do Juiz. O infiltrado/testemunha presta o relato com aparato de proteção da imagem, voz, dentre outros. É o momento do MP explorar de forma a reproduzir e reforçar as provas já colhidas na fase investigatória, do advogado garantir o contraditório e ampla defesa dos réus e ainda, do Juiz firmar o seu convencimento acerca dos fatos apresentados. O Juiz deverá ser diligente de forma a não expor a testemunha, fazendo garantir o sigilo de sua identidade, abrando-se imagem, voz, nome e qualificação. De acordo com Manuel Valente, em Portugal, caso o Juiz optar pela indispensabilidade da audiência do agente infiltrado, deverá restringir a livre assistência do público ou que a audiência ou a parte dela decorra com exclusão da publicidade, nos termos do artigo 87º, n. 1, 2ª parte, do CPP. In: Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra, Editora Almedina, 2014, 4ª edição, p. 524.

hipótese, gera uma flagrante incongruência<sup>307</sup>. Além disso, no Brasil, para que se possam ter todos os documentos pessoais, existe a necessidade do envolvimento das mais diversas repartições públicas (v.g. documento de identidade, CNH, certidão de nascimento, passaporte, etc.), o que resulta em mais um entrave para a manutenção do sigilo da identidade.

Sob o ponto de vista prático, deflagrado o encerramento do procedimento policial investigatório e, por sua vez, da infiltração policial como meio de obtenção de prova, cujo resultado foi o desbaratamento da organização criminosa com diversas prisões, apreensões, sequestro de bens e valores, etc., é bastante improvável que os criminosos não desconfiem do possível “traidor” no seio do grupo, se é que se tenha certeza absoluta, o que acaba por tornar inócua a ocultação da real identidade do infiltrado.

Marcelo Mendroni<sup>308</sup> assinala as razões para a ocultação da identidade do agente infiltrado, das quais destacamos:

- a) Dificilmente o agente concorda em colaborar caso não tenha ocultada a sua verdadeira identidade, uma vez que os integrantes da organização criminosa cedo ou tarde tomarão conhecimento. Vale lembrar que rege a concordância expressa do agente em participar na operação de infiltração;
- b) Uma vez revelada a sua verdadeira identidade, o agente não pode mais atuar como infiltrado em casos futuros. Isso se mostra bastante prejudicial aos trabalhos policiais, pois existem poucos profissionais preparados para atuar como infiltrados na repartição policial, especialmente diante do alto risco e sensibilidade existentes;
- c) Revelada a sua verdadeira identidade, o policial, seus familiares, amigos e pessoas próximas passam a sofrer sério risco de morte, especialmente tratando-se de organização criminosa com característica de atuação violenta.

### **3.6 Da possibilidade de legitimação da prática de crimes pelo agente infiltrado durante a operação**

Outra questão bastante espinhosa diz respeito à **prática de crimes do policial durante a operação de infiltração**. Isso pode ocorrer logo no evento teste, a fim de que seja colocada

---

<sup>307</sup> Bitencourt, Cezar Roberto; Busato, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 187.

<sup>308</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 222.

à prova a lealdade do infiltrado com a organização criminosa. Diante do cenário e do comportamento do infiltrado, é possível levantar suspeitas ou até mesmo desmascará-lo e, assim, ter a sua vida colocada em iminente risco. Entretanto, o policial pode praticar qualquer espécie de conduta? A resposta não é tão simples.

Segundo a doutrina alemã, tendo como base o princípio da proporcionalidade constitucional, ou *Verhältnisma Bigkeitsgrudsatz*, diante de uma situação real de conflito entre dois princípios, constitucionais, deve decidir-se por aquele que assume maior peso. Como não podem existir normas constitucionais absolutas nem contraditórias, elas devem ser interpretadas de modo a coexistirem em harmonia. Assim, entre dois princípios constitucionais (logo, de igual peso), prevalecerá aquele de maior valor<sup>309</sup>, como, por exemplo, em caso de eleição entre o direito à privacidade ou à intimidade e a vida, deve prevalecer o último<sup>310 311</sup>.

