

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Alixandre Barroso Vieira

**OS LIMITES LEGAIS DE ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO NO COMBATE
AO CRIME ORGANIZADO**

Belo Horizonte
2017

Alixandre Barroso Vieira

**OS LIMITES LEGAIS DE ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO NO COMBATE
AO CRIME ORGANIZADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Doutor Henrique Viana Pereira.

Coorientador: Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V6571 Vieira, Alixandre Barroso
Os limites legais de atuação do agente infiltrado no combate ao crime organizado / Alixandre Barroso Vieira. Belo Horizonte, 2017.
106 f.

Orientador: Henrique Viana Pereira
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal. 2. Investigação criminal. 3. Crime organizado. 4. Culpabilidade. 5. Criminologia. I. Pereira, Henrique Vieira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.2

Alixandre Barroso Vieira

**OS LIMITES LEGAIS DE ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO NO COMBATE
AO CRIME ORGANIZADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em
Direito Público.

Área de concentração: Direito Penal.

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira- PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Berreza Brandão – PUC Minas (Coorientador)

Prof. Dr. Júlio Cesar Faria Zini – UFMG (Professor convidado)

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 08 de março de 2017.

AGRADECIMENTOS

“Prepara-se o cavalo para o dia da batalha, porém, do Senhor vem à vitória” (Provérbios 21:31).

Agradeço a Deus primeiramente, a quem merece toda honra e toda glória para todo sempre. À Graça, Carlos, Lilyan, Lucas e Júlia pelo apoio e amor incondicional durante toda minha vida. A todos os professores do programa de pós-graduação em direito penal da PUC-MINAS, em especial aos professores Henrique Viana e Cláudio Brandão, por todo conhecimento transmitido.

*“Não precisamos de um Direito Penal melhor,
mas de algo melhor que um direito penal.”
(RADBRUCH, 2004, p. 246).*

RESUMO

O crime organizado vem crescendo e tomando uma proporção nunca antes visto na sociedade brasileira, as organizações criminosas, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Amigos dos Amigos, Terceiro Comando, dentre outras organizações criminosas, vem ampliando seu campo de ação, algumas delas se unindo, demandando várias técnicas de combate pelo poder público. Uma das técnicas de combate a criminalidade organizada, escolhidas pelo legislador brasileiro, que é empregada em diversos países do mundo, consiste na infiltração policial no seio da organização criminosa, com o objetivo de angariar provas sobre autoria e materialidade dos mais diversos crimes, praticados por esta modalidade de criminalidade. Nesta dissertação o estudo se aprofunda, na técnica investigação de combate ao crime organizado prevista na lei 12.850/2013, denominada agente infiltrado. A abordagem aqui realizada, faz a imersão na lei penal sob o crime organizado, e principalmente no equilíbrio, que deve existir na atuação das forças estatais, para combater o crime organizado, por meio da infiltração policial. Buscando sempre, não violar os direitos e garantias fundamentais do investigado, que foram arduamente conquistados ao longo da história da humanidade. A hipótese que norteia este trabalho, é a possível prática de crimes pelo agente infiltrado, para combater a criminalidade organizada. Tal situação é contraditória, pois o poder público estaria, por meio do agente infiltrado, praticando um delito para evitar outro. O presente estudo, busca definir o agente infiltrado, e deste modo, traçar os seus limites no âmbito penal, o que só será possível pelo enfrentamento de diversas teorias jurídico-penais, tais com o garantismo, direito penal do inimigo, direito penal de emergência, criminologia crítica e o estudo do direito comparado.

Palavras-chave: Agente infiltrado. Limites legais. Crime organizado.

ABSTRACT

The organized crime has been growing and taking a proportion never seen before in Brazilian society. Criminal organizations such as the First Command of the Capital, Red Command, Friends of Friends, Third Command, among other criminal organizations, have been expanding their field of action. Some of them come together, demanding various techniques of combat by the public power. One of the techniques of combating organized crime, chosen by the Brazilian legislator, which is used in various countries of the world, consists of police infiltration within the criminal organization, with the purpose of gathering evidence on authorship and materiality of the most various crimes practiced by this type of crime. In this dissertation the study deepens in the technique investigation of combat to the organized crime foreseen in the law 12.850 / 2013, denominated agent infiltrated. The approach adopted here makes the immortality in criminal law under organized crime, and especially in the balance, which must exist in the performance of state forces, to combat organized crime, through police infiltration. Always seeking, do not violate the direct and fundamental guarantees of the investigated, which have been hard earned throughout the history of mankind. The hypothesis that guides this work is the possible practice of crimes by the undercover agent to combat organized crime. This situation is contradictory, because the public power would be, through the agent infiltrated, practicing one offense to avoid another. The present study seeks to define the infiltrated agent and, in this way, to draw its limits in the criminal sphere, which will only be possible by coping with several legal-criminal theories, such as guaranty, criminal law of the enemy, emergency criminal law, Critical criminology and the study of comparative law.

Keywords: Agent infiltrated. Legal limits. Organized crime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2. AGENTE INFILTRADO - CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
3 O CRIME ORGANIZADO E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA	21
4 OS LIMITES LEGAIS DE ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO	27
4.1 Distinções entre agente infiltrado e agente provocador	29
4.2 Questão ética sobre a infiltração policial.....	34
4.3 O princípio da legalidade e a atuação do agente infiltrado	37
4.4 O direito à intimidade e a infiltração policial	39
4.5 Direito de não fazer prova contra si mesmo e a infiltração policial.....	44
4.6 Responsabilidade penal do agente infiltrado	49
4.7 A exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta	53
4.7.1 Culpabilidade	53
4.7.2 Exigibilidade de conduta diversa	55
4.7.3 Causa supra legal de exclusão da culpabilidade	55
4.7.4 A exculpação legal fundamentada na inexigibilidade de conduta	59
4.7.5 Coação moral irresistível	59
4.7.6 Obediência hierárquica	60
4.7.7 Sobre os institutos históricos-dogmáticos da inexigibilidade de conduta diversa.....	61
5 AGENTE INFILTRADO SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA.....	63
6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O AGENTE INFILTRADO	69
7 DA UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA COLHIDO PELO AGENTE INFILTRADO E A SUA UTILIZAÇÃO EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	75
8 Agente Infiltrado no direito comparado	79
8.1.1 Alemanha	79
8.1.2 Espanha	81
8.1.3 Colômbia	86
8.1.4 França	90
8.1.5 Estados Unidos da América	92
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por objetivo analisar a figura do agente infiltrado e a sua limitação legal, no combate a criminalidade organizada no Estado Democrático de Direito. Os órgãos estatais encarregados da *persecutio criminis*, vivem em meio a um dilema, que consiste na busca pela eficiência punitivista e o respeito aos direitos e garantias do investigado. Atualmente, o Estado tem empregado diversas armas no combate a criminalidade organizada de moral questionável, tais como colaboração premiada e a infiltração policial. A colaboração premiada trata-se de uma traição institucionalizada e na infiltração policial, a administração pública insere no grupo criminoso, um policial que faz uso da mentira e da dissimulação para combater o crime organizado. No entanto neste trabalho iremos abordar somente o agente infiltrado e os desdobramentos morais, éticos e jurídicos da utilização desta técnica investigativa pelo Estado de Direito. A infiltração policial é adotada por diversos países de todo mundo, embora seja regulamentada pelo Brasil a poucos anos. A relevância deste trabalho se justifica devido a necessidade de se discutir a utilização do agente infiltrado e suas consequências, para os direitos e garantias dos investigados, frente ao amplo poder punitivo estatal. O Estado não pode eleger os possíveis inimigos, tal como o crime organizado, e combater via técnicas investigativas, sem o devido respeito aos direitos do indivíduo. O agente provocador fará parte deste estudo, será debatido as consequências da sua forma de atuação no combate a criminalidade organizada. Quanto ao agente infiltrado, questiona-se a sua possível praticas de crimes para combater outros delitos da organização criminosa. Desta forma a questão é pode gerar uma contradição normativa, pois o Estado para impor o direito, estaria recorrendo ele próprio, a prática de um ilícito penal.

O policial infiltrado transita por uma zona de tensão entre muito tênue, entre o equilíbrio da missão de combater e reprimir o crime, e a observância rigorosa aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. Infelizmente o direito penal procura atender aos apelos da sociedade de risco, com um expansionismo penal que clama por punição a todo custo, mesmo que em detrimento de direitos dos indivíduo. Nesta diapasão, surge o principal objetivo deste trabalho, procurar balizar a validação jurídico-penal do agente infiltrado, quanto aos seus limites legais de atuação. Desta forma nossa pesquisa transcorrerá sobre a responsabilidade penal do agente infiltrado, inclusive no estudo sobre a excludente de culpabilidade, elencada pela lei 12.850/2013, a inexigibilidade de conduta diversa.

No primeiro capítulo iremos abordar conceitos essenciais para o estudo da infiltração policial e diferenciação entre demais técnicas de investigação, tais como o agente provocador,

seu meio e modo de atuação em comparação com o agente infiltrado. Embora existaprevisão da utilização do agente infiltrado na lei 11.343/2006, esta não será objeto de nosso trabalho, iremos analisar a infiltração policial no tocante à lei 12.850/2013, a lei de Organizações Criminosas.

O crime organizado será abordado no segundo capítulo, de maneira crítica, que envolve uma visão sobre o direito penal de emergência e suas possíveis consequências para a sociedade. A busca pela punição mais eficiente pelos órgãos responsáveis pela persecução penal, também faz parte deste estudo, bem como a necessidade de respeitar os direitos do investigado. Neste capítulo ainda será abordada a responsabilidade criminal do agente infiltrado, pois sua conduta muitas das vezes poderá ser criminosa. A culpabilidade será estudada juntamente com a inexigibilidade de conduta diversa e o tratamento legal da questão pela lei 12.850/2013.

No capítulo quatro o estudo abordará os limites legais de atuação do agente infiltrado no combate ao crime organizado. Nesse sentido serão analisados, a possível violação do direito à intimidade e o princípio da não autoincriminação do investigado. Sabe-se que o policial ao se infiltrar em determinada organização policial, possivelmente irá escutar diversas confissões dos investigados, pois estes acreditam estar falando com um comparsa. O estudo irá tentar responder se provas obtidas pelo agente infiltrado, violam a intimidade do suspeito ou o seu direito à não auto incriminação.

O estudo sobre o agente infiltrado é um tema árduo, em que a maioria da doutrina sobre o tema é estrangeira. Muito embora esse estudo seja apaixonante. O capítulo cinco, o agente infiltrado será estudado sob o enfoque garantista, na tentativa de equilibrar esta técnica de investigação com os direitos dos investigados.

O sexto capítulo desta dissertação, o estudo se volta para o direito penal do inimigo sua ligação tênue com o direito penal e a infiltração policial. O enfoque deste capítulo é alicerçado na criminologia crítica, principalmente no autor Alessandro Baratta.

No sétimo capítulo é feita uma análise sobre a validade dos elementos de prova colhidos pelo agente infiltrado em sua missão, e seus desdobramentos jurídicos. Dada a importância e repercussão da infiltração policial em todo mundo, no oitavo capítulo é feito um estudo comparado do agente infiltrado em diversos países.

2 AGENTE INFILTRADO - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, a primeira legislação a tratar do agente infiltrado foi a lei 9.034, de 3 de maio de 1995, conhecida como a lei do Crime Organizado. Esta legislação foi pioneira sobre o as organizações criminosas no Brasil, se originou do projeto de Lei 3.516, foi apresentado em 1989 pelo então Deputado Federal Michel Temer, hoje presidente do Brasil.

Esta lei foi muito criticada à sua época, pela ausência da tipificação legal de organização criminosa, o que fez com que os estudos se apoiassem, nesta época no crime de quadrilha ou bando do art. 288, o qual foi substituído pela atual associação criminosa do mesmo artigo do Código Penal.

Embora a lei 9.045/ 1995 tenha sido criticada a sua época, ela merece os nossos aplausos por ser a primeira legislação brasileira a inserir a figura do agente infiltrado no ordenamento pátrio. Porém ressalte-se que inicialmente o tema foi tratado no Art. 2, I da lei 9.034/1995, porém a matéria referente a infiltração policial foi vetado pelo Presidente da República. Vejamos o que dispunha o referido inciso vetado e as razões do veto:

Art. 2. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
I – a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade; [...] (BRASIL, LEI 9.034/1995).

Razões do veto:

O inciso I do art. 20 nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independentemente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado.

Essa redação, como se pode observar. Difere da original, fruto dos estudos elaborados por uma subcomissão, presidida pelo Deputado Miro Teixeira, que tinha como relator o Deputado Michel Temer, criada no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, que, de forma mais apropriada, condicionava a infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa à prévia autorização judicial.

Além do mais, deve-se salientar que o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime, préexcluída, no caso, a antijuridicidade, o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código Penal.

Em assim sendo, parece-nos que o inciso I do art. 2º deve merecer o veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 66, § 10 da Constituição Federal, ressaltando, contudo, que este Ministério, posteriormente, encaminhará proposta regulamentando a matéria constante do dispositivo acima mencionado. (CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 02).

O veto ao nosso ver foi acertado, pois a redação do art. 2, I, realmente era lacunosa sobre

o assunto, não previsão de representação do delegado de polícia, ou requerimento por parte do Ministério Público, não se exigia a autorização judicial, não havia necessidade de renovação, nem muito menos prazo para infiltração policial.

A infiltração policial não era tratada como procedimento investigatório mitigador de direitos e garantias do investigado, logo nem mesmo era previsto como meio subsidiário de investigação. A falta de autorização judicial, também era um erro do legislador pátrio, embora no art. 8 do Projeto de Lei n. 3.516/1989, de autoria de Michel Temer, havia a previsão que a infiltração policial deveria se sujeitar a autorização judicial. Vejamos o referido artigo 8:

Art. 8. A infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa, para investigação do crime organizado, será solicitada pela autoridade policial ao juiz competente, que autorizará desde que haja suficientes indícios da prática suficientes indícios da prática ou da tentativa das infrações penais presentes nesta Lei e a providência for absolutamente indispensável à apuração ou à assecuração das provas, dando ciência ao Ministério Público.(CARLOS; FRIEDE, 2014, p.2).

Além da autorização judicial este projeto de lei, condicionava a autorização judicial a indícios suficientes da prática de crimes, previstos na lei de organização criminosa, e deixava claro que a infiltração policial deveria se tratar de medida subsidiária a outros métodos de investigação, além de prever a comunicação da medida ao Ministério Público. Porém este artigo não chegou a ser submetido à aprovação pelo legislativo, sua redação foi outra como vimos, o que provocou seu veto.

Em 11 de abril de 2001, foi criada a Lei n. 10.217, que tinha o escopo de modificar os artigos 1 e 2 da Lei n. 9.035/95 e delinear ainda que timidamente a infiltração policial no Brasil. Os artigos em questão da Lei n. 10.217/2001 tinham a seguinte redação:

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

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.(BRASIL, 2001).

Foi com a Lei n. 10.217/2001 que o direito nacional passou a prever o agente infiltrado, e que este só entraria em ação em caso de autorização judicial para tanto. Também houve a previsão de sigilo, em caso de infiltração policial para não atrapalhar nas investigações policiais e para evitar as consequências desta descoberta, para o agente infiltrado. A lei 11.343/2006 -

atual lei de drogas - também prevê a infiltração policial com método investigativo, porém não vamos adentrar nessa problemática para não fugir de nosso objetivo proposto.

No presente estudo, mostra-se indispensável conceituar o que seria o meio de investigação, chamado agente infiltrado. O legislador pátrio não conceituou agente infiltrado, por essa razão temos que nos socorrer na doutrina, onde existem vários conceitos cunhados a respeito da infiltração policial. Um dos autores que traça um conceito esclarecedor é Flávio Perreira (2013):

O agente disfarçado, infiltrado ou “topo” [em espanhol], na linguagem coloquial, é a figura representada pela pessoa que exerce uma função policial, devidamente treinada para esta atuação das autoridades competentes, e contando com autorização das autoridades competentes, e contando com autorização judicial fundamentada no princípio da proporcionalidade, que, utilizando de uma suposta identidade, consegue se introduzir nas entranhas de uma determinada organização crimina, utilizando as várias técnicas disfarçadas de investigação, inclusive com atos de engano e dissimulação, com a finalidade específica de obter provas, informações e dados do cometimento de delitos graves pelos membros do clã criminoso e por consequência, com o oferecimento das informações necessárias às autoridades, com o objetivo de ajudar na desarticulação da estrutura de macrocriminalidade através de uma sentença condenatória dos delinquentes. (PERREIRA, 2013, p. 327, tradução nossa)¹.

Renato Brasileiro de Lima, leciona que o agente infiltrado é:

Integrante da estrutura dos órgãos policiais, o agente infiltrado (undercover agent) é introduzido dissimuladamente em uma organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípua de identificar fontes de prova ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípua de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação. (LIMA, 2014, p. 557).

Assim, o agente infiltrado é um meio de investigação, que vulnera direitos e garantias fundamentais. A título de exemplo pode ser citado o direito a intimidade e o direito de não fazer provas contra si próprio, traduzido no brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, dentre outros que serão expostos adiante. Exatamente por essa razão, esse meio de investigação deve ser utilizado com cautela e de forma subsidiária, em um Estado Democrático de Direito. Nesse

¹ El agente encubierto, infiltrado o "topo" en lenguaje coloquial, es la figura representada por la persona que ejerce una función policial, debidamente entrenada para esta actuación de las autoridades competentes, y contando con autorización de las autoridades competentes, y contando con autorización judicial fundamentada en el principio de proporcionalidad, utilizando de una identidad supuesta, consigue se introducir en las entrañas de una determinada organización criminal, utilizandolas varias técnicas encubiertas de investigación, incluso con actos de engaño y disimulación, con la finalidad específica de obtener pruebas, informaciones y datos de 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 la estructura de macrocriminalidad a través de una sentencia condenatoria de los delincuentes.

sentido, a própria lei 12.850/ 2013 declara que o uso do agente infiltrado é uma medida excepcional e subsidiária.

A finalidade do agente infiltrado deve ser traduzida no objetivo de colheita de provas a respeito da autoria e materialidade delitiva dos diversos crimes praticados por membros de organizações criminosas.

Nesse ponto, é importante elucidar o conceito legal de organizações criminosas. A lei 12.850/13, em seu artigo 1º, parágrafo primeiro, estabelece o conceito de organização criminosa.

DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.(BRASIL, 2013).

Leciona Denílson Feitoza:

Infiltração é a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles (FEITOZA, 2009. p. 820).

Diversos autores tentam conceituar, o que seria organização criminosa, porém as conceituações se mostram vagas, imprecisas e não abarcam todos os seus significados. Nesse sentido, Zaffaroni (1996) escreveu um artigo com o título de "Crime organizado: uma categorização frustrada", no qual ele descreve toda tentativa de categorização de organização criminosa se mostrará infrutífera, pois a depender dos interesses dos agentes que a qualifica, cada classificação será em corroboração com quem a classifica, seja o enquadramento feito, pelos políticos, pelos juízes, pelos administradores penitenciários, pela polícia e etc. (ZAFFARONI, 1992, p. 45). Nesse sentido esse autor leciona: “Por tudo isso, há um conjunto de atividades e fenômenos econômicos, dentre os quais alguns são incontestavelmente criminais, mas não há uma categoria capaz de abrangê-los no campo criminológico e menos ainda no legal” (ZAFFARONI, 1992, p.55).

Por tudo isso, percebe-se que estas organizações praticam ações criminosas que o Estado

visa a coibir, por meio do direito penal, pois os bens atingidos por esses grupos vão contra a ordem constitucional dos mais diversos meios e modos. A aplicação do *jus puniendi* estatal deve ser pautada na lei. Isso não é novidade, a partir do princípio da legalidade. Muitas vezes, a ação desses grupos criminosos extrapola o território nacional e se valem de meios tecnológicos sofisticados e de contra inteligência. Diante deste cenário, a lei penal, não tem conseguido coibir ações criminosas das mais diversas, por isso é de grande valia o emprego de técnicas avançadas de investigação, desde que presentes os requisitos legais e respeitados os direitos constitucionais dos suspeitos.

30 CRIME ORGANIZADO E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

O crime organizado, não pode ser categorizado. Porém é essencial, uma análise inicial de seus contornos, já queo estudo é sobre o agente infiltrado que atua nas organizações criminosas previstas na lei 12.850/2013.

A nova lei de combate as organizações criminosas, vem na linha de um direito penal expansionista, buscando a eficiência punitiva, com a criação de diversos instrumentos de repressão ao crime organizado. Sabe-se que a criminalidade, atrai um certo fascínio no ser humano, sendo tema de filmes e seriados, porém muitas vezes esse programas desvirtuam a realidade. Assim como ensina Hassemer:

Não só o “criminal”, mas também o “criminoso” fascina. A história da literatura está cheia de crime e castigo, criminalidade e Direito Penal. Os thrillers (ou os telefilmes e filmes) são algo normal e geralmente um bom negócio. “Os meios de comunicação informam quase exclusivamente sobre casos penais, porque assim, satisfazem o interesse de seus leitores, ainda que seja à custa de desfigurar a realidade da Administração da Justiça”. Para a maior parte das pessoas, incluindo os que iniciam os estudos de Direito, “o Direito Penal” é o Direito por excelência. (HASSEMER, 1989. p. 31, tradução nossa)².

Cada vez mais na sociedade é tomada por uma onda de terror, imposto pela mídia. Se prega um direito penal máximo, para a solução de conflitos que poderiam ser resolvidos pelos demais ramos do direito, as ciências criminais devem ser usadas somente como um direito de *ultima ratio*. Nesse sentido leciona Prado “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”. (PRADO, 2007, p. 143).

E assevera Henrique Viana: “A aplicação legítima do Direito Penal exige sua utilização somente em último caso, para intervir minimamente na vida das pessoas. Não se pode tolerar uma inflação legislativa penal, pois conduz a uma ineficácia do sistema”. (PEREIRA, 2014, p. 116).

Infelizmente existem no Brasil diversos jornalistas de programas policiais, formadores de opinião, que têm usado seus programas para exigir do Estado leis mais duras, e até pena de morte, o que acaba manipulando a opinião pública. Deste modo o poder público é pressionado

² No sólo "lo criminal", también el "criminal" fascina. La historia de la literatura está llena de crimen y castigo, criminalidad y Derecho penal". Las novelas policíacas (o los telefilms y películas) son algo normal y generalmente un buen negocio. Los medios de comunicación informan casi exclusivamente de casos penales porque así satisfacen el interés de sus lectores, aunque sea a costa de desfigurar la realidad de la Administración de Justicia ". Para la mayor parte de la gente, incluyendo a quienes inician los estudios de Derecho, "el Derecho penal" es el Derecho por excelência.

a promover a criação de novos tipos penais, o que acaba por criar um descrédito no direito penal. Assim ensina Roxin (2002):

A intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, entende-se que o Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção, se existir possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais. (ROXIN, 2002, p.264).

Uma crítica é cabível aos que defendem um maior rigor na aplicação da pena, é no sentido que, em termos gerais, a gravidade da pena, não provoca coação psicológica no indivíduo que tem a intenção de praticar um injusto. Pode-se dizer que, o que provoca coação psicológica é a certeza ou grande probabilidade de ser sancionado pela lei penal. Nesse sentido ensinava Beccaria (2005):

Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e menos penosa no corpo do réu (BECCARIA, 2005, p. 62).

Segundo Roxin, a teoria da prevenção geral, apresenta defeitos teóricos e práticos, para o ilustre penalista a pena não pode ser usada como forma de terrorismo estatal. Infelizmente na prática, o Estado tem usado do direito penal simbólico, bem como do "terrorismo estatal" com o fim de coibir delitos através da gravidade pena, um exemplo seria a lei de crimes hediondos. Essa prática infeliz do legislador deve ser evitada sob pena de se violar a dignidade da pessoa humana (ROXIN, 1997, p.93).

O crime organizado é tomado pelo Estado, como o inimigo da vez, merecendo uma forte reprimenda penal. Os políticos amparados na sensação de insegurança gerada pela mídia, se utilizam de um discurso punitivista para angariar votos da população. Porém sabe-se, que as teorias justificacionistas da pena não tem realizado as suas funções declaradas; aliás a única teoria da pena que cumprindo a sua finalidade é a teoria retributiva, de impor o mal da pena ao mal do crime de forma cruel e desumana (YAROCHEWSKY, 2004, p. 220).

