

O AGENTE INFILTRADO COMO MEIO DE PESQUISA DE PROVA E SUA (IN) ADMISSIBILIDADE COMO TESTEMUNHA EM GARANTIA DO CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA LEI Nº 9.034/95 ^{1/2}

Admaldo Cesário dos Santos³

Resumo: A presente pesquisa tem por base o estudo da figura do agente infiltrado no Estado Brasileiro e seus reflexos probatórios no plano do contraditório. Jungido à técnica de pesquisa bibliográfica, o tema abordado dar-se-á no plano do direito comparado, com os mais variáveis posicionamentos em sede dogmática, doutrinária e jurisprudencial, nomeadamente entre Brasil e Portugal. A par disso, pretendemos chegar à conclusão de que, sem a admissão do agente infiltrado como testemunha no processo, a defesa técnica e a autodefesa restarão inviabilizadas, posto não se poder lançar mão dos meios de “*como*” o processo probatório fora havido.

¹ Este trabalho corresponde, na íntegra, ao relatório de pesquisa apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal), da Disciplina *Direito Processual Penal*, como requisito parcial à aprovação da Parte Escolar dos Estudos Avançados do Doutoramento em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais.

² A presente pesquisa fora concluída antes do advento da Lei nº 12.850/2013, com cuja irrupção pretendeu-se definir organização criminosa, dispor sobre investigação criminal, meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal. Por isso, cumpre notar que, pelo fato de a respectiva Lei nº 12.850/2013, atualmente vigente, procurar alterar o Código Penal e revogar a Lei nº 9.034/1995, o objetivo de nosso trabalho reside em focar a respectiva lei revogada (Lei nº 9.034/95), dentro de um marco eminentemente histórico-preparatório à atual.

³ Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (Portugal). Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP/Paris-France). Da *Fundación Internacional de Ciencias Penales* (Madrid/España). Professor Universitário (Graduação/Pós-Graduação). Advogado.

Palavras-Chave: agente encoberto, garantias constitucionais, processo penal, prova criminal, devido processo legal.

THE UNDERCOVER AGENT AS PROOF RESEARCH GUARANTEE AND ITS (IN) ADMISSIBILITY AS WITNESS TO THE ADVERSARIAL PRINCIPLE SAFEGUARD: AN HISTORICAL ANALYSIS (LAW 9.034/95)

Abstract: This research is based on the study of the figure of the undercover agent in the Brazilian state and its probative reflected in the contradictory plan. Through bibliographical research, the topic discussed will be made in the field of law compared with the various positions of the law, doctrine and jurisprudence, particularly between Brazil and Portugal. We also intend to come to the conclusion that, without the admission of the undercover agent as a witness in the process, technical defense and self-defense will be affected, because it can not make use of the means of "how" the evidentiary process was obtained.

Keywords: undercover agent, constitutional guarantees, procedural law, proof criminal, due process of law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS



os atuais dias, o fenômeno da criminalidade tem galgado a patamares outrora inverificáveis. Se, dantes, o que predominava era a preocupação com a criminalidade de massa, hoje, mais do que nunca, a criminalidade transnacional e organizada⁴ tem causado males bastante maiores e mais gravosos aos

⁴ Para uma visão crítica sobre o referido fenômeno, *vide* (ALBRECHT, 2009, p. 73 e ss.); (VALENTE, 2009, p. 159 e ss.); (DIAS, 2009, p. 23 e ss.).

avanços dos Estados. Para se debelar esse mal, inúmeros instrumentos de atuação de combate têm sido utilizados pelas instituições — em sua grande parte por técnicas insatisfatórias ou pouco eficientes para debelar o problema em suas causas⁵ — como uma marca patente de combate a esse mal. A figura do agente infiltrado (encoberto) constitui uma delas. Se assim tem sido, no Estado Brasileiro não poderia ser diverso.

A título de esclarecimento, advertimos que a presente pesquisa fora concluída antes do advento da Lei nº 12.850/2013, com cuja irrupção pretendeu-se não somente definir organização criminosa, mas, também, dispor sobre investigação criminal, meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal.

Por isso, cumpre notar que, pelo fato de a respectiva Lei nº 12.850/2013, atualmente vigente, procurar alterar o Código Penal e revogar a Lei nº 9.034/1995, o objetivo de nosso trabalho reside em focar a respectiva lei revogada (Lei nº 9.034/95), dentro de um marco eminentemente histórico-preparatório à atual Lei nº 12.850/2013.

A justificativa para escolha do respectivo *tema* reside, justamente, nesta forte preocupação: o instituto do agente infiltrado pela irrupção histórico-preparatória da *Lei Nº 9.034/1995* e seus possíveis reflexos no campo de atuação probatória em

⁵ ALBRECHT nos lembra muito bem este problema ao revelar o nítido descompasso entre o pretendido e o obtido, a principiar pelo consenso quanto ao problema de uma tipificação plausível do que venha a ser crime organizado. Se este problema, na *praxis*, leva o aplicador do direito à incursão em muitos erros, por outro, a eficiência parece pouco aquém. Segundo ele, devem ser dignos de nota alguns *RELATÓRIOS DA EUROPOL* em sede de estatística. Conforme acentua, os relatórios sobre a criminalidade organizada de nada adiantam quando o tema diz respeito às indicações de caráter geral do respectivo crime. Não é inesperado que os crimes dominantes sejam aqueles ligados à droga e que a proporção de imigrantes seja levada a um patamar bastante acentuado quando o tema proposto passa a ser este. Os resultados de uma investigação efetuada no *MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT* revelam que os fatos em causa poderiam ter sido também descritos através de conceitos de criminalidade de bandos ou grupos. Nesse sentido, (ALBRECHT, 2009, p. 83-85).