Para Marllon Sousa, a análise sobre a ponderação de princípios somente será possível no bojo do processo pelo magistrado, que fará o exame dos atos levados a efeito pelo infiltrado com as três máximas do princípio da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito<sup>312</sup>, onde firmará o convencimento e decidirá de forma fundamentada (Art. 93, IX, CF)<sup>313</sup>.

Segundo Marcelo Mendroni<sup>314</sup>, o infiltrado pode praticar condutas típicas, que não serão considerados crimes porquanto não são antijurídicas ou ilícitas, desde que não atentem contra um direito constitucional sobrevalente<sup>315</sup>.

---

<sup>309</sup>Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 218.

<sup>310</sup> Um exemplo extremado citado pela doutrina seria quando o infiltrado tem uma arma apontada para sua cabeça, vendo-se obrigado a efetuar disparo contra terceiro. Nesse caso, a solução estaria nos princípios do direito penal, excludente de culpabilidade pela coação moral irresistível. Nesse sentido, cabe o entendimento de Mendroni. In: Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 219.

<sup>311</sup> Dois exemplos desastrosos e desproporcionais são citados por Marllon Sousa: (1º) O agente infiltrado que comete fatos definidos como crimes com uso de violência e grave ameaça à pessoa, salvo se essencial à sua proteção ou de terceiro. (2º) O agente infiltrado se transforma em agente provocador passando a instigar e a induzir a prática de crimes dos membros da organização criminosa, possibilidade a prisão em flagrante, respondendo neste caso pelo abuso cometido, além da declaração de nulidade da prova colida. In: Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 221.

<sup>312</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade remetemo-nos ao tópico 2.4 deste trabalho.

<sup>313</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 220.

<sup>314</sup> Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 219.

<sup>315</sup> Para Marllon Sousa, somente será endossado com base no princípio da proporcionalidade prevista em lei, se utilizado em situações extremas nas quais haja possibilidade de cometimento de condutas previstas como criminosas por parte do infiltrado. Entretanto, caso extrapole seu dever de atuação, segundo o exame do caso

Ademais, embora não haja previsão textual na lei, há, na doutrina, parâmetros para a atuação do agente infiltrado quanto às hipóteses autorizadoras do uso da proporcionalidade quando do desenvolvimento de seu labor. De acordo com Marllon Sousa, é necessário que essas hipóteses estejam descritas na decisão judicial, cabendo ao policial, durante a operação, o entendimento de que o cometimento de delitos somente se dará em casos imprescindíveis à preservação de sua identidade e integridade física, bem como para garantir o sucesso da medida. Nesse sentido, são estas as balizas norteadoras: (1) A ação deve ser fundamental para a manutenção da falsa identidade do policial infiltrado; (2) Para evitar morte ou grave lesão; (3) O crime praticado pelo infiltrado não envolver lesão ou grave ameaça à pessoa, salvo no primeiro caso<sup>316</sup>.

Segundo o artigo 13, da Lei 12.850/13, o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade, responderá pelos excessos praticados. Assim, não será punível a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da operação de infiltração, quando inexigível conduta diversa (parágrafo único, artigo 13)<sup>317 318</sup>. Enfim, exige-se que o infiltrado aja nos estritos limites da autorização judicial<sup>319</sup>.

---

concreto, será responsabilizado. In: Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 221.

<sup>316</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 222.

<sup>317</sup> Para Marllon Sousa, a natureza jurídica do artigo 13, parágrafo único, da Lei 12.850/13, é uma causa excludente de culpabilidade e não de punibilidade. Em sua opinião, a redação legal causa confusão de conceitos de direito penal. Seria melhor se a previsão dos atos cometidos pelo agente no regular desempenho de suas atribuições fossem abarcados pelo excludente de ilicitude estrito cumprimento do dever legal, sem prejuízo da apuração por eventuais excessos. In: Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.223. Já Marcelo Mendroni entende que se o agente se deparar com situação que exija a prática de um delito, desde que guardado o princípio da proporcionalidade, não deverá responder pelo crime, aplicando-se causa excludente de antijuridicidade (ilicitude) de inexigibilidade de conduta diversa. In: Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 235. Para Manuel Valente, tendo como base o direito português: “O n. 1 do artigo 6º, do RJAÉ estipula a não punibilidade da conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatório ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”. In: Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*, 2014, 4ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 525.