A criminologia crítica ao abordar esse assunto, revela que a pena tem uma finalidade oculta, qual seja de garantir uma sociedade desigual; esta sim sua real finalidade. O direito penal infelizmente está a serviço dos burgueses. Sabe-se que o direito penal é seletivo, e provoca a

estigmatização em indivíduos excluídos das relações de produção e de baixa renda. Tem ainda a função política de garantir e reproduzir a escalada social vertical como uma das funções da pena, bem como encobrir e imunizar condutas das elites com alto poder econômico (BARATTA, 2004, p.173-175). Nesse sentido, afirma com autoridade Maria Lucia Karam (1991):

Mas, onde a eficácia publicitária do sistema penal se manifesta mais forte e perversamente e em sua atuação sobre as classes subalternas, que, desejando a solução penal, não percebem que são elas próprias as vítimas preferenciais daquela carga de estigma, injustiça e violência; que, levadas a aplaudir a solução extrema da pena de morte oficializada ou extra-oficial, não percebem que estão assinando suas próprias sentenças de morte. Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução, que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, seletiva e desigualmente distribuídos, provocando, ainda, um enorme volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação de liberdade e morte. O sistema penal poderia, facilmente, se enquadrar entre os produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos, cuja publicidade enganosa ou abusiva se pretende proibir, através da paradoxal criação de novos crimes, por uma lei penal, que, assim, contraria a si mesma. (KARAM, 1991, p. 207).

Michel Foucault adverte que estes modelos justificacionistas são falidos, o que já foi constatado pelo Estado, muito embora o Estado ainda insista em justificar e usar a pena com essas finalidades falaciosas (FOUCAULT, 1999. p. 126-127).

Atualmente vive-se em uma sociedade de risco, que cria na população, o sentimento de insegurança, gerado pela violência decorrente das práticas delitivas. O processo de globalização, a sociedade de risco e a exclusão social, contribuem para a formação da sensação de insegurança (SANCHES, 2001).

Com isso, o Estado busca reprimir o crime, através da voraz criação de crimes de perigo abstrato, delitos de acumulação e até intervenção penal para alguns atos meramente preparatórios. Ou seja, o direito penal clássico, que agia *pos factum*, hoje tenta antecipar a punição o quanto antes possível (SANCHES, 2001).

Para fazer frente ao crime organizado o Estado vem hipertrofiando o direito penal, com novas leis que visam combater com maior rigor alguns delitos como o terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de pessoas, o tráfico internacional de drogas entre outros delitos. Essas novas leis são mais rígidas e vulneram direitos e garantias fundamentais dos acusados, tais como o direito de não se autoincriminar, o direito à intimidade, dentre outras. Não foge deste escopo, as palavras de Klaus Günther (2009):

Começou há muito tempo o processo de expansão do direito penal a tal ponto que ele passa a violar os interesses protegidos por lei. Além disso, a luta contra o crime organizado abriu as portas para um enrijecimento drástico do direito penal material e

processual (GÜNTHER, 2009, p.14).

Nesse sentido é a lei que trata do terrorismo, o *Patriotic Act* nos Estados Unidos da América do Norte. Outro exemplo de legislação mais rígida, nesse mesmo sentido, ocorreu na Alemanha em reação a alguns atentados terroristas realizados por Andreas Baader e Ulrike Meinhoff, durante a década 1970. Quando o legislativo alemão editou em 20 de setembro de 1974, que proibia a defesa de mais de um cliente por advogado, e que liberava que a instrução sem advogado.

No ano de 1976, a Alemanha editou a Lei Antiterrorismo, que estabelecia um maior rigor no controle das correspondências dos encarcerados, previa ainda o procedimento do processo de advogados que fossem cúmplices com seus réus bem como a prisão preventiva de suspeitos de condutas terroristas. No ano seguinte, para ser mais preciso em 30 de setembro de 1977, ainda na Alemanha, o legislativo a lei que liberava o isolamento total dos presos suspeitos de terrorismo, pelo período de quinze dias, tudo isso sem a necessidade de autorização judicial. O combate ao terrorismo na Alemanha estava se tornando cada vez mais extremo. Foi quando em 13 de abril de 1978, se promulgou a lei que excluía o defensor e não vedava a detenção de qualquer suspeito (GRECO FILHO, 2014. p. 9-10).

Percebe-se que o direito penal de emergência não é exclusividade do Brasil, e sim um fenômeno global, que merece um cuidado especial sob pena de violação da Constituição Federal. Nesse sentido Oren Gross argumenta:

Tempos de crise representam o maior e mais sério perigo às liberdades e princípios constitucionais. Nesses tempos, a tentação de desprezar liberdades constitucionais está em seu auge, enquanto a efetividade dos tradicionais pesos e contrapesos está em seu ponto mais baixo. Em tempos de crise, é frequentemente discutido que minúcias legais devem ser colocadas em segundo plano, como luxos a serem desfrutados somente em tempos de paz e tranquilidade. No entanto, é precisamente nesses tempos que as salvaguardas constitucionais para a proteção de direitos, liberdades e garantias são postas à prova. Um comprometimento contínuo com a preservação e manutenção de direitos, liberdades e garantias deve ser conciliado com a cautela contra a transformação da constituição em um pacto suicida. (GROSS, 2003, p. 1027-1028, tradução nossa)³.

O poder público mesmo que pressionado pelos meios de comunicação, não pode

³ Times of crisis pose the greatest and most serious danger to constitutional freedoms and principles. In such times, the temptation to disregard constitutional freedoms is at its zenith, while the effectiveness of traditional checks and balances is at its nadir. In times of crisis, it is often argued, legal niceties may be cast aside as luxuries to be enjoyed only in times of peace and tranquility. Yet, it is precisely in such times that constitutional safeguards for the protection of rights, freedoms, and liberties are put to the test. A continued commitment to preserving and maintaining rights, freedoms, and liberties ought to be reconciled with the caution against turning a constitution into a suicide pact.

violardireitos e garantias fundamentais do indivíduo, sob pena de regredirmos a um Estado inquisitivo. Para que o Estado possa fazer frente ao crime organizado, é preciso agir dentro da legalidade, através de meios de investigação eficazes e sempre com um filtro constitucional.

Não é viável, o Estado buscar uma eficiência punitivista a todo custo, pois invariavelmente o “direito penal eficiente” terá efeitos negativos a longo prazo. É preciso entender que, se a sociedade busca um direito penal forte, ela irá pagar um alto preço, pois não existe um direito penal forte de custos nulos. E vários princípios constitucionais conquistados pela sociedade, iram se perder, com exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana (HASSEMER, 2003. p. 66).Princípio este que foi conquistado sob duras penas, como observa Pontes de Miranda, “por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade” (MIRANDA, 1947, p. 238).

Ninguém deseja que a prática de crimes permaneça impune, muito menos que Estado puna os indivíduos com desrespeito as garantias processuais penais e constitucionais. É preciso haver equilíbrio do *jus puniendi* estatal, este é um dos maiores desafios do direito penal hodierno.

4OS LIMITES LEGAIS DE ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

A infiltração policial no Brasil é regulamentada pela lei 12.850/2013, que traz à baila diversos procedimentos a serem adotados em caso de uso dessa técnica de investigação. Cumpre aqui ressaltar que a infiltração policial é um método que mitiga diversos direitos fundamentais do investigado, por essa razão a lei deve ser interpretada em sentido literal, não cabendo analogias com o fim de tornar mais severa ou incriminar o grupo investigado, conforme o princípio da taxatividade. Nesse sentido, Teubner citado por Barrata:

A pena é aplicável somente nos casos de realização de tipos de conduta expressamente previstos pela lei com indicação de seus elementos descritivos e normativos. O princípio da taxatividade exclui a aplicação analógica da lei penal, a qual deveria expressamente proibida pela lei. Isto impõe uma técnica legislativa que permita a maior objetividade no processo de concretização judicial das figuras delitivas, e a limitação das cláusulas gerais e dos elementos típicos normativos por meio do encaminhamento a valorações sociais e normas cuja existência e cujo conteúdo sejam empiricamente comprováveis. (TEUBNER apud BARATTA, 2004, p. 306, tradução nossa)⁴.

A infiltração policial deve atender a diversos requisitos legais, os quais são extraídos da lei 12.850/2013, que visa coibir os delitos praticados pelas organizações criminosas. Cumpre aqui transcrever os dispositivos legais que regulamentam a infiltração policial, afim de analisar pormenorizadamente a matéria.

Seção III

Da Infiltração de Agentes

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

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

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

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

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

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

⁴ La pena es aplicable sólo en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley penal, la cual debería ser expresamente prohibida por la ley. Esto impone una técnica legislativa que permita la mayor objetividad en el proceso de concretización judicial de las figuras delictivas, y la limitación de las cláusulas generales y de los elementos típicos normativos por medio de envíos a valoraciones sociales y normas cuya existencia y cuyo contenido sean empíricamente comprobables.

atividade de infiltração.(BRASIL, 2013).

Primeiramente cumpre destacar que a investigação criminal nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, é atribuição das polícias judiciárias. Logo o uso da infiltração policial deve ficar a cargo destas forças. O artigo 10 da lei 12.850/2013 traz expressamente que a atuação de "agentes de polícia", o que deve ser entendido restritivamente. A lei 9.034/1995 que tratava do assunto anteriormente, elencava entre os autorizados a fazer a infiltração policial, os "agentes de polícia ou de inteligência" porém a citada lei foi revogada, não sendo mais permitida a atuação de agentes da ABIN. Deste modo deve-se excluir a atuação de agentes da ABIN, policiais militares, agentes da receita federal dentre outros não abrangidos pela nova lei.

Como decorrência lógica do que foi dito acima, qualquer infiltração policial, que não esteja a cargo das polícias judiciárias, ou que faça uso da participação de um agente infiltrado não pertencente a polícia judiciária, terá como consequência o não aproveitamento do material probatório colhido, pois o mesmo estará eivado de nulidade e contaminará as provas derivadas, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Embora a lei, não venha a tratar do assunto, é clarividente, que o policial a ser infiltrado deve passar por um treinamento específico, para realizar seu trabalho da melhor forma possível, obedecendo aos limites legais de atuação do agente infiltrado. Esse treinamento deve ser psicológico e físico. Cabe ainda lembrar que a seleção do agente infiltrado deve atender esses mesmos requisitos de ordem física e psicológica. O agente a ser escolhido, deve ser selecionado com base em suas características físicas em alguns casos; pois em uma organização criminosa formada somente por negros, melhor que o agente a se infiltrar, também seja negro.

O agente que passar por uma seleção criteriosa, terá maior chance de sucesso em sua missão. Missão esta que poderá custar a vida do policial infiltrado, caso os membros do grupo criminoso decubram a sua real identidade. Ainda quanto a seleção do agente, a polícia judiciária deve selecionar preferencialmente o policial que não tenha membros familiares e seja solteiro, caso isso seja possível. Melhor dizendo, se o agente infiltrado for órfão e não tiver irmãos ou cônjuge, acredita-se que ele estará menos vulnerável aos ataques do crime organizado, do que um agente infiltrado que possua genitores, muitos irmãos e cônjuge. Desta forma, o infiltrado poderá atuar de maneira mais eficaz, pois não irá temer que algum mal aconteça com os seus membros familiares. Se as forças policiais obedecerem a esses requisitos, a chance de lograrem êxito em sua empreitada será maior.

O agente infiltrado deve ser um voluntário, e caso se negue a se infiltrar em determinada organização criminosa, não poderá ser aberto procedimento administrativo com o fim de

sancioná-lo. Logicamente, entende-se que o policial deverá se justificar de maneira fundamentada e demonstrar seus motivos plausíveis de sua negativa; não cabe por exemplo sua negativa por desídia. O legislador percebeu que a infiltração policial traz altos riscos a vida do policial, que superam a rotina de trabalhos normais, por isso instituiu alguns direitos ao agente infiltrado no artigo 14 da lei 12.850/2013.

Dentre os direitos do agente infiltrado, estão o direito de mudar o seu nome e o de sua família, respeitados os limites legais do art. 9º da Lei nº 9.807/1999, bem como usufruir das medidas legais de proteção às testemunhas. Tem ainda, direito de seus dados preservados tais como, nome, voz e qualquer tipo de informação de caráter pessoal, durante toda a *persecutio criminis*. Também não pode ser filmado ou fotografado pelos meios de comunicação sem sua autorização por escrito e nem muito menos ter sua identidade revelada. Todas essas medidas visam garantir o mínimo de segurança ao agente infiltrado.

4.1 Distinções entre agente infiltrado e agente provocador

O agente provocador é quem induz outrem a prática delitiva, tomando todos os cuidados necessários para que o resultado não seja alcançado. Zaffaroni discorrendo sobre o assunto leciona: “del sujeto que incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de detenerlo y darlo a la justicia, cuando ya hubiese entrado en la zona de lo punible (tentativa).” (ZAFFARONI, 2000, p. 764). Nesse caso a doutrina aponta que essa forma de prova não poderá ser válida, pois a vontade do autor estará viciada. Melhor esclarece o Tribunal Supremo Espanhol que o agente provocador: “incita a cometer uma infração quem não tinha originariamente tal propósito, originando assim o nascimento da vontade criminosa num caso concreto, delito que de não ser provocação se não haveria produzido” (MONTEROS, 2010, p. 100).

Acerca do agente provocador, Isaac Sabbá Guimarães, afirma que essa técnica investigativa, não se coaduna com os princípios democráticos:

Apesar de nosso CPP não adotar um regime de proibição de provas, como vemos nos sistemas processuais penais alemão e português, entendemos que a figura do agente provocador viola, claramente, os princípios democrático e da lealdade, que devem guiar a persecução criminal. Além de que tal prática, já arraigada no meio policial, contrapõe-se à zona de consenso em que se encontram os elementos ético-jurídicos de uma sociedade, como a nossa, eminentemente democrática, e que, em última análise, tem arrimo ontológico no princípio da dignidade da pessoa humana (GUIMARÃES, 2002, p. 200).

O policial, ao atuar como agente provocador, pratica uma ilegalidade, ao estimular o

agente que venha a cometer determinado delito, para que logo após venha a efetuar sua prisão. Nesse sentido, a posição de Melía e Barbosa:

No que diz respeito ao agente provocador, este é considerado como um autêntico indutor, quem deseja a consumação do delito, adota as medidas de precaução oportunas para possibilitar o processamento dos criminosos. A doutrina não pacificou o momento de determinar os limites de sua responsabilidade criminal, interessante destacar que as teses que excluem tal incriminação consideram que a conduta do agente provocador falta o dolo na consumação do delito, como elemento que exige a indução. Não obstante, existe uma tendência internacional liderada pela jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol e o Tribunal de Direitos Humanos que considera possível a sanção das condutas desenvolvidas pelo agente provocador. (MELIÁ; BARBOSA. 2008, p. 91, tradução nossa)⁵.

Ou seja, o agente provocador não é admitido pelo direito pátrio, e por muitas legislações alienígenas, como se verá no estudo comparado feito abaixo. O agente provocador, ao fomentar um comportamento criminoso, viola por exemplo o direito fundamental de não se auto incriminar e a intimidade, pois estes direitos ficam comprometidos pelo engano provocado pelo agente provocador.

Os casos de participação delitiva, bem como nos casos em que o agente provocador atua, devem ser diferenciados embora sejam semelhantes. O instigador tem sua conduta ligada ao autor por se tratar de partícipe. Já o agente provocador, tem sua conduta independente do sujeito provocado. Melhor dizendo não existe liame subjetivo entre agente provocador e o sujeito provocado, logo não existe concurso de agentes. Em resumo, o agente provocador não que o resultado do delito, mas sim a prisão. Nesse sentido René Ariel Dotti, também ensina que o agente provocador não pode ser considerado partícipe por ausência de requisitos legais do concurso de pessoa (DOTTI, 2004, p. 257). Feita esta distinção entre o agente provocador e o instigador, passemos a analisar o agente infiltrado.

O agente infiltrado não deve instigar, induzir ou auxiliar outrem a prática de crimes; pois se assim age, para que possa efetuar a prisão do suspeito essa prisão não será válida, por se tratar de crime impossível. O policial infiltrado deve atuar no seio da organização criminosa, com a finalidade de produzir provas contra esta. Sua atuação deve ser semelhante ao flagrante esperado, e não ao flagrante preparado. A prática de crimes pelo agente infiltrado só não devem

⁵ Em lo que respecta al agente provocador, éste es considerado como um autentico inductor, quien si querer la consumación del delito, adopta las medidas de precaución oportunas para possibilitar el procesamiento de los criminales. La doctrina no há pacifica al momento de determinar los limites de su responsabilidade criminal, valga destacar que las tesis que excluyen tal incriminación consideram que la conducta del agente provocador falta el dolo em la consumación del delito, como elemento que exige la inducción. No obstante, existe uma tendencia internacional liderada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y el Tribunal de Derechos Humanos que considera posible la sanción de las condutas desarrolladas por el agente provocador.

merecer a reprimenda penal, se amparadas juridicamente em causas excludentes da licitude, culpabilidade ou forem atípicas. Deste modo fica claro, que a atuação do agente infiltrado deve estar em conformidade com a lei penal, qualquer atuação marginal deve ser aferida pelo judiciário.

Uma questão pouco debatida pela doutrina é a respeito da responsabilidade penal do agente provocador. O agente provocador ao provocar a conduta criminosa de terceiro, para prendê-lo em flagrante pratica crime impossível, em outras palavras, mas no mesmo sentido; trata-se de uma tentativa inidônea por absoluta impropriedade do objeto. Para a doutrina majoritária no Brasil, o agente provocador, ao provocar um comportamento criminoso no suspeito, cria um delito de ensaio ou delito putativo, logo a conduta do suspeito, não será punível.

Apesar da semelhança do agente provocador com o agente infiltrado, deve ficar bem claro, a diferenciação. O agente infiltrado é um policial que atua no dentro da organização criminosa, coletando provas dos crimes cometidos pelos seus integrantes e não induz os seus membros a cometer delitos. Já o agente provocador, pode ser integrante ou não das forças policiais, que induz a outrem a praticar um injusto penal, para logo em seguida efetuar sua prisão em flagrante delito. Para uma melhor elucidação do tema, Carlos Enrique ensina:

Enquanto o agente provocador é quem instiga o outro a cometer um determinado delito, o agente disfarçado é quem se infiltra em uma organização para obter informação, não instigando o cometimento de nenhum tipo de delito. No primeiro caso, há uma atitude ativa por parte do causador que incita a cometer o delito, enquanto que, no decurso do agente disfarçado, sua postura é passiva, recepcionando informação. Aqui reside precisamente a fronteira que separa o emprego de uma técnica investigativa eficaz, com o agente disfarçado, da utilização por parte do Estado de meios delitivos, como a instigação a cometer um delito, para a posterior detenção do instigado. (EDWARDS, 1996. p. 57, tradução nossa)⁶.

Logo fica claro, que não se pode induzir alguém a praticar crimes e em seguida efetuar sua prisão. O agente infiltrado, pode até a vir a participar de algum crime que a organização criminosa venha a praticar, desde que amparado em alguma excludente, porém ele não pode ser o autor intelectual da empreitada criminosa e muito menos influenciar na consciência e vontade de outrem, pois se assim age torna-se um agente provocador. Isabel Oneto corrobora esse

⁶ Mientras el agente provocador es quien instiga a outro a cometer un determinado delito, el agente encubierto es quien se infiltra en una organización para obtener información, no instigando a la comisión de ningún tipo de delito. En el primer caso, hay una actitud activa por parte del provocador que incita a cometer el delito; mientras que en el supuesto del agente encubierto, su postura es pasiva, recepcionando información. Aquí radica justamente el límite que separa el empleo de una técnica investigativa eficaz, como el agente encubierto, de la utilización por parte del Estado de medios delictivos, como la instigación a cometer un delito, para la posterior detención del instigado.

entendimento: “a actuação de um agente encoberto ultrapassa os limites do admissível quando alguém está de tal forma em seu poder que não pode deixar de se vergar à sua vontade” (ONETO, 2005, p. 98).

Caso o agente infiltrado atue como agente provocador, esta conduta o que irá dar causa a chamada tentativa inidônea, decorrente do flagrante forjado. Assim lecionava Nelson Hungria sobre o flagrante preparado: “quando alguém insidiosamente provoca outrem à prática de um crime e, simultaneamente, toma as providências necessárias para surpreendê-lo na flagrância da execução, que fica, assim, impossibilitada ou frustra” (HUNGRIA, 1955. p.103).

Nesse sentido foi formulada a súmula 145 do Supremo Tribunal de Federal: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Também são estas as lições de Roberto Delmanto:

A consumação do delito é impossível, tendo-se em vista o fato de não restar ameaçado ou efetivamente ofendido qualquer bem juridicamente tutelado, sem prejuízo de se questionar também o dolo, posto que a vontade do aludido infrator, ou seja, o elemento subjetivo de sua conduta, foi desvirtuada (DELMANTO, 2001, p.111).

Existem doutrinadores estrangeiros que conceituam o agente infiltrado, como uma espécie de agente provocador. No Brasil esse conceito amplo, não se compatibiliza com o entendimento jurisprudencial, conforme acima exposto. Deve-se ainda ter em mente que caso o agente infiltrado atue como agente provocador, a conduta do investigado será atípica, pois nestes casos o agente infiltrado irá adotar medidas eficazes para evitar o resultado do crime almejado pelo investigado. Por esta razão a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal deverá ser aplicada.

Ainda sobre a diferenciação, entre o agente infiltrado e o agente provocador, Isaac Sabbá Guimarães aduz:

Também incluída no lato conceito de Vertrauens-Manner (homens de confiança) da doutrina alemã, a figura do agente infiltrado, tal como o agente provocador, terá por precípua objetivo desvendar a existência da organização criminosa, fazendo que caia nas instâncias formais de controle da criminalidade. Mas já aqui afloram importantes características que tornam o agente infiltrado distinto do agente provocador e que, se por um lado o remete para um procedimento cauteloso e que demanda maior tempo em diligências segredosas, por outro seus métodos deverão evitar a ilegítima indução ao crime. Por outras palavras, o agente infiltrado distingue-se essencialmente do agente provocador na escolha de métodos para a descoberta do crime e de seus autores [...] Quer dizer, o agente infiltrado, que mantém sua verdadeira identidade encoberta ao passo que adota uma falsa para ganhar a confiança do criminoso ou criminosos, passa a conviver no meio criminoso, inclusive fazendo parte dos planos e ações criminosas, mas não induz quem quer que seja ao crime. Não dá causa ao crime e nem determina uma conduta criminosa (GUIMARÃES, 2002, p. 203).

A conduta do agente provocador viola diversos direitos do investigado, o que provoca diversas críticas de doutrinadores, como veremos abaixo, a utilização dessa técnica investigativa. Não é exagero dizer que a conduta do agente provocador, se reveste de imoralidade e ofende a Constituição Federal. Em um Estado democrático de direito, uma garantia mínima que todo o povo espera ter assegurada, é ter seus direitos fundamentais, principalmente se o indivíduo passa a ser um investigado pelo suposto cometimento de um injusto penal. Edgar Saavedra Rojas assevera que:

Dentro de tais parâmetros normativos e valorativos, é necessário definir que a ação repressiva do Estado deve se exercer sempre respeitando a dignidade do homem, os direitos fundamentais do cidadão e sempre dentro dos mais estritos marcos constitucionais e leis. É claro concluir que dentro deste espaço constitucional não poderíamos imaginar ao Estado reprimindo através do agente provocador, quer dizer, incitando os cidadãos para que cometam delitos e então se deixem induzir na delinquência, para, dessa maneira, poder condenar determinados cidadãos. Por fim, não podemos conceber esse Estado repressor sem que atue dentro dos mais estritos limites constitucionais e legais, porque não se pode imaginar pior forma de terror do que o terrorismo do Estado. (ROJAS, 2003, p. 407, tradução nossa)⁷.

Sabe-se que o direito penal apresenta um discurso penal oficial, segundo qual, o direito penal deve tutelar bens jurídicos de maior relevância, para a sociedade. Esses bens, segundo tal discurso, são selecionados por razões de política criminal, dentre os mais relevantes para o cidadão no convívio em sociedade. (SANTOS, 2014, p.5).

Por outro lado o *jus puniend* não deve ser valer de instrumentos ilegítimos, para punir o suposto delinquente, ou transpormos o princípio da legalidade e aceitar buscar a eficiência punitivista a todo custo. Nesse ponto afirma Luis Greco:

A questão não é se obedecemos a regras, e sim a que regras obedecemos: às regras do Estado de direito, que conhece limites absolutos no trato com seres humanos, ou às regras do bando de ladrões, que pode esquivar-se sem maiores preocupações com tais obstáculos. O Estado de direito tem de resistir, inclusive e principalmente face ao pior. Como afirma ROXIN: “a sua superioridade moral em relação ao delinquente consiste no fato de que o Estado não se vale dos mesmos métodos que ele”. (GRECO, 2009, p. 33).

⁷ Dentro de tales parámetros normativos y valorativos, es necesario precisar la acción represiva del Estado debe ejercerse siempre respetando la dignidad del hombre, los derechos fundamentales del ciudadano y siempre dentro de los más estrictos marcos constitucionales y legales. Es claro concluir que dentro de este espacio constitucional no podríamos imaginar al Estado reprimiendo a través del agente provocador, es decidir incitando a los ciudadanos para que cometan delitos y una vez se dejen inducir en la delincuencia, para de esa manera poder condenar a determinados ciudadanos. En fin, no podemos concebir a ese Estado represor sino actuando dentro de los más estrictos límites constitucionales y legales, porque no puede imaginarse peor forma de terror que el terrorismo de Estado.

Coaduna com esse entendimento Luis Felipe Ruiz Antón:

Certamente, do ponto de vista penal, o provocado atua como consequência da prévia intervenção do agente provocante, e nesse sentido, considera-se que a resolução de sua vontade não é por completo espontânea. Não é este o ponto essencial: a atenção se volta também para o fato de que constitucionalmente não é permitido valer-se de procedimentos ilegítimos para efetivar as leis. (RUIZ ANTON, 1982, p. 120, tradução nossa)⁸.

Complementa Edgar Saavedra Rojas:

Esta estrutura política supõe que no exercício da soberania interna, o Estado deve preservar a ordem pública para criar condições mínimas de convivência social, e dentro de tais objetivos, deve fazer uso do *ius puniendi*, faculdade constitucional sempre limitada, porque sempre estará diante da cerca intransitável da dignidade do ser humano. (ROJAS, 2003, p. 405, tradução nossa)⁹.

O Estado não deve buscar punir infratores a todo custo, utilizando técnicas de investigação que não passam pelo filtro constitucional. A atuação do agente provocador infringe o princípio ético, pelo qual o Estado não deve fomentar a prática de crimes a pretexto de punir os infratores. Isso não deve ser admitido, nem mesmo em situações excepcionais.

4.2 Questão ética sobre a infiltração policial

Deve-se debater aqui, se a infiltração policial afronta princípios éticos e até que ponto é aceitável que o Estado, na busca pela eficiência punitivista se valha destes meios investigativos, no combate à criminalidade organizada. Poderia o Estado praticar um delito com o fim de evitar outro?

O Estado, ao se utilizar da infiltração policial para coibir crimes, no seio das organizações criminosas, enfrenta um dilema ético muito grande. Melhor dizendo, o Estado se vale de meios imorais, como a mentira, traição, dissimulação e até mesmo a prática de crimes, por um agente estatal, com o fim de extinguir uma organização criminosa.

⁸ Ciertamente que desde el punto de vista penal el provocado actúa como consecuencia de la previa intervención del agente provocador, y en este sentido se considera que la resolución de su voluntad no es por completo espontánea. Pero no es este el punto esencial: la atención se pone además en que constitucionalmente no está permitido valerse de procedimientos ilegítimos para hacer efectivas las leyes.

⁹ Esta estructura política supone que en el ejercicio de la soberanía interna el Estado, debe preservar el orden público para crear las condiciones mínimas de convivencia social, y dentro de tales objetivos debe hacer uso del *ius puniendi*, facultad constitucional siempre limitada, porque siempre estará la valla infranqueable de la dignidad de ser hombre.

O agente infiltrado poderá, muitas das vezes, colaborar na prática de crimes, para ser aceito na organização criminosa, para cumprir uma tarefa ou para preservar a sua real identidade, dentre outros exemplos. Mariângela Lopes Neisten assevera que:

A utilização do agente infiltrado evidencia que o Estado se vale de um meio imoral na repressão de crimes graves, tais como o tráfico de drogas e o crime organizado, já que o agente infiltrado utiliza-se da mentira e da traição para operar meios de descoberta de indícios desses delitos. Inclusive, o próprio agente infiltrado pode vir a cometer delitos no desempenho de sua função, a fim de ganhar a confiança dos criminosos. Isso significa que o Estado, por meio do agente infiltrado, estaria cometendo um delito. Seria uma forma de combater um crime com outro crime, colocando-se no mesmo nível dos delinquentes. (NEISTEN. 2006, p. 74).

Corroborando esse entendimento, Alberto Silva Franco leciona:

[...] o agente infiltrado se vê, não raro, na contingência de praticar fatos também criminosos e quase sempre ações de duvidosa eticidade. É de indagar, se, em nome da eficiência do sistema punitivo, guarda legitimidade o juízo criminal que se apoia na atuação de agente infiltrado, ou melhor, se, em nome dessa mesma eficiência, deva reconhecer-se, como racional e justo, que, próprio Estado em vez de exercer a função de prevenção, pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso. (FRANCO, 2001. p. 583).

Escrevendo sobre este dilema ético Rafael Pacheco também afirma:

[...] é o cíclico retorno do dilema ético, da velha discussão sobre meios e fins, na qual o Estado, neste caso, ao fazer uso da infiltração policial sob a égide de elucidar e evitar crimes, ainda que não deseje, se arrisque a praticá-los. (PACHECO, 2007. p. 109-110).

Assim é impetrante ter em mente, que o princípio da moralidade deve servir de baliza para a atuação estatal, essa regra é estampada na Constituição Federal, *caput* do artigo 37. Em conformidade com esse princípio, é clarividente que a atuação da Administração e seus agentes devem ocorrer em conformidade de princípios éticos. Nesse sentido são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio da moralidade:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. (MELLO, 2011. p. 119).

Nesse sentido ensinava Habermas: “uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral” (HABERMAS, 1997. p. 140-141). Antonio

Magalhães Gomes Filho também assevera:

Trata-se, como se sabe, de procedimento cuja legitimidade ética e jurídica é cada vez mais contestada em sociedades mais avançadas, como a alemã e a norte-americana, pois é incompatível com a reputação e a dignidade da Justiça Penal que seus agentes se prestem a envolver-se com as mesmas práticas delituosas que se propõem a combater; e mesmo as eventuais provas resultantes dessas operações terão sido conseguidas através de instigação, simulação ou outros meios enganosos, e portanto de duvidosa validade. De outro lado, não constitui heresia supor que, entre nós, sobretudo pela notória má remuneração atribuída aos agentes policiais, tais expedientes encerrariam um sério risco de atraírem para a criminalidade pessoas que, por sua ligação com as estruturas oficiais, teriam excepcionais condições para se integrarem às mesmas associações criminosas, incrementando suas atividades ilegais. (GOMES FILHO, 1994, p. 5).

Atualmente o Estado ao se valer da infiltração policial, o faz com medida extrema, conforme artigo 10, § 2 da lei 12.850/2013. Também é sabido que as organizações criminosas, tem evoluído de maneira vertiginosa na pratica de crimes dos mais diversos inclusive se valendo dos novos meios tecnológicos. Silva Sanches corrobora esse entendimento:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto de primeiro grau), à adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; além disso, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade associada aos meios informáticos e à Internet (a chamada “ciberdelinquência”) é, seguramente, o melhor exemplo de tal evolução. Nesta medida, é inegável por demais a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam a nível internacional e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados). (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 28, tradução nossa)¹⁰.

Logo, o Estado não pode inutilizar essa técnica de investigação, pois o crime organizado tem alcançado dimensões antes não imaginadas, e utilizado todos os meios e recursos possíveis e imagináveis. O agente infiltrado é uma medida investigativa de maior eficácia no combate ao crime organizado, na busca de provas e identificação de autoria dos delitos praticados por estes grupos criminais, logo não se pode abrir mão desta técnica investigativa. (MELIÁ; BARBOSA, 2008. p.90).

Nesses casos o combate convencional a criminalidade, não seria eficiente. A infiltração

¹⁰ El progreso técnico da lugar, en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional (la cometida con dolo directo de primer grado), a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permite producir resultados especialmente lesivos; asimismo, surgen modalidades delitivas dolosas de nuevo cuño que se proyectan sobre los espacios abiertos por la tecnología. La criminalidad asociada a los medios informáticos y a Internet (la llamada «ciberdelincuencia») es, seguramente, el mejor ejemplo de tal evolución. En esta medida, es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados).

policial seria uma “arma” nas mãos do Estado, porém ela só pode ser utilizada, depois de passada pelos filtros da legalidade e proporcionalidade. Sabe-se também que não existe direito absoluto; ou seja, até mesmo o direito a vida pode ser mitigado em situações excepcionais, em que o agente esteja amparado por uma excludente de ilicitude, como por exemplo a legítima defesa. Logo embora a infiltração policial, seja um método investigativo que mitiga diversos direitos do investigado, e coloque o Estado em um dilema ético, esse meio pode ser utilizado, se amplamente amparado pela legalidade da medida e de maneira excepcional. Em resumo, o Estado pode usar da infiltração policial, mas sempre como mecanismo adequado a um direito *deultima ratio*, desde que os direitos dos investigados sejam assegurados em sua integralidade.

4.3 O princípio da legalidade e a atuação do agente infiltrado

O princípio da legalidade é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, ou melhor dizendo, é o princípio cerne de todo ordenamento jurídico, principalmente em matéria penal. Leciona nesse sentido Nilo Batista:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, coopreendida não apenas na acepção da previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica que lhe postula Zaffaroni. Além de assegurar o prévio conhecimento dos crime e penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção distinta daquela prevista na lei. (BATISTA, 2007, p. 67).

Assim como afirma Brandão o princípio da legalidade é um princípio de princípios, que tem como escopo o sistema de justiça penal. (BRANDÃO, 2002, p. 2). Ou seja, o princípio da legalidade penal é o limitador da fúria punitivista estatal. Devido a sua importância no ordenamento jurídico, Nelson Hungria descreveu o princípio da legalidade como o “imprescindível baluarte da liberdade individual” (HUNGRIA, 1980, p.23). Este princípio comporta diversos desdobramentos, como a proibição de leis penais indeterminadas; a proibição de leis penais retroativas em *malam partem*; a vedação do agravamento da punibilidade pelos costumes e a proibição de analogias em desfavor do réu. (TOLEDO, 2008, p.22).

Estas proibições acima elencadas se dirigem tanto ao juiz como ao legislador. Desta forma o legislador deve redigir a lei de forma clara, precisa, objetiva, (*nullum crimen sine lege certa*) e estabelecer a irretroatividade da lei penal (*nullum crimen sine lege praevia*). Do juiz, o princípio da legalidade exige a fundamentação de suas decisões somente no direito positivado

e não no direito consuetudinário, (*nullum crimen sine lege scripta*), e que a lei escrita, não seja ampliada em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*). (HASSEMER, 2005, p.35).

O princípio da legalidade, atualmente está positivado na Constituição Federal no artigo 5, inciso XXXIX, e também no artigo 1 do Código Penal Brasileiro, devendo ser entendido a luz de um direito penal constitucional, dando primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois segundo Roxin, este princípio não deve somente proteger o indivíduo por meio do Direito Penal, mas também protegê-lo do próprio Direito Penal. (ROXIN, 1997, p.137). Parafraseando Cláudio Brandão, os sistemas baseados no princípio da legalidade tem por característica, a limitação do poder punitivo estatal, contra violações aos direitos e garantias dos indivíduos. (BRANDÃO, 2016, p.33).

Com relação a atuação do agente infiltrado e seu uso no combate ao crime organizado pelo Estado, o princípio da legalidade deve iluminar estas ações estatais. O uso da infiltração policial é uma forma de mitigar direitos e garantias fundamentais dos investigados, desta forma fica claro que o princípio da legalidade, deve ser sempre observado pelo magistrado que decreta a infiltração policial e fundamenta e sua decisão. Este princípio deve nortear também o agente infiltrado em sua missão bem como ao legislador, pois o poder punitivo Estatal, deve encontrar limites previamente estabelecidos na lei penal. No mesmo sentido Flávio Perreira Cardoso:

Sobre esta questão, a verdade é que, admitindo que a infiltração policial afeta direitos fundamentais, deve-se estabelecer as condições e os requisitos sob os quais resulta admissível tal restrição, e por uma questão lógica, a primeira delas não é outra senão a habilitação legal da medida. [...] Correponde o preceito constitucional da legalidade ao fato de que este meio extraordinário de investigação encontre previsão explícita e circunstanciada no ordenamento jurídico. Por esta razão, o princípio da legalidade como pressuposto formal do princípio da proporcionalidade constitui o principal requisito que deve cumprir toda atuação limitativa de direitos fundamentais. (PERREIRA, 2013, p.401-402, tradução nossa)¹¹.

O princípio da legalidade exige que a infiltração policial tenha um prazo previamente estabelecido pela lei penal, bem como a duração total da infiltração policial e eventuais prorrogações da medida subsidiária. Porém o artigo 10, § 3, da Lei 12.850 de 2013, prevê somente que a infiltração policial será autorizada por seis meses, podendo ser renovada desde que comprovada sua necessidade. Para uma medida tão gravosa como a infiltração policial,

¹¹ Sobre esta cuestión, la verdad es que admitido que la infiltración policial afecta a derechos fundamentales hay que precisar las condiciones y los requisitos bajos los cuales resulta admisible tal restricción, y como es lógico, la primera de ellas no es otra que la habilitación legal de la medida. [...] Corresponde el precepto constitucional de la legalidad al hecho de que este medio extraordinario de investigación encuentre previsión explícita y circunstanciada en el ordenamiento jurídico. Por esta razón, el principio de legalidad como presupuesto formal del principio de proporcionalidad constituye el principal requisito que ha de cumplir toda actuación limitativa de derechos fundamentales.

deveria haver um número fixo de possíveis renovações das infiltrações policiais, em obediência ao princípio da legalidade. Outro ponto é que a lei de organizações criminosas não prevê, qual é o início da contagem do prazo de seis meses. Desta forma, entendemos que o princípio da legalidade está sendo mitigado pelo Estado. No mesmo sentido Marllon Sousa:

A primeira consideração que se põe é que o legislador pecou em não determinar o momento inicial da contagem do prazo de seis meses. No guia do FBI, há a orientação para que a medida de infiltração policial seja realizada no prazo de seis meses a contar da data em que for concedida a autorização para a execução da medida e não da efetiva infiltração (SOUSA, 2015, p.87).

Logo o legislador pátrio deve se atentar a esta omissão legislativa, e sana-la a fim de evitar qualquer mitigação ao princípio da legalidade. Até que isso seja feito, a interpretação da lei deve beneficiar o réu, ou seja, deve ser *pro libertatis* e nunca *pro punishmentis*.

A legalidade está na base de todo o Estado democrático de direito, e sua obediência tem influência direta na atuação do agente infiltrado e na utilização desta técnica investigativa pelo Estado. A medida extrema da infiltração policial coloca em evidência uma enorme tensão existente no direito penal, pois ao mesmo tempo em que o Estado se utiliza de um meio investigativo extremamente gravoso aos direitos do suspeito, com o intuito para aferir a autoria e materialidade delitiva de crimes graves, deve também preservar o indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos, e que na verdade, condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. No entanto, princípio da legalidade resolve esta tensão existente entre a infiltração policial e o respeito aos direitos e garantias do investigado. Tensão esta que também pode ser sintetizada como o direito de punir do Estado, e o respeito aos direitos individuais do sujeito.

Por meio do princípio da legalidade, o direito penal coloca em seu centro a pessoa humana, protegendo de agressões aos seus bens jurídicos pessoais por parte do Estado sem o crivo da legalidade. (BRANDÃO, 2002, p.164). Em resumo, só serão toleradas infiltrações policiais, que respeitem os direitos e garantias do investigado, bem como os direitos do agente infiltrado e que tenham passado pelo filtro do princípio da legalidade.

4.4 O direito à intimidade e a infiltração policial

O direito a intimidade é consagrado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, X, e por se tratar de uma garantia fundamental, também não pode ser suprimido, a não ser pelo poder

constituente originário. Pois como se sabe o poder constituinte originário é o que estabelece a Constituição de um novo Estado, e tem como características, ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. Canotilho resume essas características:

O poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer poder. É um poder autônomo: a ele só compete decidir se, como e quando, deve “dar-se” uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou fundo (CANOTILHO, 1993, p.94).

O direito a intimidade está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, dada a importância e magnitude deste último. Ademais, a consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento e objetivo do Estado brasileiro, demonstra que sobre ele se edifica a nação brasileira. Logo, é de concluir, que todos os ramos do direito são permeados pelo princípio da dignidade humana. Desta forma, a persecução penal deve ter um escopo constitucional, sob pena de ferir direitos e garantias fundamentais, e ocasionar a atipicidade constitucional. Assim leciona Ada Pellegrini Grinover:

No caso de atipicidade constitucional, descumprida a observância do tipo imposto pela Constituição, a estatuição de invalidade há de ser buscada na própria Constituição ou no ordenamento como um todo. E quando se tratar de descumprimento de princípio ou norma constitucional com relevância processual, a sanção provirá da própria constituição ou do ordenamento processual. Assim com exemplo (...) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição não estabeleceu a sanção de ineficácia para as provas admitidas em desconformidade com o art.5, LVI da CF. A sanção deve ser buscada na lei ordinária e nos princípios gerais do ordenamento. (GOMES FILHO; FERNANDES; GRINOVER. 2011, p.23).

A intimidade merece tutela do direito, pois esse direito se desdobra em vários outros, porém todos interligados. Exemplificando, existem seres humanos que necessitam encontrar na solidão, a paz e o equilíbrio que são conturbados pelo seu estilo de vida moderna; de manter por sua vontade, isolado, de toda forma de publicidade, resguardado em sua intimidade de olhares curiosos de todos. Pode-se dizer, ser humano possui uma intimidade exterior e outra interior. Esclarece, Paulo José da Costa Junior:

Aquela, como a intimidade de que o homem haveria de desfrutar, abstraindo-se da multidão que o engloba. Insulando-se, em meio a ela. E alheando-se mesmo estando em companhia. A intimidade exterior, que mesmo estando em companhia. A intimidade interior, que muitas vezes não implica em solidão já que o homem pode trazer para sua companhia os fantasmas que lhe apeteçam é aquela de que o indivíduo goza, materialmente apartado de seus semelhantes. A intimidade exterior, portanto, é aquela de natureza psíquica. O homem a estabelece no borborinho da multidão.

Ensimesmando-se em pleno tumulto coletivo. Decretando-se alheio, impenetrável as solicitações dos que o rodeiam. Presente e ausente. Rodeado e só.

A intimidade interior reveste-se de natureza física e material. O indivíduo afasta-se da multidão. Recolhe-se ao seu castelo. Desce dentro da sua alma e sai em busca do seu ser. O que bem comportar, no solitário físico, um contato com a vida social, através dos meios de comunicação, de que dispõe. (COSTA JUNIOR, 1970, p. 8).

Percebe-se que a persecução penal, encontra limites criados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da intimidade, dentre outros princípios. A tutela dos direitos da intimidade, foi possível graças a evolução do homem e a sua luta versus o arbítrio e opressão, seja esta estatal ou da própria sociedade. Assim ensina, José Adércio Leite Sampaio:

Não obstante, julgarmos que, em princípio, a história do direito fundamental à intimidade e à vida privada será a história do homem em busca de realização de sua dignidade, será a história de suas lutas contra a opressão, o arbítrio, em prol da afirmação de sua liberdade, confundindo-se, nesse sentido, com a idealização e positivação dos direitos fundamentais. (SAMPAIO, 1998, p. 34).

A Constituição Federal veda a produção de provas que venham a violar a intimidade da pessoa humana, sem a devida autorização judicial. Sabe-se que o direito a intimidade tem a proteção constitucional, e infraconstitucional por diversos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Nesse sentido leciona Andrés David Ramírez Jaramillo:

Assim, no plano internacional, o primeiro antecedente normativo que tem consagração expressa do direito fundamental à intimidade é do ano 1948, quando o artigo 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos se estabeleceu. “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”. Logo, no âmbito europeu, em 1950, o artigo 8 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais destacou: Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência [...]. não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, somente na medida em que estiver prevista pela lei e constitua uma medida que em uma sociedade democrática seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a saúde ou a moral ou a proteção dos direitos ou liberdades dos demais. E mais adiante, outra vez no plano internacional, o artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 estabeleceu: “1. Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques”. Agora, no âmbito americano, temos o artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969 que estabelece: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques. Por ter tido influência na consagração constitucional do direito à intimidade na Colômbia, mencionamos também o artigo 18 da Constituição Espanhola de 1978 que diz: 1. Se garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. 2. O domicílio é inviolável. Nenhuma entrada ou registro poderá ser feito nele sem o consentimento do titular ou determinação judicial, salvo

em caso de flagrante delito. 3. Se garante o segredo das comunicações e, em especial, das postagens, telegráficas e telefônicas, salvo determinação judicial. 4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos. Esses foram os antecedentes normativos mais importantes que se levou em conta para a consagração da intimidade como um direito fundamentais na Constituição Política da Colômbia de 1991, destacando-se no artigo 15 que: Todas as pessoas têm direito à sua intimidade pessoal e familiar e a seu bom nome, e o Estado deve respeitá-los e fazê-los serem respeitados. De igual modo, têm direito a conhecer, atualizar e retificar as informações que foram coletadas sobre elas nos bancos de dados e nos arquivos de entidades públicas e privadas. Na coleta, tratamento e circulação de dados devem ser respeitadas a liberdade e demais garantias consagradas na Constituição. A correspondência e demais formas de comunicação privada são invioláveis. Somente podem ser interceptadas ou registradas mediante ordem judicial, nos casos e com as formalidades determinados pela lei. Para efeitos tributários ou judiciaes e para os casos de inspeção, vigilância e intervenção do Estado, poderá se exigir a apresentação de livros de contabilidade e demais documentos privados, nas condições que a lei prever (JARAMILLO, 2010, p. 63-64, tradução nossa)¹².

O direito à intimidade é protegido por diversos países, como exemplo podemos citar o Estados Unidos, que utilizam a denominação, *right of privacy* (direito de privacidade), *right to*

¹² Así, en el plano internacional el primer antecedente normativo que se tiene de consagración expresa del derecho fundamental a la intimidad es del año 1948, cuando en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se estableció: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Luego, en el ámbito europeo, en 1950 el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señaló: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia [...] No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto [sic] en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud o la moral o la protección de los derechos o libertades de los demás. Y más adelante, otra vez en el plano internacional, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 estableció: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques». Ahora, en el ámbito americano tenemos el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 que establece: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Por haber tenido influencia en la consagración constitucional del derecho a la intimidad en Colombia, mencionamos también el artículo 18 de la Constitución Española de 1978 que dice: 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Estos fueron los antecedentes normativos más importantes que se tuvieron en cuenta para la consagración de la intimidad como un derecho fundamental en la Constitución Política de Colombia de 1991, señalándose en el artículo 15 que: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

be let alone(direito de estar sozinho) ou *the right of an individual to live a life of reclusion and anonimity*(direito de um indivíduo de viver uma vida de reclusão e anonimidade), para tutelar a privacidade, desde os fins do século passado (COSTA JUNIOR, 1970, p. 9).

Nos Estados Unidos, ocorreu um caso emblemático, em que os vizinhos de um cidadão morador da Califórnia, reviraram sua lata de lixo e encontraram vestígios de drogas, e chamaram a polícia para averiguar a situação. Após exame do material encontrado, constatou-se realmente que as substancias encontradas eram drogas ilícitas. De posse desta prova achada em sua lixeira, o juiz criminal condenou os usuários. Porém a Suprema Corte da Califórnia, reformou a sentença ao entender que a lata de lixo constitui um apêndice da economia doméstica, e a prova que teria embasado a condenação, ofendeu a intimidade alheia (COSTA JUNIOR, 1970, p. 10 - 11).

Logo, visualiza-se que o direito a intimidade é de importância ímpar para a humanidade, por se tratar de direito fundamental, a muitos anos discutido e tutelado.

Porém, algumas técnicas de investigação iram necessariamente mitigar o direito a intimidade, como por exemplo, a infiltração policial no seio do grupo organizado, que é nosso objeto deste trabalho.

O agente infiltrado em sua missão tem o dever de conquistar a confiança do grupo, para que possa juntar provas sobre a autoria e materialidade delitiva da organização criminosa. Nessa atuação o infiltrado faz de maneira, dissimulada, ou seja, escondendo a sua real identidade. Assim, muitas vezes os integrantes do crime organizado-lhe revelam segredos e particularidades, que não revelariam se soubessem a sua real identidade. Nesse contexto as palavras de Manzur chamam atenção:

Debaixo de meus ternos Armani ou de minha pasta Renwick, minigravadores capturavam provas cabais de nossos parceiros de crime. Que eu então passava a meus chefes no governo. Depois de uma dramática operação policial que aconteceu numa falsa festa de casamento (a minha), mais de 40 homens e mulheres foram presos, julgados e enviados à prisão. (MAZUR, 2010, p. XII).

Pode-se visualizar o aparente choque entre o princípio da intimidade e as investigações policiais. As organizações criminosas não atuam como a criminalidade normal, em que as forças policiais, podem reprimir com o uso de técnicas de investigações mais brandas, que a infiltração policial. Diante deste cenário, tendo em vista que não se pode desnudar a vida particular do indivíduo, seus hábitos, preferências e vícios, mas em alguns casos isso será necessário. Paulo José da Costa Junior, ensina que:

Não pode o princípio *la vie privée doit être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida uma verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão ter elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais indivíduos, que bem poderão conflitar, ou penetrar por ela. Hipótese se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando o sacrifício da intimidade. (COSTA JUNIOR, 1970, p. 42 - 43).