<sup>318</sup> Vicente Greco Filho, ao analisar o artigo 13, da Lei 12.850/13, expõe que o *Caput* do dispositivo alerta para punição dos excessos eventualmente praticados pelo agente infiltrado, caso as suas condutas não guardarem proporcionalidade com a investigação. A verificação dessa proporcionalidade deve levar em conta as circunstâncias em que se encontra o agente. Não pode ser milimétrica ou destituída de uma visão do contexto de tomada de decisão do agente, que pode colocar em risco sua vida se não agir na conformidade com os padrões da organização. A interpretação deve sempre partir de um ponto de vista favorável ao agente, que se arrisca além do usual em seu dever funcional, sob pena de se inviabilizar a aceitação de quem quer que seja para o exercício dessa função. O termo “proporcionalidade” está mal empregado, devendo ser entendido, como “desnecessidade”. Serão punidos os excessos considerando-se como tais os atos desnecessários à finalidade de investigação. A proporcionalidade exige uma comparação, que é impossível no caso, porque a finalidade da investigação não é parâmetro para o tipo de atos a serem praticados. O que se pode verificar é se o ato era necessário, ou não, para o sucesso da investigação e se era exigível conduta diversa como refere o parágrafo. Veja que se era necessário e

Sem dúvida, pelo fato de a questão ser uma das mais polêmicas da infiltração de agentes, guardando significativas divergências doutrinárias, este estudo não assume o propósito de exauri-la.

---

inexigível conduta diversa, não existe excesso a ser considerado. Os atos formalmente criminosos praticados pelo agente no decorrer da infiltração não são puníveis senão exigível conduta diversa. Não é o caso de se discutir se se trata de falta de tipicidade, de exclusão de antijuridicidade ou de reprobabilidade. Para aqueles que adotam uma teoria mais abrangente dos elementos do crime, falta tipicidade substancial ainda que se tenha adotado como critério a inexigibilidade de conduta diversa como critério de exclusão. Entretanto, a questão é mais complexa do que aparenta ser, porque existem quatro espécies de fatos definidos como crime que podem estar envolvidos com a infiltração de agentes: (1ª) O crime de organização criminosa porque o agente infiltrado passa a fazer parte ou integrá-lo; (2ª) Os crimes da natureza dos delitos da finalidade da organização de que o agente participa; (3ª) Os crimes que o agente pratica ou deles participa enquanto crimes – meio para a manutenção da organização, como o constrangimento ilegal, a lesão corporal, a corrupção, o porte ilegal de armas, dentre outros; (4ª) Os crimes que terceiros praticam para o apoio à infiltração, como, v.g. a falsificação de documentos de identidade, o fornecimento de armas e tantos outros que somente a realidade de caso, poderá revelar. Em todos esses casos, se aplica a regra da impunibilidade se necessária ao sucesso da operação de infiltração. Na descrição da operação, e na análise técnica a ser submetida ao juiz para a autorização, pode haver menção de alguns deles, de modo a gerar a presunção de legalidade. As questões práticas da operação, porém, podem gerar situações imprevisíveis cuja análise será feita a posteriori, mantendo-se a advertência de que a interpretação deve levar em conta a necessidade, a inexigibilidade de conduta diversa e a pressão das circunstâncias de risco em que se encontra o agente. In: Greco Filho, Vicente. Op. cit, pp. 62-63.

<sup>319</sup> Sousa, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 220.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade mais sofisticada, aquela detentora de recursos humanos e materiais, com atuação sem fronteiras, dificilmente é atingida pelos meios convencionais de investigação, colocados à disposição pelo Estado. Assim, com discurso fundado no enfrentamento mais eficaz, passou-se a impulsionar a utilização de métodos diferenciados de investigação criminal, a exemplo da infiltração de agentes.

Diante da gravidade, danosidade e invasividade, inerentes aos meios ocultos de investigação criminal, faz-se necessário racionalizar e buscar pontos de equilíbrio, recorrendo-se aos princípios como a legalidade, especialidade, subsidiaridade, proporcionalidade e reserva de jurisdição.