Logo, em casos que a intimidade precisar ser violada, como em uma infiltração policial, o infiltrado deve prosseguir com o seu mister, desde que presente todos os requisitos para infiltração policial. Dizendo isso de outra forma, deve ser feito um juízo de proporcionalidade acerca dos princípios em jogo. Nesse sentido leciona Jaramillo:

Tanto a doutrina, como a jurisprudência destacaram que o direito à intimidade não é absoluto, e portanto a inviolabilidade da vida privada não é algo incondicional, pois, diante de certos supostos, o âmbito pessoal e familiar constituído pelas circunstâncias íntimas deve ceder por exigências do bem comum. Não obstante o dito anteriormente, deve-se ter em mente que, ao ser a intimidade um direito fundamental, em todas as circunstâncias de onde possa ser limitada, nunca deve ser vulnerada em seu núcleo essencial e, e em todo caso, o juiz de controle de garantias ou, excepcionalmente, o fiscal que pondere o caso concreto, deve abster-se de autorizar a medida invasiva na investigação que se segue, quando não se cumprir com os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (JARAMILLO, 2010,p.72, tradução nossa)¹³.

Embora a técnica de investigação consistente na infiltração policial, vulnere direitos da intimidade do investigado, se houver no caso concreto uma real necessidade do uso do agente infiltrado em organizações criminosas, justificada de forma fundamentada, isso deve ocorrer, pois o direito a intimidade não é ilimitado ou absoluto.

4.5 Direito de não fazer prova contra si mesmo e a infiltração policial

Malatesta ensina que um direito pode corresponder a duas obrigações, ou seja, uma pessoa pode ser obrigado a usar as próprias forças para corresponder a um direito ou, ser obrigado para que não aplique as suas forças para corresponder a um direito. A primeira

¹³ Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el derecho a la intimidad no es absoluto, y por lo tanto la inviolabilidad de la vida privada no es algo incondicional, pues ante ciertos supuestos, el ámbito personal y familiar constituído por las circunstancias íntimas debe ceder por exigencias del bien común. No obstante lo anterior, debe tenerse presente que al ser la intimidad un derecho fundamental, en todas las circunstancias donde pueda ser limitada nunca debe servulnerada en su núcleo esencial, y en todo caso, el juez de control de garantias o, excepcionalmente, el fiscal que pondere el caso concreto, debe abstenerse de autorizar la medida invasiva en la investigación que se adelante, cuando no se cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

obrigação é positiva, já a segunda é negativa. O referido autor, assevera que a obrigação do investigado é a segunda, ou seja, ele não é obrigado a fazer qualquer esforço para atingir a pena, pois isto é contra a natureza humana, ele deve ser obrigado simplesmente a cumprir a pena. (MALATESTA, 1996, p.419).

Até mesmo a expressão “autoincriminação” alberga um preconceito de que existe um delito e que aquele que faz uso deste princípio, seria o suposto autor. Melhor talvez, seria se falar em princípio da não colaboração com a acusação. Fato é que, o princípio da não autoincriminação, está ligado umbilicalmente ao mandamento de respeito à dignidade da pessoa humana. (ROXIN, 2010, p.48).

O direito ao silêncio é conexo com o direito a não autoincriminação, e muitas das vezes o não conhecimento pelo acusado primeiro, importará na violação do segundo. Nesse sentido leciona Roxin, ao explicar os casos de omissão do dever de informação qualificada, e o dever que tem a autoridade policial de informar ao investigado, sobre o seu direito de permanecer em silêncio.

O primeiro argumento contrário reside no fato de que o dever de informação se justifica para evitar a ocorrência de uma auto-incriminação causada por desconhecimento do Direito. Esse desconhecimento do Direito ocorre não apenas quando ao indiciado não é informado sobre seu direito ao silêncio e, em razão disso, supõe estar obrigado a prestar o depoimento, mas também quando o indiciado pensa que, se o depoimento anterior prestado sem o esclarecimento pode ser valorado em seu desfavor, de nada mais adianta fazer uso do silêncio no segundo interrogatório. (ROXIN, 2010, p. 47).

Esse princípio tem sua fonte no direito processual penal, e sua principal aplicação no campo probatório. Uma das suas características é o afastamento das provas obtidas de maneira ilícita. O direito a não autoincriminação, traduzido no brocardo latino *nemo tenetur se detegere* é um direito fundamental conquistado, a um alto preço através da história da humanidade. Foi consagrado em sede constitucional, pela primeira vez no artigo 5, LXIII, da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988). A previsão constitucional do direito de permanecer calado, traduz-se em uma opção por um processo penal, que respeite direitos e garantias fundamentais, que não aceita uma persecução penal a todo custo.

Nos Estados Unidos, o chamado *privilege against self-incrimination* também tem um caráter, carregado de simbolismo, como leciona Alsclniler, pois, desde o julgamento Miranda V. Arizona (1966), a sociedade americana vem aprendendo, que o sistema Miranda de proteção

da 5ª Emenda tem pouco efeito prático, a tal ponto de na Administração Reagan chegar a se propor o abandono destas regras (ALSCHULER, 1997, p. 200).

A proteção em nível constitucional do direito ao silêncio no Brasil, também tem certo caráter simbólico, qual seja, o de deixar claro as autoridades policiais, que o acusado não tem a obrigação cooperar com as investigações e que se for cometido arbitrariedades contra esse indivíduo, as provas serão ilícitas, devendo ser expurgadas do processo. Emboatambém exista a regra já consagrada pela maioria da doutrina, que eventuais vícios no inquérito policial, não maculam o processo penal. Essa regra deve ser tomada com cautela, para que não fomente condutas arbitrárias pelos agentes policiais, principalmente as que dizem respeito ao direito a não autoincriminação.

Ferrajoli leciona que o *nemo tenetur se detegere* constitui-se no direito a vedação da tortura espiritual, consistente em obrigar o acusado a fazer o juramento; o direito ao silêncio, constitui-se também na faculdade de ele faltar com a verdade; na proibição de arrancar do acusado a confissão de maneira violenta, ou com a manipulação da psique, com drogas hipnóticas; na negação da confissão como prova de maior valor ou de valor decisório; no direito do acusado, a assistência do seu defensor devidamente constituído em seu interrogatório, como forma de impedir violações ou abusos as suas garantias processuais(FERRAJOLI, 2006, p.560).

Assim, o acusado possui liberdade em suas manifestações, o que a doutrina alemã designa de Aussagefreiheit, logo não se pode exigir dele cooperação para constituição de provas que venha a se auto incriminar. Essa dita liberdade de manifestação ou declaração, abrange três situações, quais sejam, o direito ao silêncio, o direito a não ser coagido a confessar a autoria de qualquer delito, que lhe é imputado e por último e não menos importante, o direito de não fazer juramento de dizer a verdade. Sobre a confissão o saudoso Nelson Hungria ensinava: “ainda o acusado do mais cruel ou hediondo dos crimes não pode ser coagido a manifestar a verdade em seu próprio detrimento” (HUNGRIA, 1972, p.423).

Na obra “Dos delitos e das penas”, Beccaria há muito tempo observou a contradição existente, entre o juramento e a natureza humana:

Existe outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais: é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir com sua própria destruição! (BECCARIA, 2005, p. 36).

Antigamente o depoimento do acusado era colhido somente após, ele realizar dois juramentos, um promissório e outro de caráter confirmatório, ambos tinham fundo religioso,

com a invocação de Deus, como fiador da veracidade e repressor da mendacidade. (TORNAGHI, 1997, p. 419-420).

Hodiernamente, o juramento representa uma violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Atualmente somente as testemunhas são compromissadas a dizer a verdade, e respondem criminalmente por crime de falso testemunho caso, calem a verdade, ou façam afirmação falsa.

O direito a não autoincriminação pode abranger as manifestações verbais, e como principal forma desta há o interrogatório. Mas a vedação a autoincriminação também abrange manifestações não verbais, que venham a exigir um comportamento ativo por parte do investigado. Corroborando com esse entendimento Eugênio Pacelli Oliveira afirma: “Reputamos, por, isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como reprodução simulada dos fatos ou reconstituição dos fatos” (OLIVEIRA, 2012, p.384). Por outro lado, a doutrina estrangeira aponta não serem abrangidos pelo *nemo tenetur se detegere* comportamentos passivos, relacionados a métodos não invasivos, por parte do acusado.

Na Itália, por exemplo, sempre quando é exigido um comportamento ativo por parte do investigado, ele não é obrigado a cooperar com as investigações, porém se tratando de comportamentos passivos, ele deve suportar. (FELICIONE, 1999, p.521 e 522). Nos Estados Unidos, o princípio da não autoincriminação tem um enfoque mais limitado, ele compreende provas que possam ser produzidas oralmente. Como exemplo temos o julgamento *Schmerber v. California* (1966), a Suprema Corte, em decisão majoritária, negou o argumento de que não poderia o acusado fornecer uma amostra de sangue, para a comprovação embriaguez ao volante, logo o *nemo tenetur se detegere* pode ser invocado para evitar apenas, ser compelido a testemunhar algo em seu desfavor ou de outra forma venha a fornecer prova de natureza comunicativa (ISRAEL, 1993, p. 236.)

Em terras norte-americanas, entende-se permitido ter acesso a provas provenientes do corpo do investigado na medida em que estejam voluntariamente expostas em público, como por exemplo amostras de voz, impressões digitais palmares ou plantares e manuscritos. (UVILLER, 1990, p. 38).

No Brasil existe previsão constitucional, contra a autoincriminação como vimos acima, logo o direito a permanecer em silêncio é um dos desdobramentos do direito ao silêncio. Sabe-se que o silêncio do acusado, não faz prova em seu desfavor não pode ser usado em seu malefício. Existem outros desdobramentos do direito a não autoincriminação, com o direito de constrangido a confessar a prática de ilícito penal, que está positivado no artigo 14, §3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 8, § 2, g, e 3 § da Convenção Americana

sobre Direitos Humanos, que assegura que o acusado não é obrigado a confecção a prática delitiva.

O réu em processo criminal pode mentir em juízo, ocultar e dissimular a verdade; não é obrigado a cooperar com a acusação, ou participar de qualquer ato que possa incriminá-lo. Nesse sentido, a obra de Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover: “E mais: diante da garantia maior do *nemo tenetur se ipsum accusare*, o acusado sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova.” (GOMES FILHO; FERNANDES; GRINOVER, 2011, p. 77).

O direito a não autoincriminação não comporta somente o direito ao silêncio, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido (HC 69.026/DF), quando o investigado se negou a participar da reprodução simulada do crime, e lhe foi assegurado a faculdade de participar ou não. Também no julgamento do HC 77.135/SP, o Supremo entendeu justificada a recusa do acusado de fornecer, padrões gráficos de próprio punho, para comparação em exame pericial realizado pela polícia, com o fim de investigar um crime de falsificação de documento. Com o mesmo entendimento, ou seja, que tal prática pelo Estado viola o direito a não autoincriminação, afirma Manuel da Costa Andrade: “não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta ativa, querida e livre, mas também quando contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova” (ANDRADE, 1992, p. 127-128).

Em um estado de direito, os órgãos encarregados pela persecução penal, não podem torturar, iludir, dissimular, ou enganar o acusado para obter provas em seu desfavor, sob pena de nulidade da prova. Sabe-se que o agente infiltrado é autorizado pelo Estado, a adentrar em organizações criminosas, e para tal fim muitas das vezes, ele vai mentir, iludir ou enganar os integrantes da organização criminosa, para ser aceito ou para colher provas de autoria e materialidade contra os seus alvos. O Estado tolera até mesmo a prática delitiva do agente infiltrado, para que ele possa cumprir seu mister. Haddad leciona que o direito à autoincriminação não estaria sendo violado nas infiltrações policiais:

Independentemente da justificativa para o tratamento diverso, o princípio contra a auto-incriminação não se estende a investigações ocultas. Como advertir o investigado acerca do direito ao silêncio se é justamente através do disfarce do agente infiltrado que se pretende obter prova? O êxito da investigação depende da insipiência quanto à real condição do agente infiltrado e a instrução sobre a possibilidade de fazer uso do princípio contra a auto-incriminação é golpe fatal aos interesses da autoridade policial (HADDAD, 2003, p. 184).

O investigado não é advertido do seu direito ao silêncio, pelo policial infiltrado, que

colhes todas as provas possíveis, provas estas decorrentes até mesmo da autoincriminação. Ou seja, o investigado poderá se auto incriminar ou incriminar seus parceiros de crime, pois não sabe, que conversa com um agente da lei. Assim ensinam Guedes Valente, Alves e Gonçalves:

O recurso à figura do agente infiltrado consubstancia, intrinsecamente e em si mesma, uma técnica de investigação de moral duvidosa, uma vez que é o próprio suspeito que, atuando em erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal, produz, involuntariamente, a prova de sua própria condenação. (VALENTE;ALVES;GONÇALVEZ, 2001, p. 27).

Tendo em vista os direitos e garantias fundamentais dos investigados no processo penal, é possível a utilização do material probatório colhido pelo agente infiltrado? Melhor dizendo, é possível utilizar a prova auto incrimina o próprio acusado, que foi colhida pelo policial infiltrado no decurso das investigações, sem respeito ao silêncio?

O Estado não pode usar das mesmas armas que a criminalidade, para autorizar que práticas imorais sejam realizadas pelos órgãos encarregados da persecução penal. Ou seja, os agentes estatais, não pode fazer uso de todos os meios disponíveis ao seu alcance para combater a criminalidade. Os limites do Estado de Direito no combate a criminalidade organizada, devem ser os direitos e garantias fundamentais do cidadão e principalmente a dignidade da pessoa humana. Pois nesses tempos de ameaças flagrantes as garantias dos indivíduos, é necessário estabelecer limites ao Estado no combate a criminalidade. (HASSEMER, 1997, p.7-11)

No entanto, o agente infiltrado, não viola o direito a não autoincriminação do investigado, caso venha a atuar em estrita obediência a lei penal, em respeito as garantias fundamentais do indivíduo. Estão abarcadas nestas situações, os casos em que o policial infiltrado atua, na espera de algum crime (flagrante esperado), ou na descoberta de provas autônomas, como drogas, materiais ilícitos, armas, documentos e demais materiais probatórios, que futuramente deveram ser submetidas ao contraditório. Logo o agente infiltrado deve adotar um comportamento passivo na descobertas das provas. (TAYLOR, 2004, p. 196)

Logicamente, caso o agente infiltrado atue de forma irregular, ou como agente provocador estará ferindo o direito a não auto incriminação do investigado, o que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito.

4.6 Responsabilidade penal do agente infiltrado

A responsabilidade é um tema de fundamental importância, na vida em sociedade. Por essa razão, ensina José de Aguiar Dias afirma em sua obra “Toda manifestação da atividade

humana traz em si o problema da responsabilidade”.(DIAS, 1994, p.1) E realmente toda atividade humana irá invadir ou tangenciar, a esfera da responsabilidade. Porém o que seria responsabilidade?

A termo responsabilidade é de origem latina, que vem do verbo *respondere*, e significa a obrigação que tem a pessoa, de assumir pelo ato comissivo ou omissivo.

Com relação ao nosso objeto de pesquisa, qual seja, o agente infiltrado como decorrência lógica de sua missão poderá se deparar com situações em que será de certa forma, será coagido a praticar infrações penais, sobe pena de ser descoberta a sua real identidade, no caso de sua negativa, ou mesmo, de não ser aceito na organização criminosa. Este risco é iminente, e de consequências catastróficas. Outra possibilidade de atuação do agente infiltrado é a não atuação para evitar crimes que estão sendo cometidos diante de seus olhos. Ou seja, por ser policial o agente infiltrado tem o dever de prender em flagrante, determinado integrante de organização criminosa que acaba de cometer um injusto em sua presença.

Entretanto, se o agente infiltrado não age para não ser descoberto pela organização criminosa e conseqüentemente morto. Nesse caso o agente infiltrado estará isento de pena, pois sua culpabilidade será excluída pela inexigibilidade de outra conduta.

Uma questão que era bastante controvertida na doutrina, mas que parece resolvida pela lei de organização criminosa, é quanto a aplicação da excludente de inexigibilidade de conduta diversa, a ser aplicada caso o policial infiltrado venha a cometer um crime, durante a infiltração policial.

Alguns doutrinadores defendiam a ideia que deveria ser aplicada a excludente de ilicitude de estrito cumprimento do dever legal, com exemplo temos Manuel Augusto Meireis:

Na medida em que a sua atuação se encontra prevista e legitimada por lei (art.59, n.1 do Decreto-Lei n 15/93 e o artigo 6 da Lei n. 36/94), e só nessa medida não será punido por exclusão da ilicitude pois encontra-se no exercício de um dever de ofício (MEIREIS, 1999, p.164).

Nesse sentido também são as lições de Isabel Oneto ao lecionar sobre o tema:

A generalidade da doutrina tende a aceitar como fundamento da não punibilidade do agente infiltrado a existência de uma causa de exclusão da ilicitude, ainda que, em alguns ordenamentos jurídicos se perspectivem causas de exclusão da culpa (ONETO, 2005, p.154).

Porém, com todo o respeito aos autores Fernando Gonçalves, Manuel Guedes Monteiro, Manuel João Valente essa tese parece equivocada; o Estado não manda os seus agentes praticarem crimes. (ONETO, 2005, p.154-155) Um policial somente poderá matar, caso não

exista outra alternativa. Exemplificando, um policial não tem o dever legal de matar, ele pode vir a matar, porém responderá a processo criminal como qualquer cidadão, se ele estiver amparado por alguma excludente isso será levado em seu favor, na *persecutio criminis*. Na prática, infelizmente visualizamos muitos equívocos cometidos pela polícia; que em determinada situação, sabe que seu atuar está proibido, em geral, mas acredita que no caso concreto se dê uma causa de justificação que o permite, a esse respeito, o que por vezes gera um erro de proibição. (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 158-161) A lei 12.850 de 2013 é expressa ao dispor que o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Percebe-se que a lei, tentou tratar de forma generalizada a atuação do agente infiltrado. O agente infiltrado brasileiro por vezes, deve ficar com muitas dúvidas quanto aos limites de sua atuação, quanto a cometimento de determinados delitos, ou seja, qual é a exata cobertura de sua atuação pela lei penal. A proporcionalidade de atuação do policial infiltrado diante dessa lacuna legislativa, deve ser aferida pelo magistrado diante do caso concreto. Marllon Sousa leciona nesse sentido:

Dessa forma, pode-se dizer que o exame acerca da proporcionalidade dos atos levados a cabo pelo agente infiltrado deveria ficar a cargo do magistrado, mediante o cotejo da situação cujo excesso se alega e as três máximas de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) (SOUSA, 2015, p.120).

O policial infiltrado deve usar dos meios menos gravosos, possíveis de solucionar a situação que está inserido, pois caso se exceda irá ser responsabilizado pelo excesso. Como exemplo, o agente infiltrado que diante de uma briga entre membros da organização criminosa, não pratica homicídio contra um integrante que agrediu violentamente, mas apenas imobiliza seu agressor com técnicas de jiu-jitsu, fazendo cessar as agressões.

A responsabilidade penal do agente infiltrado é indispensável, pois caso a lei de organizações criminosas, ao permitir a infiltração policial, viesse a “blindar” o policial infiltrado de toda responsabilidade penal, abusos das demais formas possíveis ocorreriam.

Por essa razão o PLS n. 150/06, do qual originou a lei 12.850/2013, a responsabilidade criminal do agente infiltrado foi bem debatida pelo legislativo, até a formulação da atual redação do artigo 13, parágrafo único da lei 12.850/2013.

Chegou a se discutir se o agente infiltrado deveria ter excluída sua responsabilidade penal, pelo estrito cumprimento do dever legal e até mesmo a propor uma redação, na qual o agente infiltrado seria responsabilizado pelos crimes dolosos contra a vida, contra a liberdade sexual e tortura. Dando a entender que quantos aos demais, o agente infiltrado estaria

despenalizado. Felizmente essa redação não foi aprovada (CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 74-75).

Ou seja, o Estado não conferiu “carta branca” ou imunidade plena para que o policial infiltrado viesse a praticar infrações penais. Quando o agente infiltrado pratica um fato típico e ilícito, para efetuar sua missão e que não lhe era possível agir de modo diverso, no decorrer da infiltração policial, está ele amparado pela excludente de culpabilidade, ou seja, pela inexigibilidade de conduta diversa, que será exposta abaixo no capítulo referente a inexigibilidade de outra conduta, pois esse tema merece um melhor aprofundamento.

O agente infiltrado deve ter uma conduta ilibada, livre de desvios ou corrupção. Porém, se este vier a praticar condutas criminosas, será alvo do *jus puniendi* estatal. Ainda existem casos em que, o policial infiltrado comete excessos para obter benefícios pessoais, pois lida com um meio criminoso de forma direta, ou seja assumindo-se como um membro de organização criminosa, embora não possa praticar injustos penais. Logicamente esta proximidade com a criminalidade não justifica uma atuação em desconformidade com a lei. Porém, essa atuação adjacente com a criminalidade, traça uma linha muito tênue entre a eficácia da investigação criminal e a corrupção. Nesse sentido Isabel Oneto afirma: “o que significa que quanto mais o agente se envolve no meio criminoso maior é a eficácia da sua operação, mas maior também o risco de adotar condutas que excedem os limites da sua atuação” (ONETO, 2005, p. 89).

Por questões lógicas, mas que merecem ser ditas, o agente infiltrado não poderá ser responsabilizado criminalmente, pelo artigo 2 da lei 12.850/2013, caso venha a se infiltrar em organização criminosa, com a devida autorização judicial. Pois o comportamento do agente infiltrado, não é composto de dolo, pois não age ele com o fim de praticar as condutas delitivas previstas no artigo 2, da lei 12.850, e sim com a consciência e vontade dirigidas a reprimir as atividades delitivas da organização criminosa (CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 78-79). Os mesmos autores aduzem:

Por fim, da mesma forma, defender-se-á que a irresponsabilidade penal quanto ao crime previsto no art. 2 da nova Lei 12.850/2013 estaria amparada na exclusão da culpabilidade do agente infiltrado, por lhe ser inexigível conduta diversa, nos termos do artigo 13, parágrafo único, da Lei 12.850/2013. No entanto, invocar tal dispositivo para sustentar essa excludente de culpabilidade parece-nos estranho, tendo em vista que o Estado, ao inserir um de seus agentes no mundo do crime, de modo a dismantelá-lo, jamais poderia, em face de uma contradição lógica, exigir dele um comportamento conforme o Direito, ou seja, a não infiltração na organização criminosa. Por conta disso, preferimos a primeira solução, porque, a nosso ver, a ação específica de se infiltrar na organização, com o objetivo de dismantelá-la não se reveste de tipicidade, não sendo correto invocar, neste diapasão analítico, nem o estrito cumprimento de dever legal, nem a causa excludente de culpabilidade inculpada no art. 13, parágrafo único, da Lei n. 12.850/2013. (CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 80).

A responsabilidade criminal do agente infiltrado é um tema complexo. Enfim, o agente infiltrado sofre pressões de todos os lados, e deve pautar sua conduta na legalidade, para evitar de ser punido pelos órgãos estatais.

4.7 A exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta

4.7.1 Culpabilidade

Seria inviável tratar do presente tema, sem antes discorrer ainda que de maneira sucinta a acerca do conceito de crime e analisar a culpabilidade, elemento este umbilicalmente ligado a inexigibilidade de conduta diversa. Inicialmente, importante verificar o conceito analítico de crime segundo Hans Welzel (1987), “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em um delito” (WELZEL, 1987, p. 57).

De acordo com a teoria tripartite, crime constitui-se de uma ação típica, ilícita e culpável. Essa é à base de todo o raciocínio jurídico-penal. A tipicidade é uma relação de subsunção ou de adequação, do que é realizado no mundo e o que é previsto no tipo penal. Essa conceituação só surge em 1906, na obra de Beling, intitulada “A doutrina do crime”. A culpabilidade é o último elemento do crime, e de maneira paradoxal foi o primeiro a surgir. A culpabilidade é a tradução da palavra latina *imputacio*, que foi traduzida para o alemão *Schuld*, que significa culpabilidade. Isso se deu no início do século XIX. Já a antijuridicidade é uma criação que estabelece um juízo de contrariedade ao direito, que se deu na metade do século XIX.

A culpabilidade é um elemento do crime, que tem como objeto de análise o homem, e por esta razão é considerado por alguns doutrinadores como o elemento mais importante da teoria do crime. Nesse sentido são as lições do professor Yarochevsky (2000) “é indubitável que a culpabilidade constitui o mais importante elemento da teoria do delito” (YAROCHEWSKY, 2000, p. 16). E também a posição de Cláudio Brandão (2014) “Nisto reside a singular diferença entre a culpabilidade e os demais elementos que integram e formam o crime: a culpabilidade é o único elemento que versa sobre a pessoa humana” (BRANDÃO, 2014, p. 168). Outra não é a posição de Renihart Maurach: “La esencia de la culpabilidad, descrita por la teoría tradicional, ha sido acertadamente apreciada en lo que la culpabilidad constituye un juicio sobre el autor” (MAURACH, 1962, p.16).

Cláudio Brandão ainda afirma que a culpabilidade é o elemento mais importante da teoria do crime, já que segundo ele, o Direito penal abandonou a responsabilidade pelo resultado

ou responsabilidade objetiva, para trabalhar com a responsabilidade pessoal do agente. Logo a culpabilidade, veio a romper definitivamente com a responsabilidade objetiva. (BRANDÃO, 2000, p.260).

O Código Penal jamais conceituou culpabilidade, esta tarefa ficou a cargo da doutrina; Cláudio Brandão (2014) leciona: “A culpabilidade é o juízo de reprovação que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do ordenamento jurídico-penal” (BRANDÃO, 2014, p. 167). Para Berthold Freudenthal (2003), a culpabilidade é “a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente” (FREUDENTHAL, 2003, p. 64). Segundo Mezger (1949), a culpabilidade significa:

Culpabilidade no sentido do Direito Penal significa a afirmação de uma referência, juridicamente desaprovada, da ação à personalidade do agente. Essa personalidade se concebe aqui como a personalidade empírica, a afirmação da exigida referência da ação a dita personalidade basta ao Direito para reconhecer a culpabilidade do sujeito. (MEZGER, 1949, p.9, tradução nossa)¹⁴.

Pois bem, o que contribuiu para que o conceito de culpabilidade fosse criado, foi o aparecimento do sistema clássico Liszt, Beling, Radbruch. Nessa fase a culpabilidade era composta pelo dolo e culpa. A culpabilidade era vista como simples vínculo psicológico que unia o agente e o fato, por meio do dolo e da culpa. Isso segundo a teoria psicológica da culpabilidade. Este modelo era meramente causal e foi criticado por não conseguir explicar os crimes omissivos, os crimes culposos e os crimes tentados.

Posteriormente, no sistema neoclássico, foi incorporada na culpabilidade a noção de reprovabilidade construída por Reihard Frank (2004) e Freudenthal (2003), no sentido exigibilidade de conduta diversa. Isso representou um avanço inegável. Em resumo, a culpabilidade do agente ocorreria, caso esse fosse imputável, agisse de maneira culposa ou dolosa e se pudesse exigir dele um comportamento diverso. Tudo isso em conformidade com a teoria psicológico normativa.

No sistema finalista de Hans Welzel (1987), jusfilósofo e professor da Universidade de Göttingen e posteriormente da Universidade de Bonn, a culpabilidade era composta pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. O ponto chave deste sistema é de que toda conduta humana é dirigida a um determinado fim. Com a teoria finalista da ação, o dolo e a culpa que estavam na culpabilidade foram alocados na

¹⁴ Culpabilidad en el sentido del Derecho Penal significa la afirmación de una referencia, jurídicamente desaprobada, de la acción a la personalidad del agente. Esta personalidad se concibe aquí como la personalidad empírica; la afirmación de la exigida referencia de la acción a dicha personalidad le basta al Derecho para reconocer la culpabilidad del sujeto.

tipicidade (BRUNO, 1959). Como qualquer teoria, o sistema finalista foi alvo de críticas e objeções, das quais não nos ocuparemos neste trabalho, para não fugir ao nosso objetivo.

4.7.2 Exigibilidade de conduta diversa

Por meio de uma análise histórica da doutrina, pode-se perceber que a exigibilidade de outra conduta, nem sempre esteve presente no elemento Culpabilidade. Somente a partir dos estudos de Reinhard Von Frank (2004), e Berthold Freudenthal (2003) foi que a exigibilidade de outra conduta inserida no conceito de culpabilidade.

Frank (2004) demonstrou que a culpabilidade se faz presente, quando o agente age em desconformidade com o direito, inserindo no conceito de elemento normativo, a reprovação da conduta executada. Desta forma, o dolo e a culpa em sentido estrito, não mais eram espécies da culpabilidade e sim elementos desta (YAROCHEWSKY, 2000, p.23-24).

Pois bem, hodiernamente a exigibilidade de conduta diversa é um dos elementos presentes na culpabilidade. De maneira resumida, é necessário que o crime tenha sido realizado, em certas circunstâncias, ou seja, o agente poderia ter se comportado conforme o Direito, mas optou por violá-lo. Melhor dizendo, a exigibilidade de conduta diversa se baseia na expectativa que a sociedade tem, sobre determinada conduta que foi praticada pelo agente, que é típica e ilícita, fosse realizada de modo diverso. Enrique Cury Urzúa (1992) define a exigibilidade de conduta diversa: “possibilidade determinada pelo ordenamento jurídico, de atuar de uma forma distinta e melhor do que a o sujeito se decidiu” (URZÚA, 1992, p. 76). Aníbal Bruno (1973) citado por Yarochevsky (2000) assinala:

É preciso salientar que, embora essa concepção tenha sido desenvolvida por Frank, deve-se a Berthold Fredenthal a inclusão, no conceito de culpabilidade, do elemento exigibilidade de um comportamento conforme o direito (BRUNO apud YAROCHEWSKY, 2000, p. 74).

A inegável contribuição de Frank (2004) foi modificar metodologicamente a culpabilidade, rompendo com o pensamento positivista, que afirmava ser a culpabilidade um vínculo psicológico. Inserindo a culpabilidade com algo presente no sujeito ativo e vinculando a culpabilidade a um juízo de reprovação.

4.7.3 Causa supra legal de exclusão da culpabilidade

Pode-se verificar que, de maneira prévia a qualquer estudo sobre o tema, o Tribunal do Império Alemão foi o pioneiro ao aplicar a inexigibilidade de outra conduta como causa de

exclusão da culpabilidade no caso Leinenfänger em 23/05/1897, mais conhecido como “o cavalo que não obedece às rédeas” (SÁINZ CANTERO, 1965, p. 71-72).

Este caso gerou muita repercussão no mundo jurídico-penal e merece atenção, pois ele significou a exclusão da pena, pelo reconhecimento da falta de liberdade de escolha, em agir em conformidade com o direito. Este caso rompeu com a metodologia positivista, pois esta metodologia preocupava somente se a provocação do resultado foi involuntária ou voluntária. O que se buscava saber era se o vínculo entre o autor e o resultado, tinha sido produzido por obra da vontade do agente ou de maneira independente da vontade do agente. A análise que se fazia era meramente causal. Esse julgado é de importância histórica, pois excluiu a reprovabilidade do agente, por reconhecer inexistir liberdade de escolha.

Sem mais delongas, vamos ao famoso caso: no século XIX, um proprietário de um empreendimento de coches, mandou ao seu funcionário que colocasse em uma carruagem um cavalo indócil, treinado para caçar. O cavaleiro prevendo que poderia acontecer um acidente se negou a cumprir a ordem em um primeiro momento. Porém seu patrão reiterou a ordem e o ameaçou com uma possível demissão. Temendo perder seu emprego, o cocheiro atendeu a ordem. Como havia previsto, o cavalo durante o trabalho não obedeceu às rédeas, e causou lesões em um ferreiro que estava sobre a calçada.

O Tribunal Alemão, ao julgar esse caso, absolveu o cocheiro, reconhecendo que dele não se poderia exigir outro proceder, pois em caso de recusa em obedecer à ordem o mesmo perderia seu emprego (BRUNO, 1984). Nesse sentido, confirma Freudenthal (2003):

Portanto, o Tribunal Supremo confirma a sentença: não houve culpa, porque segundo a constatação dos fatos realizada pela audiência, não se podia exigir do acusado que recusasse obedecer ao patrão e perdesse seu emprego e sustento, somente para evitar a realização do tipo. (FREUDENTHAL, 2003, p. 81, tradução nossa)¹⁵.

Esse julgado possibilitou a inserção do livre-arbítrio no elemento da culpabilidade, com isso há uma negação da causalidade até então existente, e com isso se propõe um novo corte epistemológico na culpabilidade. Pois a causalidade não abarca o livre arbítrio.

São ainda citados como casos emblemáticos por Freudenthal (2003) “la trágica historia de un viajante”, o caso da Siciliana que assassinou seus tios, bem como o caso da parteira e os mineiros que cumpre aqui reproduzir:

¹⁵ Por tanto, el Tribunal Supremo confirma la sentencia: no hubo culpa, porque, según la constatación de los hechos realizada por la Audiencia, no podía exigirse al acusado que rehusara obedecer supatón y perder colocación y pan, solo para evitar la realización del tipo.

Outro casolevou a rubrica “a cegonha ante os jurados”; ocorreu assim: a companhia mineira St. J. concedia ao trabalhador dispensa do trabalho, com abono de todo o salário da jornada, no dia em que lhe houvesse nascido um filho. O resultado disso foi que os mineiros já não quiseram ter filhos nascidos no domingo. Porém, se a cegonha chegava à casa nesse dia, a parteira era avisada para indicar o dia do nascimento e o seguinte trabalhável, a fim de que o pai não perdesse a jornada livre. Como aquela opôs resistência, destacou-se que adiante iria a outra parteira, mais complacente, e que ela ficaria sem trabalho. Um dia a empresa se inteirou do “adiamento da cegonha” e, em seguida, o impediu. Mas o fiscal havia ouvido dele também. O jurado impôs aos mineiros uma pequena multa. O tribunal territorial se declarou incompetente para conhecer da apelação de um dos mineiros e submeteu a questão ao tribunal de jurados. Também a parteira foi processada. Deveria ter sido absolvida por falta de dolo. Já que não se podia esperar dela, atendida a situação, que não executasse o fato sob pena de perder seu meio de subsistência. (FREUDENTHAL, 2003. p. 86 e ss, tradução nossa)¹⁶.

A inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, tem uma importância fundamental na teoria do delito e na sua aplicação prática. Sabe-se que existem muitos doutrinadores contrários a esta tese, a título de exemplo a posição de Zaffaroni (2011):

Negamo-nos a reconhecer que haja uma causa de inculpação -legal ou 'supralegal' - de 'inexigibilidade de outra conduta', como foi sustentado pela doutrina estrangeira nos primórdios da teoria normativa da culpabilidade. (...) Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como temos entendido as hipóteses de inculpação, cremos que se torna totalmente desnecessária a busca de uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda sistemática da culpabilidade (ZAFFARONI, 2011, p. 570).

Muitos doutrinadores também se mostraram favoráveis a esta tese, como Aníbal Bruno (1984) um dos maiores defensores:

Não é que deliberadamente só por exceção se deva aplicar o princípio. Mas excepcional é, na realidade, o aparecimento de casos em que, de fato, fora da tipificação da lei, se possa dizer que, razoavelmente, e tendo em vista os fins do Direito Penal, não era exigível do agente um comportamento conforme à norma (BRUNO, 1984, p. 103).

¹⁶ Otro caso llevó la rúbrica 'la cigüena ante los jurados'; ocurrió así: la compañía minera St. J. concedía al obrero dispensa del trabajo, con abono de todo el sueldo de la jornada, el día en que le hubiese nacido un hijo. El resultado de esto fue que los mineros ya no quisieron tener niños nacidos en domingo. Sin embargo, si la cigüena llegaba a casa ese día, la comadrona era conminada a indicar como el del nacimiento el siguiente laborable, para que el padre no perdiese la jornada libre. Como aquélla opuso resistencia, se le hizo ver que en adelante se acudiría a otra partera, más complaciente, y que ella quedaría sin trabajo. Un día la empresa se enteró del 'aplazamiento de la cigüena' y, en lo sucesivo, se lo impidió. Pero el fiscal había oído de ello también. El jurado impuso a los mineros una pequeña multa. El tribunal territorial se declaró incompetente para conocer de la apelación de uno de los mineros y remitió el asunto al tribunal de jurados. También la comadrona fue enjuiciada. Hubiese debido ser absuelta por falta de dolo. Ya que no se podía esperar de ella, atendida la situación, que no ejecutase el hecho al precio de perder su medio de subsistencia.

Nesse sentido, também são as lições de Guilherme Nucci (2008): “A inexigibilidade de conduta diversa é uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que admitimos presente em nosso ordenamento, embora, em muitos casos, não se concretizem os seus requisitos” (NUCCI, 2008, p. 622).

Conforme analisado, a doutrina não é pacífica nesse ponto. A inexigibilidade de conduta diversa quando usada como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, possui a função nobre de evitar injustiça. A jurisprudência é farta de exemplos acerca do referido tema:

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Absolvição por inexigibilidade de conduta diversa. Possibilidade. Recurso provido. 1. É devido o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supra legal de exclusão da culpabilidade, se o agente estava sujeito a constrangimento insuperável. 2. Não é exigível conduta diversa ao oficial de justiça flagrado portando arma de fogo, durante o exercício de sua função, em local de extrema periculosidade, havendo provas de que, tempos atrás, o mesmo recebeu, por ordem do Juiz de Direito da Comarca, a referida arma, em razão dos riscos a que vive submetido, existindo inclusive acordo verbal entre o Juízo e o Comando da Polícia locais para que os oficiais de justiça da região não fossem abordados quando do cumprimento de suas funções. 3. Dado provimento ao recurso¹⁷.

Outro julgado no mesmo sentido:

Apelação Criminal - Abandono De Incapaz Majorado (Art. 133 , § 3º , Ii , Do Cp)- Dolo - Ocorrência - Tipicidade Provada -Autodeterminação - Inexistência - Inexigibilidade De Condutadiversa - Ocorrência - Absolvição - Recurso Provido. Age dolosamente a mãe que encaminha a filha para pedir esmolas em via pública, caracterizando-se o dolo de perigo exigido pelo tipo penal do art. 133 , do Código Penal . - É inexigível conduta diversa da mãe que pede à filha menor que peça esmolas em via pública, enquanto cuida dos irmãos menores da criança, os quais sequer pode alimentar, por falta de recursos financeiros. - Recurso provido¹⁸.

Através dos julgados acima é possível entender a importância jurídica e prática na vida da sociedade, da inexigibilidade de conduta diversa. Pois existirão situações em que não se poderá exigir do agente, uma outra conduta. É que ocorre com o oficial de justiça que para cumprir sua função em determinada localidade de extrema violência, porta arma de fogo, em razão dos riscos em que é submetido. Bem como, o caso da mãe que encaminha a filha para pedir esmolas na via pública, enquanto cuida dos irmãos da menor que sequer possuem comida para se alimentarem.

¹⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 10582130006544001. Relator: Marcio Eustáquio Santos - 7ª Câmara Criminal. Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 22 Maio 2015.

¹⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 10625100065030001. Relator: Augustinho Gomes de Azevedo - 7ª Câmara Criminal. Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 28 Jun. 2013.

4.7.4 A exculpação legal fundamentada na inexigibilidade de conduta

O Código Penal Brasileiro prevê duas causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa em seu artigo 22, são elas a coação moral irresistível e a obediência hierárquica. Ensina Ariosvaldo de Campos Pires (1973) citado por Leonardo Issac Yarochevsky (2000) que:“(...) o primeiro e dramático exemplo de coação moral irresistível, a nosso ver, está no Gên. 22, 1-12, onde se descreve o episódio do sacrifício a que Abraão se dispusera ao oferecer seu filho Issac em holocausto ao Senhor” (PIRESapud YAROCHEWSKY, 2000, p.74).

4.7.5 Coação moral irresistível

Sabe-se, que o direito penal, também trata da coação física ou vis absoluta, cumpre aqui esclarecer que esta modalidade não será analisada neste estudo, pois a coação física exclui a própria ação, por ausência de dolo ou culpa. Nesse sentido, Cláudio Brandão (2008) afirma que “A coação material, também chamada de vis absoluta, é causa de exclusão da própria ação por ausência de vontade, estando fora, por conseguinte, da culpabilidade” (BRANDÃO, 2008, p. 234).

Aristóteles (2005), muito tempo atrás, já escrevia sobre a vis compulsiva e a vis absoluta:

Por voluntário quero significar tudo aquilo que um homem tem o poder de fazer e faz com conhecimento de causa [...]; além disso, nenhum desses atos deve ser acidental nem forçado (por exemplo se A pega a mão de B e com ela bate em C, B não agiu voluntariamente pois a execução do ato não dependia dele). [...] Conseqüentemente, aquilo que se faz na ignorância, ou que, embora feito com conhecimento de causa, não depende do agente, ou que é praticado sob coação, é involuntário [...] aquele que sob coação e contra a sua vontade deixa de restituir um valor de que era depositário, agiu injustamente e cometeu um ato de injustiça, mas acidentalmente. [...] Entre os atos voluntários, alguns são desculpáveis e outros não (ARISTÓTELES. 2005, p.119).

Pode-se perceber que Aristóteles (2005) já dizia de certa forma, através de um exemplo, o que futuramente seria dito por Beling a respeito da tipicidade; e que em caso a conduta fosse ilícita, haveria a possibilidade de a mesma ser desculpável, quando o autor fosse submetido a uma coação.

A coação moral irresistível, também conhecida como vis compulsiva, ocorre quando o agente pratica um fato típico e antijurídico, porém em circunstâncias que não lhe eram possíveis de se exigir uma atuação em conformidade com o direito. Para Francisco de Assis Toledo (2008), na

coação moral:

[...] o coagido tem suas possibilidades de opção bastantes restringidas pelo temor de sofrer algum mal, não obstante age ou se omite, impelido pelo medo, valendo-se de suas próprias forças. Se esta última forma de coação, a vis compulsiva, for igualmente irresistível, exclui-se a culpabilidade do coagido, por não lhe ser exigida, nas circunstâncias, conduta diversa da que realizou (TOLEDO, 2008, p. 338).

Em resumo, na coação moral irresistível, o coagido tem o seu livre-arbítrio prejudicado, ademais a sua liberdade de escolha é retirada. Em consequência disso, a culpabilidade do coagido é excluída, somente respondendo pelo crime, o autor da coação. Nos casos em que a coação moral for resistível, o agente responderá pelo delito, mas lhe poderá ser aplicada a atenuante do artigo 65, III, c, primeira parte do Código Penal.

4.7.6 Obediência hierárquica

A obediência hierárquica, presente no artigo 22 do Código Penal Brasileiro, é causa legal de exclusão da culpabilidade. Por meio do estudo do direito administrativo, vislumbra-se que existem diversas relações regidas com base na hierarquia e subordinação.

Hely Lopes Meirelles (1994) lecionou que poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro pessoal. (MEIRELLES, 1994, p. 396). Isso fica muito claro, quando se pensa a respeito das forças armadas, em que a hierarquia e a disciplina são os alicerces do regime militar. A título de exemplo pode-se imaginar, o caso de um soldado cumprir uma ordem não manifestamente ilegal de seu general, e que a cumpra nos exatos termos em que a mesma foi passada, caso pratique um injusto, não poderá ser punido. Neste caso a liberdade de escolha do referido soldado, lhe é retirada, logo será inexigível comportamento diverso.

Para que o agente possa ser beneficiado com excludente em análise, é preciso que observe alguns requisitos, são eles: a ordem deve ser emanada de superior hierárquico; a ordem não pode ser manifestamente ilegal; o agente deve respeitar os limites da ordem. Neste sentido ensinava Nelson Hungria (1949):

a) Uma relação oficial (de direito público) de subordinação; b) ordem emanada de autoridade superior, nos limites de sua competência, em face do subordinado, e c) forma legal da ordem (isto é, preenchimento dos requisitos mediante os quais a ordem se impõe à obediência) (HUNGRIA, 1949, p. 427).

Cabe lembrar que deve necessariamente existir uma relação de direito público. As relações de direito privado poderão ser abarcadas, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

4.7.7 Sobre os institutos históricos-dogmáticos da inexigibilidade de conduta diversa

O surgimento da inexigibilidade de conduta diversa na dogmática penal ocorre em conjunto com a evolução teórica da culpabilidade. Cumpre aqui enfatizar que Reinhart Frank (2004), iniciou no direito penal o desenvolvimento da inexigibilidade de conduta diversa, por meio dos seus estudos se desenvolveu juízos de valores, que mais tarde serviram aos tribunais para discorrer, quando seria exigível uma conduta conforme ou não do autor de um fato típico e ilícito.

Pode-se constatar que Freudenthal (2003), aprofundou os estudos feitos inicialmente por Reinhart Frank(2004), inserindo em 1922, a exigibilidade de conduta diversa como elemento integrante da culpabilidade.

Para Frank (2004), a ideia de culpabilidade representava um juízo de reprovabilidade, sem um suporte fundamental, e que não havia presente a ideia de exigibilidade.

Sabe-se que os estudos de Frank (2004), foram os alicerces para que Berthold Freudenthal em 1922, e James Goldschmidt em 1930, desenvolvessem seus estudos acerca da inexigibilidade de conduta diversa. Embora ainda que de maneira muito humilde Reinhard Frank (2004), venha a reconhecer a não completude de sua obra, bem como lançar um desafio aos juristas futuros, a respeito da necessidade desenvolver a teoria da vontade e da representação (FRANK, 2004, p. 66).

Posteriormente, Freudenthal (2003) cria o sustentáculo da inexigibilidade de conduta diversa, qual seja, a exigibilidade de outra conduta.

Os conceitos de exigível, bem como o que não é exigível, foram os alicerces do trabalho de Freudenthal (2003). Sabe-se que a primeira guerra mundial, exerceu influência sobre os estudos de Freudenthal (2003), pois ele mesmo foi vítima de atos anti-semitas na Faculdade de Frankfurt no ano de 1917 (FREUDENTHAL, 2003, p.57).

A partir deste momento histórico, onde livre-arbítrio era muito valorizado, Freudenthal (2003) buscou refletir e questionar a grande distância existente entre a opinião pública e o direito penal. Logo, segundo o autor, opinião deveria exercer um peso sobre os julgamentos e o jurista não poderia dispensar isso (FREUDENTHAL, 2003, p. 63-64).

Por essa vertente surge a problemática a respeito do que seria exigível e do que seria inexigível. Essa questão é profunda, e diz respeito ao dolo, ou seja, se em determinada situação

fática, qualquer um da sociedade venha a agir, como o autor agiu no caso concreto. Freudenthal (2003) afirma que apesar de ter havido a prática de um injusto, “não se poderia naquelas circunstâncias cobrar-lhe outra conduta” (FREUDENTHAL, 2003, p.64). E finaliza o autor dizendo que em muitos julgamentos os tribunais condenam o agente, sendo que a opinião pública o inocenta, tornando clarividente o abismo entre a opinião pública e o direito. Refletindo acerca dessa contradição, afirma o Catedrático de Frankfurt “O Direito, suas características e sua ciência são feitos para o homem, não ao contrário” (FREUDENTHAL, 2003, p.13).

Berthold Freudenthal (2003) afirma ainda, que a exigibilidade de outra conduta deve ser aferida no caso concreto, e que caso não seja exigível do autor de um injusto, agir de maneira diversa deve ser a culpabilidade rechaçada (FREUDENTHAL, 2003 p.88).

Em um momento posterior James Goldschmidt (2002), procurou desenvolver alguns conceitos que segundo ele, eram insuficientes para o conceito normativo de culpabilidade, e derivaram dos estudos de Frank (2005) e Freudenthal (2003). De forma geral, Goldschmidt (2002) procurou se debruçar sobre questões a “características normativa da culpabilidade” e seus desdobramentos, como a reprovabilidade, a contrariedade ao dever, a exigibilidade, bem como a motivação normal de Frank. (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 86-87).

Em sua doutrina, Goldschmidt (2002) reconhece como indispensável que o conceito de contrariedade ao dever, seja inserido na construção normativa da culpabilidade, entendendo a consciência da ilicitude, posicionada sobre a base do dever ser. (GOLDSCHMIDT, 2002, p.21).

Assim, louváveis são os estudos de Frank (2004), Freudenthal (2003) e Goldschmidt (2002), sobre o que seria exigível ou não de um autor de um injusto. A inexigibilidade de conduta diversa tema controvertido, merece um estudo mais aprofundado que não será feito nesse espaço, para não fugir ao objetivo proposto nessa dissertação.

5 AGENTE INFILTRADO SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA

Para falar sobre o garantismo penal é imprescindível remeter à obra do autor italiano Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão*. Esse modelo é fruto em grande parte da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo (FERRAJOLI, 2006, p.37).

Mas o que é garantismo? Segundo Ernest Von Beling:

Mas, o que é o garantismo? A grandes recursos, digamos que se trata de preservar as garantias aos que têm direito, incluindo aqueles que infringiram a lei e, ainda mais, tratar na medida do possível de amenizar as penas privativa de liberdade e, em seu caso, substituí-las por meios de acordo com a ideia de ressocialização daqueles indivíduos sujeitos a uma condenação penal. (BELING, 2002, p.35, tradução nossa)¹⁹.

O modelo garantista é alicerçado em um direito penal mínimo, que observe sempre a legalidade estrita, a lesividade dos crimes, a materialidade, o contraditório e tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo fica claro que, o foco do garantismo penal é limitar o poder punitivo do Estatal, por meio do controle das instituições penais estatais e amplitude da legislação criminal. Cumpre aqui esclarecer que Ernest Von Beling foi quem plantou o embrião do garantismo na ordem jurídica.