As metodologias invasivas somente devem ser colocadas à prova diante daqueles crimes mais graves e quando os meios tradicionais não se mostrarem eficientes. Em outras palavras, caso seja possível alcançar os mesmos resultados com os meios “claros” ou “abertos”, não é possível, tampouco razoável, empregar os meios ocultos. Isso visa também não vulgarizar as técnicas diferenciadas de investigação.

Conforme analisamos ao longo deste trabalho de dissertação, Costa Andrade assinala as problemáticas de previsão e regulamentação dos meios ocultos –inclusive muitos deles beiram a ilegalidade. Também não estão concentrados ou compilados em um único diploma legal, bem como há contrariedades e desproporcionalidades nos pressupostos, requisitos, além da ausência de fixação de nivelamento para emprego dos diferentes meios.

O agente infiltrado é um exemplo disso no Brasil, pois, até antes da Lei 12.850/2013, praticamente inexistia regulamentação que atendesse aos reclamos da doutrina. Essa situação explica a baixa exploração da matéria com profundidade por autores brasileiros, poucas notícias de aplicabilidade do método pelas Polícias Judiciárias no Brasil, especialmente diante do campo da insegurança, pois raras são as academias de polícia que lecionam a matéria e praticamente inexistem obras nas bibliotecas que possam despertar e sustentar o estudo.

Ao contrariar tendência de países da Europa e EUA, que deixam a cargo do Ministério Público, no Brasil, é reservado ao juiz a concessão para infiltração de agentes, face aos direitos fundamentais em jogo. O Ministério Público e o delegado de polícia são os únicos autorizados a pleitear ao juiz a autorização para a aplicação da medida. O primeiro na condição de titular da ação penal, enquanto o segundo na qualidade de presidente e diretor do inquérito policial. Mesmo diante de requerimento do Promotor de Justiça, deverá o juiz zelar

pela manifestação do delegado de polícia acerca da viabilidade técnica. Nesse último ponto, sem dúvida, houve avanço e justa valorização da carreira da autoridade policial. O juiz não pode autorizar de ofício a medida, sob pena de infringir os princípios acusatório, inércia da jurisdição e imparcialidade.

O agente de inteligência e o particular não estão autorizados a atuar como agentes infiltrados na investigação criminal e obtenção de provas. O agente de inteligência possui regramentos e princípios diversos do processo penal, até porque a sua atividade, objetiva recolher e analisar dados para subsidiar a tomada de decisão do governante. Outra vertente é a defesa do Estado no aspecto político de soberania e manutenção do Estado Democrático de Direito. Até 2013, vigorava a Lei 9.034/95, que, em seu artigo 2º, inciso V, autorizava a participação de agentes de inteligência em operações de infiltração, o que era motivo de duras críticas da doutrina. Entretanto, após a edição da Lei 12.850/2013, que revogou expressamente o diploma legal citado, não havendo mais margem para tal possibilidade.

Se na atuação do agente infiltrado, realizada por policial, já são suscitados questionamentos quanto à lealdade, ética, fronteiras da legalidade e dificuldades de controle do Estado, imagine em relação ao particular, que nenhum compromisso e vínculo com a atividade estatal possui. Na maioria dos países que se vale desse meio de investigação na luta contra a delinquência organizada, apenas os agentes policiais dispõem da prerrogativa de participar das infiltrações.

Também estão desautorizados a atuar os integrantes da Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Guarda Municipal, Receita Federal e Ministério Público, pois a infiltração é atividade iminente da essência da investigação criminal e de Polícia Judiciária, reservada às polícias civis e federal, o que exige dedicação, conhecimentos específicos e expertise para a realização.

O policial infiltrado pode prestar o seu testemunho perante o juiz, ocasião em que o Promotor de Justiça explora o relato, a defesa perquire, oportunizando-se o contraditório e a ampla defesa, enquanto o juiz firmará o seu convencimento, visando, assim, o processo de formação da prova.

Quanto ao sigilo da identidade do infiltrado, verificamos os diferentes cenários das legislações portuguesa, alemã e brasileira, bem como posicionamentos doutrinários. Alguns autores, a exemplo de Flavio Cardoso Pereira, criticam a manutenção do sigilo, sob o fundamento de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Na nossa concepção, a norma brasileira é clara quanto à preservação da identidade, imagem e voz do infiltrado,

objetivando salvaguardar o agente, sua família, amigos e rede de relacionamentos, pois, caso contrário, dificilmente o infiltrado atuará em outras operações e isso pode desestimular voluntários para futuras operações.

O testemunho do agente infiltrado deve indicar e fornecer outras provas ou elementos de prova à justiça, como forma de fortalecimento de sua palavra, como exemplo as provas documentais, filmagens, fotografias, gravações, etc. e todas as demais em direito admitidas. Nesse sentido, alguns autores, como Mendroni, Márcia Bonfim e Costa Andrade apontam para a possibilidade de cumulação de medidas no sentido de viabilizar a obtenção de prova na infiltração (v.g., cumulação da infiltração com a ação controlada e a interceptação ambiental), levando-se em conta os princípios da proporcionalidade e subsidiariedade.

A proporcionalidade deve ser a viga mestra já no pedido inicial da medida, sendo seguida na autorização judicial, bem como conduzindo a atuação do policial infiltrado, conforme sinaliza a Lei 12.850/2013. Assim, o policial infiltrado deve pautar a sua atuação nos exatos termos da autorização judicial, de forma a não instigar ou induzir a prática de ilícitos penais por parte dos criminosos, pois, se assim agir, ultrapassa o limite fronteiro da legalidade, operando como agente provocador (infiltração ilegítima para Danilo Knijnik ou infiltração inidônea para Giacomolli), o que ensejará a anulação de todas as provas colhidas (Súmula 145, STF) e, ainda, responsabilização do agente.

A atividade de infiltração não é uma fórmula matemática, pois o agente pode ver-se obrigado a praticar condutas tipificadas como criminosas, inclusive já no evento teste de iniciação, para provar a sua fidelidade com a organização criminosa. Nesses casos, deve-se averiguar se os atos praticados tiveram o propósito de manter a falsa identidade e evitar morte ou grave lesão. Caso contrário, deve responder pelos excessos praticados.

As operações de infiltração precisam ser dotadas de cientificidade e tecnicismo, sobretudo em razão das fronteiras que cercam a atuação, o que exige preparação dos policiais envolvidos. Nesse passo, faz-se necessário criar um grupo especializado (Marlon Sousa e Francisco Sannini defendem, inclusive, ‘escola de infiltração’) para as fases de ingresso, permanência, retirada e pós-infiltração e demais tarefas secundárias - estas tão importantes quanto a infiltração em si. Com o grupo especializado, também serão possíveis a criação e a implantação de uma doutrina das atividades de infiltração, o que trará a melhoria significativa das atividades.

Acreditamos fielmente que o direito fundamental da segurança pública constitui um dos mais fortes alicerces que amparam uma sociedade democraticamente harmonizada,

ordeira, na qual a garantia e o direito de seus cidadãos devem ser sempre respeitados. Infelizmente, no Brasil, nos últimos anos, esse alicerce vem sendo repetidamente vilipendiado, em especial pela criminalidade organizada, em especial aquela conhecida como “colarinho branco”. Os casos de corrupção em todos os níveis sociais e políticos no Brasil, cotidianamente mostrados em nossos jornais, rádios e televisores, por um lado denotam a complexidade de atuação das quadrilhas do dito “crime organizado”, por outro germinam em cada cidadão crente de seu país, fortes sentimentos de indignação social. Sentimentos traduzidos em passeatas de cidadãos empunhando a bandeira, manifestações populares, marchas democráticas, entre outros.

Agora, em uma análise um pouco mais íntima, posso dizer que, quando se escolheu o objeto de estudo deste singelo trabalho, é possível que o nosso (in)consciente tenha agido na percepção desse campo social instável, por muitos nomeado como crise social. A criminalidade organizada, aquela sofisticadamente estruturada para que os seus atos e atores permaneçam impunes, contribui para a manutenção dessa crise.

Creio que as pesquisas empregadas, análises, contrapontos, etc., que resultaram nesta dissertação, sejam a nossa contribuição (singela, diga-se de passagem) para um pequeno melhoramento da política criminal brasileira. Se este trabalho, mesmo minimamente, puder, em algum momento, auxiliar os operadores do direito e as forças de segurança, visando a contribuir para uma melhor investigação técnica-científica, dar-nos-emos por satisfeitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ambos, K. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización*. Revista Eletrônica Política Criminal, n° 7, A1-7, pp. 1-51. Santiago, 2009.