A teoria do garantismo penal é usada tanto no campo penal, como na seara processual penal, com a finalidade evitar modelos autoritários, totalitários e irracionais, que desrespeitem ou suprimam direitos dos acusados, como ocorreu infelizmente na história da humanidade, com a punição das bruxas, hereges, judeus, e como narrado na obra *Vigiar e Punir* de Foucault:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atado se aplicará chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.¹ Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*].² Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas... Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes

¹⁹ Pero, ¿qué es el garantismo? A grandes rasgos, digamos que se trata de preservar las garantías a las que tienen derecho incluso aquellos que han infringido la ley y, aún más, tratar en lo posible de morigerar las penas privativas de la libertad y, en su caso, reemplazarlas por medios acordes con la idea de resocialización de aquellos individuos sujetos a una condena penal.

repetia: “Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me”. Os espectadores ficaram todos edificadas com a solicitude do cura de Saint-Paul que, a despeito de sua idade avançada, não perdia nenhum momento para consolar o paciente. [O comissário de polícia Bouton relata]: Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas ad hoc, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atenazou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras. Depois desses suplícios, Damiens, que gritava muito sem contudo blasfemar, levantava a cabeça e se olhava; o mesmo carrasco tirou com uma colher de ferro do caldeirão daquela droga fervente e derramou-a fartamente sobre cada ferida. Em seguida, com cordas menores se ataram as cordas destinadas a atrelar os cavalos, sendo estes atrelados a seguir a cada membro ao longo das coxas, das pernas e dos braços. O senhor Le Breton, escrivão, aproximou-se diversas vezes do paciente para lhe perguntar se tinha algo a dizer. Disse que não; nem é preciso dizer que ele gritava, com cada tortura, da forma como costumamos ver representados os condenados: “Perdão, meu Deus! Perdão, Senhor”. Apesar de todos esses sofrimentos referidos acima, ele levantava de vez em quando a cabeça e se olhava com destemor. As cordas tão apertadas pelos homens que puxavam as extremidades faziam-no sofrer dores inexprimíveis. O senhor Le Breton aproximou-se outra vez dele e perguntou-lhe se não queria dizer nada; disse que não. Achearam-se vários confessores e lhe falaram demoradamente; beijava conformado o crucifixo que lhe apresentavam; estendia os lábios e dizia sempre: “Perdão, Senhor”. Os cavalos deram uma arrancada, puxando cada qual um membro em linha reta, cada cavalo segurado por um carrasco. Um quarto de hora mais tarde, a mesma cerimônia, e enfim, após várias tentativas, foi necessário fazer os cavalos puxar da seguinte forma: os do braço direito à cabeça, os das coxas voltando para o lado dos braços, fazendo-lhe romper os braços nas juntas. Esses arrancos foram repetidos várias vezes, sem resultado. Ele levantava a cabeça e se olhava. Foi necessário colocar dois cavalos, diante dos atrelados às coxas, totalizando seis cavalos. Mas sem resultado algum. Enfim o carrasco Samson foi dizer ao senhor Le Breton que não havia meio nem esperança de se conseguir e lhe disse que perguntasse às autoridades se desejavam que ele fosse coitado em pedaços. O senhor Le Breton, de volta da cidade, deu ordem que se fizessem novos esforços, o que foi feito; mas os cavalos empacaram e um dos atrelados às coxas caiu na laje. Tendo voltado os confessores, falaram-lhe outra vez. Dizia-lhes ele (ouvi-o falar). “Beijem-me. reverendos”. O senhor cura de Saint-Paul não teve coragem, mas o de Marsilly passou por baixo da corda do braço Saint-Paul que rezasse por ele na primeira missa. Depois de duas ou três tentativas, o carrasco Samson e o que lhe havia atenazado tiraram cada qual do bolso uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; os quatro cavalos, colocando toda força, levaram-lhe as duas coxas de arrasto, isto é: a do lado direito por primeiro, e depois a outra; a seguir fizeram o mesmo com os braços, com as espáduas e axilas e as quatro partes; foi preciso cortar as carnes até quase aos ossos; os cavalos, puxando com toda força, arrebataram-lhe o braço direito primeiro e depois o outro. Uma vez retiradas essas quatro partes, desceram os confessores para lhe falar, mas o carrasco informou-lhes que ele estava morto, embora, na verdade, eu visse que o homem se agitava, mexendo o maxilar inferior como se falasse. Um dos carrascos chegou mesmo a dizer pouco depois que, assim que eles levantaram o tronco para o lançar na fogueira, ele ainda estava vivo. Os quatro membros, uma vez soltos das cordas dos cavalos, foram lançados numa fogueira preparada no local sito em linha reta do patíbulo, depois o tronco e o resto foram cobertos de achas e gravetos de lenha, e se pôs fogo à palha ajuntada a essa lenha. ...Em cumprimento da sentença, tudo foi reduzido a cinzas. O último pedaço encontrado nas brasas só acabou de se consumir às dez e meia da noite. Os pedaços de carne e o tronco permaneceram cerca de quatro horas ardendo. Os oficiais, entre os quais me encontrava eu e meu filho, com alguns arqueiros formados em destacamento, permanecemos no local até mais ou menos onze horas. (FOUCALT, 1999, p. 8 -10).

Segundo Ferrajoli, o direito penal deve ter por escopo, uma dupla proteção; ao ofendido pela sua fragilidade, bem como o autor do delito frente ao Estado. Nesse sentido leciona Ferrajoli:

É claro que, entendido dessa maneira, o fim do direito penal não pode se reduzir a uma mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. Dito fim supõe melhor a proteção do fraco contra o mais forte, tanto do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pelas vinganças; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos com ela solidários. (FERRAJOLI, 1995, p.39, tradução nossa)²⁰.

O garantismo penal também é alvo de críticas, no sentido de que somente o respeito as garantias penais e processuais penais dos cidadãos, não é suficiente para que se evite injustiças. Nesse sentido são as lições de Silva Sanchez:

Uma das críticas mais fundamentadas que se dirigiu ao “neoclassicismo” é sua limitação aos aspectos exclusivamente formais, deixando de lado a questão de uma efetiva diminuição da intervenção penal, de sua redução ao estritamente necessário. (SANCHEZ, 1992, p.37, tradução nossa)²¹.

Hodiernamente, constata-se na prática penal, que embora as garantias fundamentais dos acusados sejam respeitadas, muitas das vezes, vem a colidir com alguns princípios penais e violam a dignidade da pessoa humana. Lenio Streck expõe alguns destes casos; semelhantes ao julgamento do HC 201.325 do STJ, em que o paciente foi condenado pelo Tribunal Estadual a 7 anos de reclusão, no regime fechado e trezentos e dezenove dias-multa pela conduta de ter furtado cuecas usadas.

Poder-se-ia acrescentar ainda outros exemplos, como o caso de dois cidadãos condenados a 2 anos de reclusão por terem “subtraído”, das águas de um bucólico açude no interior do Estado Rio Grande do Sul, 9 peixes tipo “traíra”, avaliados em R\$7,50, ou do cidadão que ficou preso por ordem da justiça de Tubarão, SC, pelo período de 60 dias, por ter tentado furtar R\$10,00, cuja cédula jamais foi encontrada; ou, ainda, do casal catarinense que ficou 46 dias preso preventivamente, por tentar furtar um par de chinelos. (STRECK, 2009, p.325).

²⁰ Es claro que, entendido de esta manera, el fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios.

²¹ Una de las críticas más fundadas que se le han dirigido al «neoclasicismo» es su limitación a los aspectos exclusivamente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal, de su reducción a lo estrictamente necesario.

Deste modo a vertente do direito penal mínimo ou do “minimalismo penal” nos parece mais acertado, para que se evite injustiças e o Estado possa fazer valer o seu jus puniendi, sem agir como um tirano, vulnerando a dignidade de seu povo. Acompanha esse entendimento Paulo de Souza Queiroz:

Reduzir, pois tanto quanto possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também (...) um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1), que declara, como seus fundamentos, a “dignidade da pessoa humana”, a “cidadania”, os “valores sociais do trabalho”, e proclama, como seus objetivos fundamentais, “construir uma sociedade livre, justa, solidária, que promete “erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais”, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3), e assume, assim declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema penal, máxime quando é esse Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte corresponsável pelos dramáticos conflitos que daí derivam. (QUEIROZ, 1998. p.31-32).

Logo deve se ter em mente que uma das missões do direito penal é combater a criminalidade sem que haja mitigação dos direitos do acusado. Sabe-se que a infiltração policial vulnera vários direitos do cidadão elencados na Constituição Federal, por esta razão esta técnica investigativa, só deve ser utilizada em casos excepcionais elencados na lei e ser devidamente motivada na decisão judicial, que autoriza a infiltração policial.

O crime organizado atualmente emprega os mais diversos meios tecnológicos entre outras ações para concretizar o seu mister. Diante destas novas formas de delinquir, o Estado de direito tenta reagir dentro da legalidade, com o emprego de formas de combate à criminalidade mais agressivas, mas que façam frente a macro criminalidade hodierna. O crime organizado vem crescendo a uma dimensão nunca antes vista, empregando novas tecnologias na empreitada criminoso, é nesse contexto que deve se encarar, a figura do agente infiltrado. (ONETO, 2005, p.45)

A infiltração policial hodiernamente é o meio de investigação eficaz em relação a determinados delitos, mas que deve ser utilizado com a cautela necessária, ou seja, como *ultima ratio*. Embora a sociedade venha clamando, cada vez mais por um punitivíssimo exacerbado, fomentado pelos meios de comunicação, o emprego de técnicas de natureza invasiva, devem ser devidamente avaliadas pelo poder judiciário, sobre o filtro constitucional. Deve se ter em mente, que o a técnica investigatória consistente no agente infiltrado é uma medida excepcional,

não se justificando a ampliação do seu âmbito de atuação.

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O AGENTE INFILTRADO

Ao falar sobre o direito penal do inimigo, remete-nos a um direito de exceção defendido por Gunter Jakobs, este penalista alemão acredita na pena como solução, para combater a criminalidade. É notório a sua convicção na prevenção geral positiva, como forma de legitimar a sanção penal. Para Jakobs (1998), a teoria da prevenção geral positiva, tem por principal fim, a estabilização do direito que se produz, com a reafirmação da lei penal violada, definida por ele como bem jurídico-penal. Vejamos as palavras de Jakobs (1998):

Fala-se de prevenção geral positiva não intimidatória, mas como já se afirmou, confirmatória, quer dizer, de uma confirmação frente a todos. Esta teoria da prevenção geral positiva não carece de antecessores, mas que é próxima, por sua vez, à doutrina de Welzel, segundo a qual o Direito Penal tem uma “função ético-social”, o que significa que demonstraria “a vigência ininterrupta” dos “valores de ato da atitude conforme o Direito”, que forma “o juízo ético-social dos cidadãos” e fortalece “sua permanente atitude favorável ao Direito”. (JAKOBS, 1998, p. 32, tradução nossa)²².

Em resumo para Jakobs (1998), a prevenção integração não tem nada a ver com a proteção de bem jurídicos, para ele o direito tem a função de estabilizar as expectativas normativas e políticas. Juarez Cirino dos Santos esclarece as bases do direito penal do inimigo, ao falar sobre Jakobs:

No começo do novo milênio, as energias intelectuais desse famoso penalista foram consumidas no trabalho de dividir o Direito Penal em dois sistemas diferentes, propostos para compreender duas categorias de seres humanos também considerados diferentes – os cidadãos e os inimigos –, cujos postulados transitam dos princípios do democrático Direito Penal do fato e da culpabilidade para um discriminatório Direito Penal do autor e da periculosidade. A melhor crítica dessa distribuição dos seres humanos por dois sistemas diferentes de Direito Penal consiste em descrever o projeto de JAKOBS, apresentado no célebre artigo “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht” (Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo), publicado em 2004. (DOS SANTOS, 2009, p.2).

O termo direito penal do inimigo – *Feindstrafrecht*—foi usado por Jakobs pela primeira vez, em um evento sobre o direito penal, que ocorreu em Frankfurt em 1985. (POLAINO – ORTS, 2006)

Para Jakobs,(2004) deve existir um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) e um

²² Se habla de prevención general positiva no intimidatoria, sino, como se ha dicho, confirmatoria, es decir, de una confirmación frente a todos". Esta teoría de la prevención general positiva no carece de antecesores, sino que es próxima, a su vez, a la doctrina de Welzel según la cual el Derecho penal tiene una "función ético-social", lo que significa que demostraría "la vigencia inquebrantada" de los "valores de acto de la actitud conforme a Derecho", que forma "el juicio ético-social de los ciudadanos" y fortalece "su permanente actitud favorable al Derecho.

direito penal do cidadão (*Burgerstrafrecht*), eventualmente um modelo pode vir a sobrepor o outro. Ou seja, para o cidadão deve ser respeitado todos os direitos e garantias fundamentais, já para o inimigo, deve ser retirado os seus direitos fundamentais, pois dificultam uma punição rápida e eficaz. Nas palavras professor da Universidade de Bonn:

Quando se fala aqui de direito penal do cidadão e do direito penal do Inimigo, fala-se de dois modelos ideais que raramente se deixam achar em sua forma pura: assim na avaliação de um fato pouco estimulante – direito penal do cidadão – insere-se pelo menos uma leve defesa contra perigos futuros – direito penal do inimigo, e mesmo o terrorista mais diferenciado de um cidadão será pelo menos formalmente tratado como pessoa, quando a ele, no processo penal, os direitos de um acusado civil forem concedidos. Logo, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um mesmo mundo, ou revelar duas tendências concorrentes em um contexto de Direito penal, em que tais tendências definitivamente podem se sobrepor, ou seja, a do tratamento do agente como pessoa, ou como fonte de perigo, ou como meio de impedir outras pessoas. (JAKOBS, 2004, p.93, tradução nossa).

Henrique Viana Perreira resume o direito penal inimigo:

Em brevíssima síntese, tem-se que Jakobs procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, no qual seriam observados todos os princípios fundamentais garantistas inerentes ao Direito Penal moderno, e o Direito Penal do Inimigo, destinados a um grupo específico de delinquentes que deliberadamente desrespeitam o Estado de Direito, os quais não poderiam, portanto, ter direito à observância dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos. (PERREIRA, 2014, p. 102).

O direito penal do inimigo, tem um discurso sedutor, no mesmo sentido que se escuta todos os dias na mídia; e que aos leigos pode parecer viável e capaz de solucionar os problemas da segurança pública. Na verdade o discurso de Jakobs não é novidade. O direito penal do inimigo, já vem sendo empregado através da história para selecionar os possíveis inimigos, e perseguir essas minorias que eram consideradas perigosas para a sociedade. Se hoje o inimigo é o crime organizado, em outras épocas já foram as bruxas, hereges, feiticeiros, satã e todos aqueles que negavam a existência destes seres. (ZAFFARONI, 2007, p. 83-86)

A tese do direito penal do inimigo, prega a desigualdade perante a lei entre inimigos e cidadão, contrariando o caput do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que estatui que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” Um Estado que se diz democrático, não pode tratar diferenciadamente seu povo, no sentido de a uns (cidadãos), garantir direitos e a outros (inimigos) extirpar direitos e garantias fundamentais para facilitar a sanção penal.

Infelizmente, o discurso do direito penal do inimigo, soma-se ao tradicional mito do

direito penal, como o direito igual por excelência. Ou seja, no curso de direito o estudante aprende que o direito penal protege a todos, contra as ofensas aos seus bens jurídicos mais relevantes e que a lei penal é igual para todos. No entanto, o direito penal é o direito desigual por excelência, logo esta suposta igualdade é uma falácia que tenta encobrir as suas reais funções. O direito penal tende a privilegiar as classes mais favorecidas economicamente, e a imunizar do processo de criminalização de diversas formas, como, por exemplo, a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pela lei penal. Por outro lado, o processo de criminalização é dirigido às classes subalternas, nas formas de desvios típicos desta classe. Em resumo, enquanto para as classes subalternas a “rede” do direito penal é muito fina, contra os crimes que contradizem às relações de produção e distribuição capitalistas, para a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas das classes dominantes, a “rede” do direito penal é muito larga e elástica. (BARATTA, 2002, p.162-165). Comunga deste entendimento, Juarez Cirino dos Santos:

[...] as ideias complementares de estabilização das expectativas normativas do Direito Penal do cidadão e de eliminação antecipada do Direito Penal do inimigo integram o tradicional discurso ideológico encobridor da função real de garantia das desigualdades sociais realizada pelo Direito Penal nas sociedades modernas, mas com uma diferença essencial: a forma igual do Direito Penal do cidadão garante as desigualdades sociais, a forma desigual do Direito Penal do inimigo amplia as desigualdades sociais garantidas. (DOS SANTOS, 2009, p.18).

Sabe-se que antes do Estado necessita de freios, aos seus vorazes poderes punitivista. Caso o poder punitivo estatal não encontre limites, se transforma em Estado de Polícia, o que é totalmente contrário a um Estado Democrático de Direito. Neste sentido Juarez Cirino dos Santos assevera: “esta proposta do direito penal do inimigo promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo” (DOS SANTOS, 2009, p.12-13).

A infiltração policial é uma forma de investigação, que inegavelmente vulnera vários direitos do investigado, por essa razão deve ela se dar de maneira subsidiária, ou seja, como *ultima ratio*. No atual Estado de direito, a criminalidade organizada vem sendo tratada como um inimigo estatal. A mídia diariamente fomenta, ainda que sem nenhum estudo sobre o tema, a punição a todo custo, pregando um direito penal de terceira velocidade. Sabe-se que o direito penal é usado de maneira simbólica, como meio de reprimir a prática de crimes, porém o direito penal não é uma solução infalível para os problemas da humanidade, pelo contrário, seu uso causa dor, em todos que alcança. Também apontam neste sentido, as lições de Henrique Viana Perreira:

Não é difícil perceber que um discurso calcado em flexibilização, e até mesmo, inobservância dos direitos e garantias fundamentais, configura um enorme retrocesso que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito. Não se pode permitir que a dignidade da pessoa humana seja vulnerabilizada em nome de um discurso vazio que utiliza conceitos indeterminados, como “delinquentes” e “inimigos”, os quais podem ser, facilmente, selecionados pela orientação política dominante. Toda a sociedade, sem dúvida, sairá prejudicada, assombrada pela ameaça do desrespeito a garantias básicas há muito conquistadas pela humanidade.

E, por fim, além da ameaça à dignidade da pessoa humana trazida pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem, tem-se que a tentativa de se educar a sociedade através do Direito Penal, incriminando-se comportamentos pouco relevantes e agravando penalidades, leva a um Direito Penal puramente simbólico, impossível de ser aplicado. (PERREIRA, 2014, p. 102).

O direito penal do inimigo promove de certa forma, a demonização de determinados grupos, tais como as organizações criminosas dentre outros, o que cria uma tipificação de maneira oculta, o que incute a ideia de uma maior severidade na punição dos crimes por eles praticados (MELIÁ, 2007, p. 38).

As pessoas que são tratadas como inimigas, segundo o pensamento de Jakobs (2004), tem seus direitos fundamentais vilipendiados, e merecem uma tutela penal diferenciada segundo seu discurso. Essa vertente punitivista, do direito penal do inimigo não deve ser aceita no direito penal e mais especificamente na infiltração policial. O agente infiltrado deve atuar amparado pelo princípio da legalidade, com a devida autorização judicial e em *ultima ratio*. Não se pode cogitar em se aceitar, que os direitos do suspeitos sejam suprimidos, ou que estes venham a ser tratados como inimigos. Neste sentido, não deve ser aceito o emprego do agente infiltrado como *prima ratio*. Sob pena de se banalizar a infiltração policial. Também não pode ser admitido em nenhuma hipótese o uso do agente provocador, sob pena de nulidade da prova.

Embora este discurso possa parecer lógico e simples, deve-se ter em mente, que em qualquer situação, não deve ser aceito emprego da infiltração policial de forma irregular ou o uso do agente provocador. Fazendo uma analogia ao caso trazido por Luis Greco. Mesmo que seja inserida uma bomba relógio em um ponto da cidade, por terroristas com o fim de matar inocentes, daqui a seis meses. Não deve ser permitido o emprego da infiltração policial, se está não estiver pautada na legalidade, e em respeito aos direitos constitucionais do acusado. (GRECO, 2009).

O que diferencia o Estado de um bando de salteadores é a obediência as regras, e o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo (KELSEN, 1998, p.31-35). Nesse sentido, são os ensinamentos de Roxin citado por Luiz Greco: “a sua superioridade moral em relação ao delinquente consiste no fato de que o Estado não se vale dos mesmos métodos que ele” (GRECO, 2009, p. 258).

Logo, o uso do agente infiltrado e qualquer outro método investigativo, não pode ser guiado por um direito de exceção, que defende um tratamento desigual entre cidadãos e inimigos, sob pena de o Estado Democrático de Direito se converter em um Estado de Polícia.

7DA UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS PELO AGENTE INFILTRADO E A SUA UTILIZAÇÃO EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Sabe-se que o agente infiltrado dissimula sua identidade, para buscar provas sobre os delitos, os quais está investigando. Logo o acusado, não sabe a real identidade do infiltrado, muitas vezes fazendo, ele próprio prova contra si mesmo. Desta forma as provas obtidas por meio da infiltração policial, são o produto final de um grande equívoco do acusado.

O policial infiltrado irá testemunhar em juízo e juntar aos autos, provas da autoria e materialidade delitivas logradas por esse método de investigação. Porém essas provas podem embasar uma sentença condenatória?

Se essa infiltração policial estiver em conformidade com a lei e em consequência devidamente autorizada judicialmente, colhidas sem nenhum abuso pelo agente infiltrado deveram ser analisadas em juízo e valoradas com qualquer prova do inquérito policial (SOUSA, 2015, p.105).

Se, porém, o agente infiltrado realizar sua missão com a colheita de amplo material probatório, mas não existir autorização judicial para a infiltração policial, todas as provas obtidas de maneira ilícita deveram ser expurgadas do processo, bem como todas as provas que derivem delas, em conformidade com a teoria dos frutos da árvore envenenada, em regra.

Outra situação possível é a que o agente infiltrado atue de forma indevida, embora autorizado judicialmente, neste caso, as provas obtidas não poderão ser utilizadas no processo e nem muito menos fundamentar uma eventual condenação.

Esse raciocínio nos conduz as teorias processuais penais de convalidação de provas, as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente. Pode ocorrer, que o policial infiltrado venha coletar alguma prova usando de tortura, excedendo os limites da autorização judicial ou com vício que acarretará com a declaração de nulidade da prova assim perquirida, e a responsabilização dos responsáveis.

Porém a teoria da descoberta inevitável, é uma exceção a teoria dos frutos da árvore envenenada, que surgiu no direito norte-americano e poderá ser utilizada em casos excepcionais. Em suma, esta teoria é no sentido de que, se uma prova derivada de outra ilícita, iria ser produzida de qualquer forma, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser válida. Roxin também nos ensina a respeito do tema,

Uma proibição de valoração probatória não é improcedente quando o meio de prova foi obtida, também, possivelmente, sem o vício de procedimento; bastante, sua

obtenção deve ter sido realizada muito provavelmente em virtude das investigações precedentes. (ROXIN, 2003, p. 193, tradução nossa)²³.

Melhor exemplificando, caso o agente infiltrado seja um policial civil e venha a violar a residência do chefe de uma organização criminosa durante a noite, para subtrair um computador, com amplo material probatório, de todo o *iter criminis* da organização criminosa, obtendo assim provas ilicitamente. No entanto, a polícia federal vinha investigando esse mesmo chefe de organização criminosa, e havia descoberto por meio de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas o local em que se encontrava o computador, e iria realizar a busca e apreensão, horas depois, tudo devidamente autorizado judicialmente. Podemos concluir que nesse caso seja aplicado a teoria da descoberta inevitável, pois essa prova seria arrecadada lícitamente pela polícia federal.

A teoria da fonte independente, também é uma exceção a teoria dos frutos da árvore envenenada surgiu em terras norte-americanas. Segundo a teoria da fonte independente, caso a acusação demonstre, que conseguiu de forma legítima, novas provas a partir de uma fonte autônoma de prova, que não tenha relação de causalidade ou dependência de uma prova ilícita, esses elementos de informação, serão válidos, pois não sofrem da ilicitude originária. Eugênio Pacelli de Oliveira leciona:

[...] a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte independente é apenas isso: prova não relacionada com fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais.

[...] Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude. (OLIVEIRA, 2012, p. 355).

Marllon Sousa traz à baila o seguinte exemplo de aplicação da teoria da fonte independente:

Como exemplo de aplicação da fonte independente é trazido o caso em que o agente infiltrado abastece a acusação, a partir de arrombamento de um cofre secreto no porão da residência do chefe de uma organização criminosa, com provas de envolvimento em crime de lavagem de dinheiro de pessoas de determinada sociedade. Contudo, paralelamente, a Receita Federal do Brasil, a partir de procedimentos administrativo fiscal instaurado sem qualquer vinculação aos fatos obtidos pela infiltração policial, descobre os mesmos ilícitos e remete ao Ministério Público Federal a representação fiscal para fins penais. (SOUSA, 2015, p. 106).

²³ Una prohibición de valoración probatoria no es improcedente cuando el medio de prueba sido obtenido, también, posiblemente, sin el vicio de procedimiento; antes bien, su obtención debe haber sido realizada muy probablemente em virtud de las investigaciones precedentes.

Em resumo, caso o agente infiltrado obtenha uma prova ilícita, essa deverá ser declarada nula, e não admitida no processo, salvo o caso em que possam ser aplicadas a teoria da descoberta inevitável e da fonte independente.

As teorias da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, devem ser aplicadas com absoluta cautela e somente em casos inequívocos, para evitar qualquer mitigação dos direitos fundamentais do acusado. Em caso de dúvida quanto a origem da prova ou doseu nexo causal sobre a sua derivação de provas ilícitas, deve ser aplicado o *in dubio pro reo*.

8 O AGENTE INFILTRADO NO DIREITO COMPARADO

8.1 Alemanha

Assim como no Brasil na Alemanha o uso da infiltração policial só é admitida com *ultima ratio*. Nesse ponto, Isabel Oneto esclarece:

O recurso a agentes infiltrados está sujeito ao princípio da subsidiariedade, restringindo-se a realização de operações encobertas aos casos em que, de outra forma, as investigações ficariam voltadas ao fracasso. Uma segunda limitação prende-se com a necessidade de no caso concreto, existirem indícios suficientes de que o crime cometido é considerado grave no domínio do tráfico de estupefacientes ou de armas, falsificação de moeda, documentos ou valores, segurança do Estado ou quando o crime seja cometido por um grupo organizado. (ONETO, 2005, p. 97).

Ou seja, deve ser imprescindível, por ferir diversos direitos, tais como intimidade, a nãoautoincriminação, dentre outros que falamos ao longo deste trabalho. As infiltrações policiais foram inseridas no ordenamento jurídico germânico quando da aprovação do *OrgK – Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* (Lei contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Outras Manifestações de Criminalidade Organizada) de 22 de setembro de 1992, que introduziu os § 110^a e § 110e do StPO, ou seja no Código de Processo Penal Alemão. (ONETO, 2005, p. 96).

O Código de Processo Penal Alemão em seu § 110^a prevê a utilização do agente infiltrado, no caso de tráfico de drogas, de tráfico ilícito de armas, falsificação de moeda, segurança do Estado, nos crimes habituais, organizações criminosas. Nota-se que a Alemanha adota um rol mais extenso de crimes, dos quais podem ser utilizados o agente infiltrado, a exemplo do Brasil que utiliza a infiltração policial para combater o tráfico de drogas e as organizações criminosas.

O agente infiltrado alemão deve ser um policial do departamento de polícia, que receberá uma identidade falsa para utilizar por determinado período de tempo. Logo percebe-se que o Estado Alemão não autoriza o emprego de particulares, para realizarem a infiltração policial. A legislação Alemã prevê expressamente a utilização de documentos falsos pelo agente infiltrado. A infiltração policial depende de aprovação do Ministério Público por escrito. Porém em caso de urgência, essa técnica investigativa pode ser utilizada sem esta comunicação por até três dias, e caso o Ministério Público discorde desta infiltração, ela deve cessar a partir da

manifestação do *parquet*.²⁴

A infiltração policial deve ser autorizada por tempo determinado, porém é possível a prorrogação da medida excepcional. O agente infiltrado precisa de autorização judicial para adentrar em domínio privado, porém em casos de urgência, o Ministério Público pode autorizar a medida unilateralmente (CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 88).

Alguns pontos na legislação alemã chamam a atenção negativamente, como por exemplo, o órgão da acusação poder autorizar, embora que excepcionalmente o ingresso do agente infiltrado em ambientes privados. Outro ponto bastante curioso é a possibilidade da infiltração policial ser utilizada, em caso de urgência sem a devida autorização judicial, ou apenas autorização do Ministério Público. Estes pontos da legislação alienígena, aproxima-se de um direito penal de emergência, em que a busca pela eficiência e acaba por atropelar direitos e garantias do indivíduo, em troca de uma “eficiência punitivista”.

Outro ponto dessa legislação, que cumpre destacar é que o agente infiltrado não pode vir a delinquir no decurso das operações de infiltração policial, embora alguns sectores reclamem a aprovação de leis que venha a possibilitar ao agente infiltrado, praticar pequenos delitos (ONETO, 2005, p.98). Isabel Oneto afirma:

Deste modo, o agente que no decurso de uma operação seja forçado a praticar um crime terá que invocar uma causa de justificação ou de exclusão da culpa, ainda que, o § 35 do StGB (estado de necessidade desculpante) refira-se expressamente que este preceito não se aplica quando o autor seja forçado a aceitar o perigo, de acordo com as circunstâncias, em particular porque ele mesmo causou o perigo ou porque se encontra numa posição especial (pelo seu ofício) (ONETO, 2005, p. 98).

Ou seja, o agente infiltrado na Alemanha que venha a praticar um injusto penal, em sua missão poderá se valer do estado de necessidade. Devemos nos recordar que a Alemanha adota a teoria diferenciadora em relação ao estado de necessidade, a qual melhor explica Cláudio Brandão:

Existem duas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do estado de necessidade: a teoria diferenciadora e a teoria unitária. A teoria diferenciadora surge na Alemanha e é baseada na interpretação sistemática do Código Civil e do Código Penal. Para a teoria diferenciadora, o estado de necessidade pode excluir a culpabilidade ou a antijuridicidade; se o bem sacrificado for de mesmo valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá a culpabilidade. Se o bem sacrificado for de menor valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade, sendo considerado uma causa de justificação. Para a teoria unitária, o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade da ação, quer o bem sacrificado seja de mesmo valor que o preservado, quer ele seja de menor valor. O direito

²⁴ Código de Processo Penal Alemão. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_110a.html>. Acesso em: 18 Ago. 2016.

brasileiro adota a teoria unitária, conforme se pode verificar no art. 24 supracitado, que fala apenas em exclusão da antijuridicidade. (BRANDÃO, 2015, p. 98-99).

A depender do caso concreto, em que o agente infiltrado tenha sido forçado a praticar um crime, durante a sua missão. Mesmo que venha a invocar o estado de necessidade, em terras germânicas, ele pode ter a sua culpabilidade ou ilicitude excluída conforme nos ensinou Brandão, pois a teoria diferenciadora pode excluir tanto a culpabilidade como a ilicitude da conduta.

8.1.2 Espanha

Na Espanha, a infiltração policial é prevista pela em seu Código de Processo Penal, a Ley de Enjuiciamiento Criminal em seu artigo 282 bis. De forma geral, a legislação espanhola, estabelece que o a técnica consistente em infiltração policial tem por escopo investigar delitos praticados por organizações criminosas. Para que a infiltração ocorra é necessário autorização do juiz da instrução, devidamente fundamentada ou pelo Ministério Público, o qual deve reportar ao magistrado. Essa autorização pelo *parquet*, nos causa estranheza, pois é característica de Estados Autoritários, ou seja de um direito penal de emergência.

A infiltração policial é tratada como *ultima ratio*, ou seja somente quando os outros meios de investigação comumente utilizados não se mostrem eficientes. Para melhor fidelidade à lei espanhola vamos trazê-la à baila e posteriormente continuaremos a comenta-la:

Artigo 282

1. Aos fins previstos no artigo anterior e quando se tratar de investigações que afetem atividades próprias da criminalidade organizada, o juiz da instrução competente ou o Ministério Fiscal, prestando conta imediatamente ao juiz, poderão autorizar funcionários da Polícia Judiciária, mediante resolução fundamentada e considerando sua necessidade aos fins da investigação, a atuar sob identidade suposta e a adquirir e transportar os objetos, resultados e instrumentos do delito e adiar a apreensão dos mesmos. A identidade suposta será outorgada pelo Ministério Público do Interior pelo prazo de seis meses, prorrogáveis por períodos de igual duração, ficando legitimamente habilitados para atuar em todo o relacionado com a investigação concreta e para participar no trânsito jurídico e social sob tal identidade.

A resolução por meio da qual se acorde deverá constar o nome verdadeiro do agente e a identidade suposta com a qual atuará no caso concreto. A resolução será reservada e deverá se conservar fora das atuações com a devida segurança.

A informação que o agente disfarçado for obtendo, deverá ser levada o mais rápido possível ao conhecimento de quem autorizou a investigação. Além disso, dita informação deverá ser fornecida ao processo em sua integralidade e será valorizada na consciência pelo órgão judicial competente.

2. Os funcionários da Polícia Judiciária que tiverem atuado em uma investigação com identidade falsa de com o previsto no parágrafo 1, poderão manter dita identidade quando certificarem no processo que poderia derivar-se dos feitos nos quais entrevistaram e sempre que assim se acorde mediante resolução judicial motivada,

sendo-lhe também de aplicação o previsto na Lei Orgânica 19/1994, de 23 de dezembro.

Nenhum funcionário da Polícia Judiciária poderá ser obrigado a atuar como agente disfarçado.

3. Quando as atuações de investigação possam afetar os direitos fundamentais, o agente disfarçado deverá solicitar do órgão judicial competente as autorizações que acerca do tema estabeleçam, a Constituição e a Lei, assim como cumprir as demais determinações legais aplicáveis.

4. Aos efeitos destacados no parágrafo 1 deste artigo, se considerará como criminalidade organizada a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos delitos seguintes:

a) Delitos de obtenção, tráfico ilícito de órgãos humanos e transplante dos mesmos, previstos no artigo 156 do Código Penal.

b) Delito de sequestro de pessoas previsto nos artigos 164 a 166 do Código Penal.

c) Delito de tráfico de seres humanos previsto no artigo 177 do Código Penal.

d) Delitos relativos à prostituição previstos nos artigos 187 a 189 do Código Penal.

e) Delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica previstos nos artigos 237, 243, 244, 248 e 301 do Código Penal.

f) Delitos relativos à propriedade intelectual e industrial previstos nos artigos 270 a 277 do Código Penal.

g) Delitos contra os direitos dos trabalhadores previstos nos artigos 312 e 313 do Código Penal.

h) Delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros previstos no artigo 318 do Código Penal.

i) Delitos de tráfico de espécies da flora ou fauna ameaçadas previstos nos artigos 332 e 334 do Código Penal.

j) Delito de tráfico de material nuclear e radioativo previsto no artigo 345 do Código Penal.

k) Delitos contra a saúde pública previstos nos artigos 368 a 373 do Código Penal.

l) Delitos de falsificação de moeda, previsto no artigo 386 do Código Penal, e de falsificação de cartões de crédito ou débito ou cheques de viagem, previsto no artigo 399 do Código Penal.

m) Delito de tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos previsto nos artigos 566 a 568 do Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos nos artigos 572 a 578 do Código Penal.

o) Delitos contra o patrimônio histórico previstos no artigo 2.1.e da Lei Orgânica 12/1995, de 12 de dezembro, de repressão do contrabando.

5. O agente disfarçado estará isento de responsabilidade criminal por aquelas atuações que sejam consequência necessária do desenvolvimento da investigação, sempre que guardem a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e não constituam uma provocação ao delito.

Para poder proceder penalmente contra o mesmo pelas atuações realizadas aos fins da investigação, o juiz competente para conhecer a causa deverá, tão logo tenha conhecimento da atuação de algum agente disfarçado na mesma, requerer informação relativa à circunstância de quem autorizou a identidade suposta, em atenção ao que resolverá seu critério adequado.

6. O juiz da instrução poderá autorizar funcionários da Polícia Judiciária para atuar sob identidade suposta em comunicações mantidas em canais fechados de comunicação com o fim de esclarecer algum dos delitos aos quais se refere o apartado 4 deste artigo ou qualquer delito dos previstos no artigo 588 a.

O agente disfarçado informático, com autorização específica para ele, poderá intercambiar ou enviar por si mesmo arquivos ilícitos em razão de seu conteúdo e analisar os resultados dos algoritmos aplicados para a identificação de ditos arquivos ilícitos.

7. No curso de uma investigação levada a cabo mediante agente disfarçado, o juiz competente poderá autorizar a obtenção de imagens e a gravação das conversas que

possam se manter nos encontros previstos entre o agente e o investigado, ainda quando se desenvolvam no interior de um domicílio. (ESPAÑA, 1882, tradução nossa)²⁵.

²⁵ Artículo 282 bis.

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

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

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

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta

Os integrantes da polícia judiciária espanhola, é que podem ser infiltrados em organizações criminosas, devendo atuar de maneira encoberta e com identidade fictícia. A identidade secreta será dada pelo Ministerio del Interior pelo prazo de seis meses, comportando prorrogações por igual período, porém a referida lei não estabelece um prazo total para as infiltrações policiais, assim como no Brasil.

A autorização judicial da infiltração policial deve ser sigilosa, e o nome verdadeiro do agente infiltrado também deve ser mantido sobre sigilo. As informações e provas que forem coletadas pelo agente infiltrado, devem ser levadas ao conhecimento de quem autorizou a investigação policial, o mais rápido o possível. As provas coletadas pelo policial infiltrado deveram ser juntadas aos autos do processo em sua integralidade, e deverá ser valorada pelo órgão judicial competente.

Os agentes policiais espanhóis da Polícia Judiciária que tiverem sido infiltrados com identidades falsas em organizações criminosas, poderão continuar a manter a falsa identidade, desde que tenham que testemunhar em processos no qual os agentes tenham coletado a provas, e desde que exista autorização judicial devidamente motivada para tanto.

Os policiais espanhóis não podem ser obrigados a atuar como agentes infiltrados, assim como no Brasil; o policial a ser infiltrado em organização criminosa deve ser um voluntário. A legislação espanhol ainda prevê, que quando as investigações do agente infiltrado puderem afetar direitos fundamentais através de sua missão, ele deverá solicitar ao órgão judicial competente, as autorizações que, a respeito, estabeleçam a Constituição e a lei, e cumprir as previsões legais.

Nesse ponto, a legislação espanhola se equivocou, pois como sabemos a atuação do agente infiltrado por si só viola diversos direitos fundamentais, tais como intimidade, o direito a não autoincriminação dentre outros. Ainda pode existir que no caso concreto o agente infiltrado, para não ser descoberto e consequentemente ter sua vida ceifada; tenha ele que praticar até mesmo algum crime contra a vida. Ou seja, em muitas situações concretas que podemos imaginar, o agente infiltrado não terá tempo hábil, para realizar essa comunicação ao órgão judicial competente. Se pensamos não haver tempo, para esta comunicação do agente

en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

infiltrado ao magistrado, muito menos então, existirá tempo para que o juiz comunique ao policial infiltrado sua decisão, e esta possa ser aplicada.

Quanto a responsabilidade criminal do agente infiltrado a Lei espanhola, prevê que as ações do policial infiltrado que sejam consequência necessária para o desenvolvimento da investigação criminal, e estejam dentro de certa proporcionalidade com a finalidade de sua missão, não constituam uma provocação ao crime, não são passíveis de responsabilização criminal do agente infiltrado. Nas palavras da lei, ele deve ser isento de responsabilidade penal, se assim proceder. Porém a legislação espanhola nesse quesito se mostra genérica, o que deve gerar uma grande insegurança para a atuação do agente infiltrado. É extremamente difícil para o agente infiltrado, calcular na prática a devida proporcionalidade de sua atuação. A infiltração policial por si só causa no policial infiltrado grande situação de estresse, pois o infiltrado vive com a tensão face o perigo, pelo medo de ser reconhecido por qualquer pessoa de seu antigo convívio social. Sabe-se que a descoberta do agente infiltrado por uma organização criminosa, leva a graves consequências. Nessa situação de tensão que se impõe para o policial infiltrado, ele ainda terá que pensar de forma detalhada sobre as consequências de suas ações, de um lado a Organização Criminosa, pode lhe tirar a vida por um simples deslize, como hesitar ao ser chamado pelo seu novo nome ou deixar de responder; de outro lado o Estado que impõe diversas medidas que devem orientar sua conduta, sobe pena de responsabilização criminal.

Assim como no Brasil, a lei espanhola prevê legalmente a exclusão da culpabilidade do agente infiltrado. Também é bem claro que espanhola não permite a figura do agente provocador e caso o agente infiltrado assim atue, será responsabilizado.

A legislação espanhola conceitua delinquência organizada, como a associação de três ou mais pessoas, para realizar, de forma permanente ou reiterada, uma das seguintes condutas delituosas: crimes de obtenção, tráfico ilícito de órgãos humanos e transplantes dos mesmos (art. 156 bis do Código Penal Espanhol); crime de tráfico de seres humanos (art. 164 a 166 do Código Penal Espanhol); delitos contra a ordem sócio econômica (art. 237, 243, 244, 248 e 301 do Código Penal Espanhol); crimes relativos à propriedade intelectual e industrial (art. 270a 277 do Código Penal Espanhol); crimes contra os direitos dos trabalhadores (art. 312 e 313 do Código Penal Espanhol); crimes contra os direitos dos cidadãos estrangeiros (art. 318 bis do Código Penal Espanhol); crimes tráfico de espécimes da flora ou fauna ameaçada (art. 332 e 334 do Código Penal Espanhol); crime de tráfico de material nuclear e radioativo (art. 345 do Código Penal Espanhol); crimes contra a saúde pública (arts. 368 a 373 do Código Penal Espanhol) e de falsificação de cartões de crédito, débito ou cheque de viagem (art. 399 do Código Penal Espanhol); crime de tráfico e depósito de armas, munição ou explosivos (art. 566

a 578 do Código Penal Espanhol); crimes contra o patrimônio histórico (art. 2, 1, e, da Lei Orgânica n. 12, de 12 de dezembro de 1995, Lei de Repressão ao Contrabando).

8.1.3 Colômbia

Na Colômbia o emprego de agentes infiltrados começou a desenvolver-se na década de setenta, com o combate ao tráfico de maconha pela Polícia Nacional. Nos anos oitenta, a Polícia Porto usou da infiltração policial para descobrir e combater o tráfico de cocaína. Já nos anos noventa, surgiram várias agências de polícia judiciária, e setenta agentes infiltrados foram usados para dismantelar grupos de narcotraficantes. Com a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1988, aprovada na Colômbia através

Lei 67, de 1993, agentes infiltrados foram utilizados para combater o tráfico ilícito de drogas na Colômbia. A Lei 600 de 2000, expressamente previa no artigo 500º, a figura do agente infiltrado, mas limitada a atividades de cooperação judiciária internacional. Já a Lei 800 de 2003, a foi aprovada com o escopo de combater o crime organizado transnacional, faz referência a técnicas especiais de investigação, como operações de infiltração policial. (JARAMILLO, 2010, p. 30-31)

Atualmente a lei a Lei 906 de 2004 (o novo Código de Processo Penal Colombiano) consagrada forma mais ampla a figura do agente infiltrado em seu artigo 242, como meio de investigação, tanto a nível nacional e para a cooperação internacional, também nos artigos 241, 243 e 279 regulamentou outros aspectos da sua desempenho e os resultados obtidos. (JARAMILLO, 2010, p. 32)

Um fato que chamou atenção foi o debate parlamentar, para aprovação do artigo 242 que disciplina a questão da infiltração policial na Colômbia. Um das vozes contrárias a aprovação deste meio de investigação foi a do senador Carlos Gaviria Díaz:

Senadores, eu lhes rezaria uma especial atenção à leitura deste artigo ao que eu lhe dou suma transcendência e vou lhes dizer porque lhe dou suma transcendência, este é um problema onde colidem, onde entram em colisão, o ânimo de eficiência do Estado e me parece que a ética mais elementar [...]. [...] o Estado tem que apelar para meios lícitos, há um mau indício, é um mau sinal de que o Estado, para combater a criminalidade, dê lugar aos métodos que os grupos criminosos utilizam [...]. [...] isso é sensivelmente monstruoso, isso é estar copiando os métodos dos grupos criminosos e transpondo-nos ao Estado em uma luta contra a criminalidade, isso é nem mais nem menos que um eficientismo que possui nenhuma alma ética, que tem nenhuma substância, que é puro pragmatismo, com fim de obter um restulado independentemente dos meios, não podemos nos acostumar a isso, o Estado de Direito é justamente o que postula que não só os limites do Estado devem ser legítimos, os

fins do Estado, mas os meios mediante os quais se persegue, isso implica em obter provas de maneira ilegítima, imitar aos criminosos que se infiltram no Estado, na sequência, mais aterrorizantes, são as condutas dos grupos criminosos, mais aterrorizantes têm que ser as condutas do Estado em sua política repressiva, de maneira que eu solicitaria muito encarecidamente aos honoráveis Senadores que votássemos negativamente nesta norma. (SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2004)²⁶.

Ainda que não de forma majoritária o artigo 242 do Código de Processo Penal Colombiano foi aprovado com a seguinte redação:

Artigo 242. Atuação de agentes disfarçados. Quando o fiscal tivesse motivos razoavelmente fundados, de acordo com os meios cognitivos previstos neste Código, para inferir que o indiciado ou o imputado na investigação que se segue, continua desenvolvendo uma atividade criminosa, previa autorização do Diretor Nacional ou Seccional de Fiscalis, poderá ordenar a utilização de agentes disfarçados sempre que resulte indispensável para o êxito das tarefas investigativas. Em desenvolvimento desta faculdade especial poderá se dispor que um ou vários funcionários da Polícia Judiciária ou, incluso particulares, possam atuar nesta condição e realizar atos extrapenais com transcendência jurídica. Em consequência, ditos agentes são facultados para intervir no tráfico comercial, assumir obrigações, ingressar e participar em reuniões no lugar de trabalho ou domicílio do indiciado ou imputado e, se força for necessária, dar seguimento a transacionais com ele. Igualmente, se o agente disfarçado descobre que, nos lugares em que atuou, existe informação útil para os fins de uma investigação, levará ao conhecimento do fiscal para que este desenvolva uma operação especial, por parte da polícia, com vistas à que se recorra à informação e aos elementos materiais probatórios e evidência física encontrados. Além disso, poderá permitir que atue como agente disfarçado o particular que, sem modificar sua identidade, seja da confiança do indiciado ou imputado ou a adquira para os efeitos da busca e obtenção de informação relevante e de elementos materiais probatórios e evidência física. Durante a realização dos procedimentos disfarçados, poderão se utilizar de meios técnicos de auxílio previstos no artigo 239. No cumprimento do disposto neste artigo, se deverá dar seguimento à revisão de legalidade formal e material do procedimento perante o juiz de controle das garantias dentro de trinta e seis (36) horas seguintes ao fim da operação disfarçada, para o qual se aplicarão, no que for pertinente, as regras previstas para os registros e nivelamentos. Em todo caso, o uso de agentes disfarçados não poderá estender-se por período superior a um ano, prorrogável por mais um ano, mediante devida justificação. Se, vencido o prazo designado, não se houver obtido qualquer resultado, a operação será cancelada, sem prejuízo do controle de legalidade correspondente. (tradução nossa).²⁷.(MONGUÍ, 2007. p.283).

²⁶ Senadores, yo les rogaría una especial atención a la lectura de este artículo al que yo le doy suma trascendencia y voy a decirles porqué le doy suma trascendencia, este es un problema donde coliden, donde colisionan, el ánimo eficientista del Estado y me parece que la ética más elemental [...]. [...] el Estado tiene que apelar a medios lícitos, hay un mal indicio, es una mala señal que el Estado para combatir a la criminalidad coloque los métodos que utilizan las bandas criminales [...].esto es sencillamente monstruoso, esto es estar copiando los métodos de las bandas criminales y trasponiéndolos al Estado en la lucha contra la criminalidad, esto es ni más ni menos que un eficientismo que no tiene ningún alma ética, que no tiene ninguna sustancia, que es puro pragmatismo, con tal de obtener un resultado no importan los medios, no nos podemos acostumbrar a eso, el Estado de derecho es justamente el que postula que no solo los límites de Estado deben ser legítimos, los fines de Estado, sino los medios mediante los cuales se persiguen, esto implica obtener pruebas de manera ilegítima, imitar a los criminales que se infiltran en el Estado, entonces mientras más aterradoras son las conductas de las bandas criminales, más aterradoras tienen que ser las conductas del Estado en su política represiva, de manera que yo le solicitaría muy encarecidamente a los honorables Senadores que votáramos negativamente esta norma.

²⁷ Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de

Pela leitura do artigo 242 acima podemos perceber que a legislação Colombiana admite que policiais e particulares atuem como agentes infiltrados, ao contrário do Brasil que não admite a infiltração policial de particulares, no combate ao crime. E será que estes policiais ou particulares têm direito de negar se infiltrar, sem que sofram qualquer retaliação pelos órgãos estatais colombianos.

Pois bem, assim como no Brasil, na Colômbia o policial pode se negar de trabalhar como agente infiltrado e esta decisão não pode lhe prejudicar, de forma alguma. Isso também vale para o particular que se negar a atuar como agente infiltrado, devido ao risco inerente a esta ação (ARCINIEGAS MARTÍNEZ, 2007, p. 319).