Amorin, C. *Comando Vermelho: a história do crime organizado*. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2011.

Andrade, M. C. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra: Editora, 2013.

Andrade, M. C. A. *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Editora Coimbra. Coimbra, 2009.

Andrade, V. R. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Florianópolis SC.

Avolio, Luis Francisco Torquato. *Provas Lícitas provas ilícitas Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Baratta, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Bastos, C. R.; Martins, I. G. *Comentários à Constituição do Brasil, 2º Vol, 1ªed*. São Paulo: Saraiva, 1989.

Beccaria, C. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Edipro de Bolso, 2015.

Beck, F. R. *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

Beck, U. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. 1998.

Bittar, C. A. *Os Direitos da Personalidade*, 1ª ed. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1989.

Bitencourt, C. R; Busato, P. C. *Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

Bini, E. *Ciências sociais & filosofia. Maquiavel O princípio. Comentários de Napoleão Bonaparte*. 12ª Edição. Tradução e notas Edson Bini. São Paulo: Editora Hemus, 1996.

Blakey, G. R.; Hogan, J. J. *Techniques apud The Investigation and Persecution of Organized Crime. Eletronic Surveillance: Two Views*. Volume 1. Cornwell Institute on Organized Crime, New York, 1980.

Bonfim, M. M. M. *A Infiltração de Policiais no Direito Espanhol*. Revista Direito e Sociedade. Curitiba, v.3, n.1, jan/jun 2004. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18213/A\\_Infiltra%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Policiais\\_no\\_Direito\\_Espanhol.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18213/A_Infiltra%C3%A7%C3%A3o_de_Policiais_no_Direito_Espanhol.pdf) Acesso em 10 set. 2017.

Braz, J. *Investigação Criminal. A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade*. 3ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal. Interdependências e Limites no Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015.

Carlos, A. & Reis, F. *Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

Cepik, M. A. C. *Espionagem e democracia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

Cepik, M. A. C.; BORBA, P. *Crime organizado, Estado e Segurança Internacional. Contexto Internacional*. Vol. 33 n° 2, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais, Rio de Janeiro, 2011. ISSN 0102-8529.

Clemente, M. E. A. *Cangaço e Cangaceiros: Histórias e Imagens Fotográficas do Tempo de Lampião*. Revista de História e Estudos Culturais. Vol ano IV, n. 4, Out. Nov. e Dez. 2007. ISSN 1807-6971.

Costa, C. S. *A Interceptação Constitucional e Os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris Ltda, 1992.

Conserino, C. R.; Vasconcelos, C. R. C; Magno, L. E. *Crime Organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011.

Cusson, M. *Criminologia* (3ª Edição ed.). (J. Castro, Trad.) Amadora: Casa das Letras, 2011.

Cunha, R. S. e P. R. B. *Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12.850/2013*. Salvador: Editora Jus Podvm, 2013.

Dias, J. F. (s.d.). *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/542/uma-proposta-alternativa-ao-discurso-da-criminalizacaodescriminalizacao-das-drogas-por-jorge-de-figueiredo-dias>  
Acesso em: 02 set. 2017.

Dias, J. F.; Andrade, M. D. *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

\_\_\_\_\_. *A Criminalidade Organizada: do fenômeno político ao conceito jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 71, pp. 11-30, março-abril 2008. ISSN 1415-5400.

Dias, G. In: Beleza, T. P.; Isasca F. *Direito Processual Penal – Textos*. Lisboa: AAFDL, 1992.

Donnelly, R. C. *Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agents Provocateurs*. The Yale Law Journal vol 60, p. 1091 – 1131, 1951. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4766](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4766).

Escudeiro, M. J. *Meios Ocultos de Prova: Perspetiva do Controlo da Velocidade*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 99-110. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.18>, 2016 Acesso em: 10 set. 2017.

Ferrajoli, L. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução: Juarez Tavares. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Feldens, L. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Feitoza, D. *Direito processual penal*. Niterói/RJ: Ímpetus, 2009.

Fernandes, L. F. *Intelligence e Segurança Interna*. Lisboa - Portugal: Edição - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2014.