O artigo 242 do Código de Processo Penal Colombiano, prevê como requisitos para infiltração policial, deve existir previa autorização do Director Nacional o Seccional de Fiscalías, quando tiver razoáveis motivos fundados, conforme os meios previstos no Código de Processo Penal Colombiano, que o indiciado ou imputado continua participando de atividades ilícitas, e sempre que seja indispensável a infiltração policial, para o sucesso das investigações criminais. Logo percebe-se que, para que exista intervenção do agente infiltrado, é necessário que esteja em curso uma investigação criminal, nesse sentido esclarece Andrés David Ramírez Jaramillo:

A primeira coisa que se observa é que uma condição necessária para a intervenção do agente disfarçado é a existência de uma investigação em curso pela realização de um

acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados. Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física. Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239. En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos. En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, ésta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

delito, quer dizer, não é possível sua atuação no campo prévio ao efetivo cometimento de um delito por parte do investigado, e, ademais, requer-se que existam sérios indícios para concluir que dita atividade delitiva pode seguir desenvolvendo-se no tempo. (JARAMILLO, 2010, p. 44, tradução nossa)²⁸.

Sabe-se pelo que foi dito até aqui, que a infiltração policial é um método de investigação que mitiga diversos direitos dos investigados, por esta razão pensamos, se existe requisitos mínimos para que a infiltração policial seja autorizada na Colômbia. Para este questionamento encontramos resposta em Andrés David Ramírez Jaramillo:

Então, conforme os artigos 241 e 242 do CPP, o fiscal, antes de ordenar a atuação do agente disfarçado, deverá verificar a possibilidade prática, real e operacional, de levar a cabo a infiltração, observando os seguintes fatores:

a) Existência de motivos razoavelmente fundamentos: é evidente que, para isto, não bastam as simples conjecturas ou suspeitas, mas é necessário que o inquérito esteja bem adiantado e que os elementos materiais probatórios, evidência física e informação recoletada pela polícia judiciária sejam suficientemente confiáveis para ter indícios racionais de que o investigado está realizando atividades delitivas relacionadas a uma organização criminal. Deve-se confirmar a existência de dados objetivos determinantes para concluir que resulta provável que se esteja frente a um indivíduo pertencente a um grupo organizado e sua relação com uma atividade criminal em execução.

b) Indispensabilidade para o êxito da investigação: deve-se valorar se não existe outro meio diferente para o agente disfarçado encontrar informações ou provas relevantes contra o investigado, devendo-se justificar o esgotamento de outros recursos da investigação penal que mostrem como única medida efetiva a atuação disfarçada para a obtenção de resultados positivos. Isso se relaciona à necessidade ou subsidiariedade da medida, pois a introdução do agente deve ser imprescindível para conseguir dados importantes frente a uma trama de criminalidade organizada, não contando, para esse fim, com outras medidas alternativas de investigação que resultem menos gravosas, restritivas ou lesivas para os direitos fundamentais dos envolvidos. Além disso, para essa suposição, deve-se avaliar a idoneidade da medida, quer dizer, que a atuação disfarçada fique apta, adequada e capaz para alcançar o fim perseguido, servindo para averiguar todos os extremos possíveis relacionados com a organização delitiva.

c) Gravidade da conduta investigada: como meio de ponderar os interesses públicos e privados em conflito, a justificação dessa medida também deve versar sobre se o delito que pretende aclarar é em si mesmo grave. Isso tem relação com a proporcionalidade entre a magnitude da ingerência estatal e a gravidade do delito a investigar, onde para determinar dita gravidade se necessitaria, além de que o delito se leve a cabo no seio de uma organização criminal, avaliar outros fatores como a quantidade de pena indicada e que essa conduta seja suficiente por si mesma para afetar sensivelmente a tranquilidade e o sentimento de segurança jurídica da população (JARAMILLO, 2010, p. 45 e 46, tradução nossa)²⁹.

²⁸ Lo primero que se observa es que una condición necesaria para la intervención del agente encubierto, es la existencia de una investigación en curso por la realización de un delito; es decir, no es posible su actuación en el campo previo a la efectiva comisión de un delito por parte del investigado, y además se requiere que existan serios indicios para concluir que dicha actividad delictiva puede seguir desarrollándose en el tiempo.

²⁹ Entonces, conforme a los artículos 241 y 242 del CPP, el fiscal, antes de ordenar la actuación del agente encubierto, deberá verificar la posibilidad práctica, real y operativa de llevar a cabo la infiltración, teniendo en cuenta que se cumplan los siguientes factores:

a) Existencia de motivos razonablemente fundados: es evidente que para esto no bastan las simples conjeturas o sospechas, sino que es necesario que la indagación esté bastante adelantada y que los elementos materiales probatorios, evidencia física e información recolectada por la policía judicial sean lo suficientemente fiable para

Desde que atendidos todos este requisitos o Ministério Público Colombiano, pode autorizar desde que devidamente fundamentado; o agente infiltrado a realizar a missão que lhe incube, definir o campo de atuação, o conteúdo e as circunstâncias de atuação do infiltrado detalhadamente, bem como os crimes a serem investigados (DELPOZO PÉREZ, 2006, p. 295-296).

A possibilidade da infiltração policial poder ser autorizada pelo Ministério Público Colombiano, nos causa no mínimo perplexidade, visto que se trata de um órgão totalmente parcial autorizando à mitigação de direitos fundamentais dos investigados, infelizmente semelhante ao que ocorre na Alemanha, como vimos acima.

Outra questão importante, é a vedação ao agente infiltrado da Colômbia venha a atuar como agente provocador. O artigo 243 do Código de Processo Penal Colombiano, veda expressamente que o agente infiltrado induza ou provoque o investigado, à cometer uma conduta delituosa, para que então o prenda em flagrante delito. Nesse ponto a legislação Colombiana se assemelha da brasileira.

8.1.4 França

A legislação francesa também prevê o uso de agentes infiltrados para o combate ao crime organizado em seu Código de Processo Penal, nos artigos 706-81 a 706-87. A infiltração policial francesa deve ser realizada sob a autorização do procurador da República ou pelo juiz

tener indicios racionales de que el investigado está realizando actividades delictivas relacionadas con una organización criminal. Se deberá confirmar la existencia de datos objetivos determinantes para concluir que resulta probable que se esté frente a un individuo perteneciente a una banda organizada y su relación con una actividad criminal en ejecución.

b) Indispensabilidad para el éxito de la investigación: se deberá valorar si no existe otro medio diferente al agente encubierto para encontrar información o pruebas relevantes contra el investigado, debiéndose justificar el agotamiento de otros recursos de la investigación penal que muestren como única medida efectiva la actuación encubierta para la obtención de resultados positivos. Esto tiene relación con la necesidad o subsidiariedad de la medida, pues la introducción del agente debe ser imprescindible para conseguir datos importantes frente a la trama de delincuencia organizada, no contando para este fin con otras medidas alternativas de investigación que resulten menos gravosas, restrictivas o lesivas para los derechos fundamentales de los implicados. Asimismo, para este supuesto se habrá evaluado la idoneidad de la medida, es decir, que la actuación encubierta resulte apta, adecuada y capaz para alcanzar el fin perseguido, sirviendo para averiguar todos los extremos posibles relacionados con la organización delictiva.

c) Gravedad de la conducta investigada: como medio de ponderar los intereses públicos y privados en conflicto, la justificación de esta medida también debe versar sobre si el delito que pretende aclararse resulta grave de por sí. Esto tiene relación con la proporcionalidad entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar, donde para determinar dicha gravedad se necesitaría, además de que el delito se lleve a cabo en el seno de una organización criminal, evaluar otros factores como la cuantía de la pena señalada y que esa conducta sea suficiente por sí misma para afectar sensiblemente la tranquilidad o el sentimiento de seguridad jurídica de la población.

responsável. Essa autorização deve ser feita por escrito e especialmente motivada, sob pena de nulidade do procedimento. (PARDO, 2004, p. 402-403) O legislador francês previu expressamente um rol taxativo de crimes no Artigo 706-73 do Código de Processo Penal Francês, os crimes que admitem o combate através da infiltração policial³⁰

Esses crimes de tráfico de drogas, tortura, terrorismo e todo esse rol taxativo acima é que pode ser combatido com uso do agente infiltrado. O agente infiltrado somente pode atuar, posteriormente a notificação do juiz da instrução e sob o controle deste. A infiltração policial pode ser realizada por um funcionário ou um agente de polícia judiciária, especialmente autorizado para o ato e sob a responsabilidade de um agente de polícia para acompanhar a missão, e procurar provas de todos os agentes que tenham participado da prática delitiva.

O agente infiltrado, está autorizado a fazer uso de documento, porém é vedado incitar a prática delitiva. Ou seja, o agente infiltrado francês, não pode atuar como agente provocador, sob pena de nulidade da prova. O policial que comanda a infiltração policial deve elaborar um relatório com dados estremamente necessários, para identificação infrações penais cometidas pelo crime organizado e ser cauteloso para não colocar a segurança do agente infiltrado e seus colaboradores em risco.

O agente infiltrado não poderá ser responsabilizado criminalmente pelas condutas elencadas no artigo 706-82, esta isenção também se estende as pessoas requisitadas pelos agentes de polícia judiciária e oficiais, com o fim de possibilitar a operação policial. A França optou em não responsabilizar o agente infiltrado, por uma série de condutas taxativas. Ao contrário do Brasil que preferiu, excluir a culpabilidade do agente infiltrado, quando não que for exigível conduta diversa.

A autorização para as operações policiais do agente infiltrado, devem ser escritas e devidamente fundamentada, esta autorização judicial somente será juntada aos autos após a conclusão da infiltração policial ser concluída. A autorização judicial, deve fixar o prazo da infiltração policial, não podendo este ser superior a quatro meses, porém este prazo comporta prorrogações, pelo mesmo período de tempo e nas mesmas condições. O magistrado que autorizou a infiltração policial, pode ordenar a interrupção das atividades do agente infiltrado antes do final do prazo fixado.

A revelação da identidade do agente infiltrado é punida pela legislação francesa, com anos de prisão e multa de setenta e cinco mil euros. Caso esta revelação, traga ao agente infiltrado ou a seus acentados, consequências como violência, a pena é aumentada para sete anos

³⁰ Código de Processo Penal Francês, artigo 706-73, 1ª 20º (modificado pela Lei n. 2016-731, de 3 de junho de 2016, art. 25).

de prisão e pena de multa de cem mil euros. Se esta revelação trouxer consequências mais graves, como a morte do agente infiltrado ou de seu cônjuge ou de seus descendentes, a pena é agravada para dez anos de prisão e cento e cinquenta mil euros, sem prejuízo das demais sanções do Código Penal Francês.

Caso a missão de infiltração policial seja interrompida, ou após o término do prazo fixado pelo magistrado, e diante da ausência de prorrogação da operação policial, o agente infiltrado pode continuar em sua missão, pelo prazo máximo de quatro meses, com as ações previstas no artigo 706-82 do Código de Processo Penal Francês, sem ser responsabilizado criminalmente.

O policial responsável pela infiltração policial, só pode ser ouvido na qualidade de testemunha da operação. As perguntas feitas ao agente infiltrado, não podem ser dirigidas direta ou indiretamente a fim de revelar verdadeira identidade. Cabe ainda ressaltar que ressaltar, não pode haver condenação fundamentada somente com base nas declarações feitas por funcionários ou agentes de polícia judiciária que tenham participado na infiltração policial, salvo quando os policiais judiciários ou agentes testemunharem sob sua verdadeira identidade. Todas estas considerações foram realizadas a partir dos artigos 706-73 ao 706-87, do Código de Processo Penal Francês.

8.1.5 Estados Unidos da América

A utilização do agentes infiltrados pelos norte-americanos é um fato que chama atenção, pois através de vários filmes nos cinemas, é possível imaginar como esta técnica investigativa é utilizada na vida real. E nem tudo o que se vê no cinema é ficção, pois muitos filmes retratam infiltrações policiais que foram bem sucedidas, pela polícia norte-americana(SOUSA, 2015, p.55).

A utilização de agentes infiltrados nos Estados Unidos é bastante utilizada no combate ao tráfico de drogas. A prática de crimes pelo agente infiltrado é tolerada pelo estado americano, desde que o infiltrado tenha autorização prévia de seu superior. Porém a atuação do agente infiltrado tem alguns limites determinados pelo governo americano. É proibida adquirir qualquer proveito pessoal, com a prática de delitos pelo infiltrado, obter favores sexuais, violar direitos constitucionais dos investigados, salvo autorização prévia; intimidar ou ameaçar os investigados e por fim provocar o cometimento de crimes, para efetuar a prisão. (BECHARA; MORAES, 2009, p.162).

Outro ponto que chama a atenção, é voltado para a seleção do policial a ser infiltrado.

Os agentes a serem infiltrados em organizações criminosas, devem ser preferencialmente novos policiais. Esta preferência se justifica, devido ao não conhecimento deste novo agente pela criminalidade local e devido a necessidade de sigilo das operações (SOUSA, 2015, p.67).

Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos é admissível a infiltração de particulares. Uma vez iniciada a infiltração policial o agente infiltrado, deve manter uma comunicação escrita com um promotor federal, para descrição de todo material probatório e sua suficiência ou não. Uma vez que a infiltração tem por objetivo precípua, angariar material probatórios capaz de sustentar a acusação (SOUSA, 2015, p.70).

Devido a grande utilização do agente infiltrado nos Estados Unidos da América, surgiu a doutrina da *entrapment defense*, esta origem ocorreu de modo lento e gradativo. Muitas das vezes o agente infiltrado, pode ser abusivo em suas condutas, ao colher elementos probatórios e as respectivas autorias, agindo como uma agente provocador, para logo após realizar a prisão em flagrante. A *entrapment defense* é uma tese usada pela defesa, objetivando anular as provas colhidas pelo agente infiltrado, quando este tem uma atuação abusiva, bem semelhante ao flagrante provocado por obra do agente provocador (SOUSA, 2015, p.72).

A palavra *entrapment* em sua tradução literal significa pegar com armadilha, desta tradução podemos verificar o real sentido do agente infiltrado, que atua como agente provocador, com o objetivo de efetuar a prisão em flagrante do indivíduo (MEIREIS, 1999, p.95).

Alguns dos casos notórios, são Whittier do ano de 1878, Woo Wai em 1915 e processo Casey v. U.S em 1928, no qual o judiciário norte-americano, foram decidiram sobre questões envolvendo agentes policiais que induziram um terceiro a pratica delitiva, para logo em seguida efetuar sua prisão. No último caso citado, a polícia suspeitava que um advogado realizava tráfico de drogas no interior de um presídio. Logo incubiram um detento de solicitar drogas ao advogado, o que foi realizado com sucesso. O advogado foi preso na entrega (ONETO, 2005, p.38).Em resumo o agente infiltrado nos Estados Unidos, assim como no Brasil deve ter sua atuação assemelhada a um flagrante esperado e nunca provocado, sob pena de ver declarada nula as provas colhidas em sua missão.

Sobre a *entrapment defense* existem duas teorias. A teoria subjetiva, adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, tem como foco, demonstrar que o crime so foi praticado, pela provocação da polícia. Esta teoria busca analisar a predisposição do suspeito à pratica delitiva, em resumo busca separar o culpado incauto do inocente incauto. A teoria objetiva verifica, se no caso concreto a atuação policial, cumpriu regras mínimas, em que um cidadão de bem, que normalmente respeita as leis não teria praticado nenhum delito se não fosse

provocado pela polícia. Se avaliado que por força da atuação policial, o cidadão cometou o delito, ou seja sua conduta foi maculada, ele não será punido, pois a atuação policial foi intolerável. Em resumo esta teoria objetiva, tem como fim evitar comportamentos ilegais pelas forças policiais (ONETO, 2005, p. 43-44).

A doutrina do *entrapment defense* é válida, sua aplicação é necessária para evitar abusos cometidos pelas forças policiais norte-americanas, e garantir direitos e garantias fundamentais dos investigados. Não se pode tolerar, mitigações ilegais a direitos fundamentais do investigado.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As organizações criminosas tem usado todos os meios possíveis, para concretizar suas empreitadas criminosas. Diante deste cenário, o poder público não pode abrir mão da utilização do agente infiltrado. A figura do agente infiltrado é uma técnica investigativa altamente eficaz e poderosa no combate ao crime organizado, que busca encontrar informações, dados e provas da autoria e materialidade delitiva, deste tipo de crime. A infiltração policial é autorizada pela lei penal, porém isso deve se dar nos estritos limites constitucionais. A polícia deve pautar suas ações no garantismo penal, e evitar qualquer tendência punitivista, influenciada pelo direito

penal do inimigo. Por esta razão o agente infiltrado deve ser utilizado, somente em situações excepcionais e com o devido controle judicial.

Os limites legais para a atuação do agente infiltrado são; o princípio legalidade, a proporcionalidade da medida, a dignidade da pessoa humana e o filtro constitucional que sempre deve existir. Por meio do princípio da legalidade, é possível equilibrar a tensão existente entre o direito de punir estatal e os direitos e garantias do indivíduo. Pois só serão toleradas infiltrações policiais que respeitem os direitos e garantias dos investigados. Não se pode buscar uma eficiência penal a todo custo. Deve-se ter em mente que o direito penal é seletivo, desigual e o seu emprego resulta em dor para a sua clientela. Logo deve existir um equilíbrio necessário entre direitos e garantias e eficiência penal.

A utilização do agente infiltrado no Brasil e por muitos países do mundo, reflete o direito penal de emergência das sociedades contemporâneas. A busca pela eficiência do direito penal, não pode transpor direitos e garantias dos investigados, sob pena de vivermos em um estado de polícia.

No decorrer desta dissertação pode-se perceber, que agente provocador é incompatível com estado democrático de direito, por fomentar praticas criminosas, com o fim de efetuar a prisão do suspeito. Os órgãos encarregados da persecução penal, não podem se valer dos mesmos métodos utilizados pelos delinquentes.

Caso o agente infiltrado pratique um crime em sua missão, sua responsabilização será aferida da mesma forma que um cidadão comum. A previsão legal da inexigibilidade de conduta diversa do artigo 13, paragrafo único da lei 12.850/2013 é um reforço desta excludente de culpabilidade supralegal.

Não se pode aceitar o discurso punitivista, que transforma determinados grupos em inimigos estatais, como exemplo as organizações criminosas. Esse discurso tem o objetivo de autorizar a qualquer custo, a utilização de técnicas e meios investigativos sem critérios legais e com único fim de punir indiscriminadamente. Desta forma, a infiltração policial somente pode ser operada em *ultima ratio*. A utilização do agente infiltrado com ausência dos requisitos legais, fere os direitos do acusado e coloca em risco a sociedade.

Não devem ser aceitos discursos derivados da teoria do direito penal do inimigo, que restringem garantias básicas dos investigados e visam garantir eficiência punitivista estatal. Se hoje o inimigo é o crime organizado, em outras épocas foram os judeus, bruxas e hereges.

O agente infiltrado não deve violar o direito à não autoincriminação, logo para que isso não ocorra, o infiltrado deverá adotar um comportamento passivo na busca pelo material probatório. A missão de combater o crime, não compota excessos, que poderão demandar a

responsabilização do policial infiltrado.

Não existe direito absoluto, sabe-se que até mesmo o direito a vida pode ser mitigado em algumas situações, que estão amparadas por excludentes de ilicitude. Com relação ao direito a intimidade não é diferente. Logo se para cumprimento de sua missão, o agente infiltrado precise violar os direitos da intimidade do investigado, isso poderá ocorrer de forma fundamentada.

Caso o agente infiltrado obtenha uma prova ilícita, ela deve ser declarada nula via de regra. Somente uma análise do caso concreto possibilitará a aplicação ou não das teorias da fonte idênpendente ou da teoria da descoberta inevitável. Em caso de dúvida sobre a origem da prova ou de sua derivação de provas ilícitas, a dúvida deve ser sanada em favor do réu.

REFERÊNCIAS

- ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. *Policía judicial y sistema acusatorio*. 3. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Compilación in memoriam. Montevideu, Argentina: Editorial Ibdif, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito penal brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. Revisão Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães, 11. ed. São Paulo: Hemus, 2011.
- BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 6, p. 153-184.
- BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal la douctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria and the Dogmatic Root of Contemporary Criminal Law. In: Bernd H. Oppermann, Hilmar Fenge, Vasco Pereira da Silva, Sylvia Calmes-Brunet and Regina Valutyte (Ed.). *International Legal Studies III by European and International Scholars of the ELPIS Network*. Universitätsverlag Halle-Wittenberg: Halle an der Saale, 2016. Cap. 4, pag. 33-46.
- BRANDÃO, Cláudio. Inconsciência de antijuridicidade - sua visão na dogmática penal e nos Tribunais brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, Coimbra Editora, A. XLI, N. 1, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal: Análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. (Ciência criminal contemporânea).

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1o e 2o da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 Abr. 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em; 05 Maio 2016.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 Ago. 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 05 Maio 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. V. 1 e 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. V.1, t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos Jurídicos-Operacionais do Agente Infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal- Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1992.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2001.

DEL POZO PÉREZ, Marta. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. En: *Criterio Jurídico*. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, v. 6, 2006.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega*

vigilada. Modificación a la ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

ESPAÑA. Real *Decreto de 14 de septiembre de 1882*, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 17 Sep. 1882. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20151006&vd=#a282>>. Acesso em: 07 Set. 2016.

FELICIONE, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 523 e ss. *Indice pen.*, 1999, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto André Ibañez; Affonso Ruiz Miguel; et all. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias em O Novo em Direito e Política*. Tradução de Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal- Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação judicial*. V. 1. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Estudio Introductorio de Gonzalo D. Fernández; José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2005.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el derecho penal*. Buenos Aires: IBdef, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de La Culpabilidad*. 2. ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 13, fev.1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de Organização Criminosa*: 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luís. As Regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, n.78, p. 7-40, 2009.

GROSS, Oren. *Chaos and Rules: should responses to violent crises always be constitutional?* *The Yale Law Journal*, v. 112, 2003.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática à luz da Lei 10.409/02*. Curitiba: Juruá, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADDAD, Carlos H. B. *Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a autoincriminação*. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-96KKJQ>>. Acesso em: 07 Set. 2016.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Buenos Aires; Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

HASSEMER, Winfried. “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, n. 14, p. 7-11, 1997. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17094.pdf>>. Acesso em: 17 Out. 2016.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

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

HUNGRIA, Nelson. Confissão (limite do direito à). In: SANTOS, J.M. de Carvalho (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. V. XI. Rio de Janeiro: Borsói, 1972.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. 1, t. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ISRAEL, Jerold H.; Lafave, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5. ed.

Saint Paul: West Publishing Co. 1993.

JAKOBS, Gunther. Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *Ritsumeikan Law Review*, n. 21, p. 93-107, 2004.

JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y artículos, n.16. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JARAMILLO, Andrés David Ramírez. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010. (Colección Mejores trabajos de grado).

KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. rev. atual. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framanno dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas de Derecho Espanhol por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel Barcelona, 1962.

MAZUR, Robert. *O infiltrado*. Tradução de Christian Schwartz e Liliana Negrello. Curitiba: Nossa Cultura, 2010.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado – tipicidade, política criminal e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*. Organização de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿“derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) et al. *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed., rev. e atual.

até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Cap. 5, p. 483-500.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 2. ed. Tradução de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral, arts. 1º a 120 do CP, v. 1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947.

MONTEROS, Rocío Zafra Espindosa de los. *El Policía Infiltrado – Los Presupuestos Jurídicos en el Proceso Penal Español*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

MONGUI, Pablo Elías González. *La policía judicial en el sistema penal acusatório*. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. 2006. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2007.

PARDO, Frédéric. *Le groupe en droit pénal*. Des foules criminelles au crime organisé: Contribution à l'étude des groupes criminels, 2004.

PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários*. 2014. 216 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHVd_1.pdf>. Acesso em: 07 Set. 2016.

PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães. *Direito Penal e Processual Penal*: tópicos especiais. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014.

PERREIRA, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el puento de vista del garantismo processual penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo*: desmistificación de um concepto. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROJAS, Edgar Saavedra. Jornadas de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas Del Derecho Procesal Penal. Temas actuales del derecho Procesal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, p. 403-574, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2. ed. Letras e Conceitos, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo I*: fundamentos la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, RJ: 2002.

ROXIN, Claus. Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada. *IBCCRIM - Revista Liberdades*, n.4, maio-agosto. 2010.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, fascículo I, enero-abril de 1982.

SÁINZ CANTERO, José Antonio. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma em Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada, 1965.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Aproximación al Derecho Penal contemporaneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Direito Penal do Inimigo - ou o Discurso do Direito Penal Desigual*, 2012. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 06 Out. 2016.

SENADO DE LA REPUBLICA COLOMBIANA. *Actas de Plenaria*: número 50 de la sesión ordinaria del día miércoles 9 de junio de 2004. Gaceta del Congreso: Bogotá, D. C., año 13, n. 359, p. 35 19 de julio de 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). *Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. V. 31. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Cap. 11, p. 65-97.

TAYLOR, Jonh B. *The rights to counsel and privilege against self-incrimination: rights and the liberties under the law*. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 1997.

UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal to submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, 1990.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: parte general. 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editora Juridica de Chile: 1987.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. 2004. 239 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.