Filho, M. G. F. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

Foucault, M. *Vigiar e punir - História da Violência nas Prisões*. Vol. 30ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

Garcia, I. E. *Procedimento Policial – Inquérito e Termo Circunstanciado*. Goiânia - GO: Editora AB;, 2004.

Giacomolli, N. J. *A fase preliminar do processo penal - Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Devido Processo Penal - Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

\_\_\_\_\_. *Prova Penal. Estado Democrático de Direito. Texto: Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal*. São Paulo: Letras e Conceitos, Ltda., 2015.

Gonçalves, V. A. *O Agente Infiltrado Frente ao Processo Penal Constitucional*. Belo Horizonte - MG: Editora Arraes. 2014.

Gonçalves, V. E. R. *Legislação Penal Especial*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Baltazar J. J. P. *Legislação penal especial esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

González-Castell, A. C. *La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3(2), 511-536. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71> , 2017. Acesso em: 10 set. 2017.

Gomes, L. F. e Silva M. R. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2015.

Gossell, K. H. *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Julho/Setembro, 1992.

Greco, V. F. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9296/96, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Grinover, A. P.; Fernandes, A. S. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Junior, A. L. *Direito Processual Penal e sua Conformidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade, Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Bem Jurídico e a Tutela Penal: Uma Abordagem à Luz de Alguns Princípios Constitucionais Implícitos. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 - Estudos comemorativos aos seus vinte anos*, 244/279, 1988.

Knijnik, D. *A serpente me seduziu e eu comi*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, ano 5, nº. 10, 2000.

Loureiro, J. (2007). *Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1º Acórdão do T.E.D Homem - 9.junho.1998. Condenação do Estado Português*. Coimbra: Almedina, 1988.

Maciel, A. R. *Crime organizado, persecução penal e política criminal*. Curitiba: Editora Juruá. 2015.

Matos, H. *Contraterrorismo: O Papel da Intelligence na Acção Preventiva e Ofensiva, resultado de análise no VII Congresso Português de Sociologia, de 19 a 22 de junho de 2012*. Universidade do Porto. Disponível em: <http://www.iscpsi.pt>, 2012. Acesso em: 15 set 2017.

Mello, R. P. *Provas Ilícitas e sua Interpretação Constitucional*. Editora: Sagra, 2000.

Mendroni, M. B. *Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora atlas, São Paulo – SP, 2016.

Meireis, M. A. A. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

Mendes, G. F.; Branco, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Molina, A. G.-P. *O que é criminologia*. Madri: Revista dos Tribunais, 2013.

Montesquieu, C. L. de S. *O espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Monteros, Rocío Zafra Espinosa de los. *El Policía Infiltrado: Los Presupuestos Jurídicos En El Proceso Penal Español*. Valencia: Editora Tirant ló Blanch, 2010.

Moraes, A. de. *Direito Constitucional*, 14ª edição, ed. Atlas, São Paulo. 2003

Nucci, G. S. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* 3ª ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

Nucci, G. S. *Organização Criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Neto, F. S. *Nova Lei das Organizações Criminosas e a Polícia Judiciária*. Disponível em: <http://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=284>.

Oneto, I. O. *Agente Infiltrado - contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Porto - Portugal: Coimbra. 2005.

Pacheco, Rafael. *Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2008

Peixoto, A. *Vitimização Criminal Mitos e Mitos e Realidades*. Ponte Delgada - Portugal: Edições Macaronésia. 2012.

Pereira, E. S. *Teoria da Investigação Criminal – Uma introdução jurídico – científica*. Lisboa : Editora: Almedina, 2010.

Pereira, F. C. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Artigo publicado na revista jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, ano 2, n. 2, janeiro/junho de 2007, pp. 173-186. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/219514842/Artigo-Infiltracao-Criminal-Revista-Do-MP-MT>. Acesso em: 10 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *A investigação do terrorismo internacional e o uso da tortura*. Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_1/A%20investigacao%20do%20terrorismo%20internacional.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_1/A%20investigacao%20do%20terrorismo%20internacional.pdf) 2011 Acesso em: 10 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *As equipes conjuntas de investigação criminal*. Artigo publicado na Revista do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, Ano 3, n. 5, Julho/Dezembro 2008, págs. 219-230.

\_\_\_\_\_. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

\_\_\_\_\_. *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Revista do Ministério Público do estado de Goiás , 13 a 52. Dez./ 2008.

Prado, Geraldo. *A relação entre o Direito Penal e o Processo Penal no projeto do novo Código Penal: considerações gerais*. Texto revisto da palestra proferida na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro em 13 de setembro de 2012, no Seminário Crítico da Reforma Penal, coordenado pelo prof. Dr. Juarez Tavares. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com>. Acesso em: 10 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro*. Texto da palestra proferida em 07 de junho de 2013 no âmbito do Seminário “Interações Direito e Internet”, em São Paulo, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), com apoio da Google Brasil e da Associação dos Juizes Federais (AJUFE). Disponível em: <http://emporiododireito.com.br>, 2013.

\_\_\_\_\_. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons. Monografias Jurídicas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

Rangel, P. *Direito Processual Penal*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris., 2009.

Rosa, A. M. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2014.

Rosa, M. F. E. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva. 7ª Edição, 2005.

Rodrigues, B. S. *Da Prova Penal – Tomo II: Bruscamente. A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2010.

Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de La Teoria Del Delito*. Tradução e notas de Diego Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editora Civitas, ano 1997.

Sampaio, J. S. *O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

Santos, C. J. dos. *Investigação Criminal Especial: Seu Regime no Marco do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013.

Silva, G. M. *Curso de processo penal*. 2.ª Edição. Lisboa: Editora Verbo, 1999.

\_\_\_\_\_. *Crime Organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Leis Penais especiais anotadas*. 8ª Ed. Campinas, SP: Millennium, 2005.

Soares, P. *Meios de obtenção de prova no âmbito das Medias Cautelares e de Polícia*. Coimbra: Editora Almedina. Coleção Investigação Criminal Volume 1, 2014.

Sousa, M. *Crime Organizado e Infiltração Policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Sobrinho, M. S. *O Crime Organizado no Brasil*. In: Scarance F. A.; Almeida, J. R. G. de; Moraes, M. Z. de (coord.) *Crime Organizado; aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 29-64

Toledo, F. A. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

Valente, M. M. G. *Consumo de Drogas*. Lisboa - Portugal: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Direito Policial*. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo - O "Progresso ao Retrocesso"*. Lisboa: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. *Do Ministério Público e da Polícia - Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa - Portugal: Universidade Católica, 2013.

\_\_\_\_\_. *Escutas Telefônicas - Da Excepcionalidade à Vulgaridade*. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. IBCCRIM. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/315-274-Setembro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/315-274-Setembro2015), 2015. Acesso em: 25 set 2017.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal - Tomo I. 3ª Edição*. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. Editorial dossiê "Investigação Preliminar, Meios Ocultos e Novas Tecnologias". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 473-482, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/82> Acesso em 03 de set. 2017.

Zaffaroni, E. R. "*Crime Organizado*": *Uma Categorização Frustrada*. in *Discursos Sediciosos*, Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, ano 1, n.1. 1996

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal. Parte General III*. Buenos Aires: Editora Ediar, 1981

## LEGISLAÇÃO CONSULTADA

Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Código de Processo Penal - Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm#art25](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm#art25) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 13.260, DE 16 de março de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 12.850, DE 2 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 12.830, DE 20 de junho de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 11.343, DE 23 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 10.217, DE 11 de abril de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9883.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 9.296, DE 24 de julho de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 9.034, DE 3 de maio de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto – Portugal - acções encobertas disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis) Acesso em: 18 jul. 2017.

Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto – Portugal - Lei de organização da investigação criminal disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1021&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1021&tabela=leis) Acesso em: 18 jul. 2017.

Resolução nº 59 de 09 de setembro de 2008 – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_59consolidada.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_59consolidada.pdf) Acesso em: 18 jul. 2017.

Resolução n. 217 de 16 de fevereiro de 2016 – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resolucao-n217-16-02-2016-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n217-16-02-2016-presidencia.pdf) Acesso em: 18 jul. 2017.

Enunciados I Fórum Nacional de Juízes Criminais Disponível em: <http://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2017/08/FONAJUC-enunciados.pdf> Acesso em: 26 set. 2017.