face de um (*Im*) possível Contraditório. Daí levantarmos o seguinte *problema*:

a) em virtude de sua *inópia taxativa*, até que ponto a antiga lei brasileira (Lei nº 9.034/95), não influi negativa e decisivamente sobre os meios de prova?

a.a) Conquanto posteriormente provado — *prima facie*, a lei brasileira (Lei nº 9.034/95) não foi clara nesse sentido! — seja a figura do agente encoberto um meio de pesquisa de prova (admissível apenas em sede investigativa), poderia aventar-se a possibilidade de o agente público atuar, com vistas ao efetivo direito constitucional do arguido ao Contraditório, como testemunha na fase endoprocessual?

a.a.a) até que ponto, na fase endoprocessual, a negativa de atuação do agente encoberto como testemunha poderia ferir, face ao efetivo direito ao Contraditório do arguido, os possíveis meios de impugnação previstos no Código de Processo Penal Brasileiro? No plano probatório, quais seriam as possíveis (*In*) consequências disso? No Brasil, até o presente momento, estas indagações não somente não foram apreciadas e postas como pauta de correção pelo legislador como, também, não constituem objeto de preocupação da grande maioria dos operadores do direito.

Sob pena de uma reversão dos valores do Estado Democrático de Direito e até de uma efetividade dos órgãos persecutores da justiça, esta lacuna deixada pelo legislador há que ser urgentemente questionada e respondida. E o fazemos agora. Isto por *dois motivos* óbvios:

a) a verificação de que os direitos fundamentais do arguido não podem ser vistos dentro de uma ótica meramente conceitual, mas a partir de uma certeza de concretização e

b) a *impunidade indevida* de certos autores de crimes, pertencentes a determinados grupos, sobretudo os de cunho econômico-financeiro — por serem mais vulneradores da socie-

dade, se comparados àqueles cujas práticas adscrevem-se à criminalidade de massa. Se não respondidos ou corrigidos a contento, ditos fatores fazem com que a propensão para o *erro na produção da prova* agrave-se desmesuradamente.

Este drástico conseqüência, como na Alemanha pontua criticamente Rogall (2011, p. 140), leva a que a justiça se ocupe muito mais em lidar com seus próprios erros do que com a efetiva luta contra o crime organizado, com isso propiciando os instrumentos legais a perderem sua real efetividade (ROGALL, 2011, p. 117-140). Porque, ao invés de solucionar e punir (dentro das garantias da lei) os *casos de certa gravidade*, esses quedam-se impunes, justamente pelo fato de — *em virtude de um vício probatório por não se conceder ao arguido uma inelutável garantia constitucional* — se constatar erros procedimentais (constitucional e infraconstitucionalmente) imperdoáveis e ensejadores de nulidades futuras, cuja consequência redundará em futura fulminação do processo em suas bases.

O AGENTE INFILTRADO NO ESTADO BRASILEIRO PELA IRRUPÇÃO DO INC. V, §2º DA LEI Nº 9.034/1995 E A QUESTÃO CRUCIAL DE SUA NATUREZA JURÍDICA QUANTO À ATIPICIDADE PROBATÓRIA: A CELEUMA SE MEIO DE PESQUISA DE PROVA OU MEIO DE PROVA E A (IN) POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO COMO TESTEMUNHA EM SEDE PROBATÓRIA COM VISTAS AO CONTRADITÓRIO

Os primeiros resquícios sobre a figura do *agente infiltrado* deram-se, timidamente, com a irrupção do Projeto de Lei Nº 3.516/1989, em cujo *inc. I do art. 2º* se preconizava que dita previsão encontrava-se cabente aos *casos de quadrilhas* ou *bandos*, vedada, por parte do agente de polícia especializada, qualquer co-participação delituosa, salvo nos referidos casos⁶. Com

⁶ “Art. 2º [...] I – a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou

isso, a intenção do legislador consistia em possibilitar a infiltração do agente, em qualquer fase da *persecutio criminis*, desde que se tratasse dos crimes de quadrilha ou bando. Referido projeto transmutou-se, com pouca ou quase nenhuma substancial mudança, no antigo dispositivo regente da figura do agente infiltrado, assim vislumbrado na Lei nº 9.034/95, de cujo bojo fora retirado o *inc. I* do *art. 2º*, do projeto originário. Por força da promulgação da Lei nº 10.217/2001, a Lei nº 9.034/95 — que até então não versava sobre a figura da infiltração do agente como meio de investigação e obtenção de provas —, passou a comportar em seu teor o *inciso V*, versando sobre a figura do agente infiltrado.

Pela redação da Lei nº 10.217/2001, a Lei nº 9.034/95 passou a pontificar que, em qualquer caso de persecução criminal, sem prejuízo dos já previstos em lei, seria permitida a infiltração do agente de polícia ou inteligência em tarefas investigativas, mediante circunstanciada autorização judicial. Como se observa, malgrado o legislador pátrio desejasse corrigir os possíveis erros da lei precedente — pela clara necessidade de que a expedição da ordem de infiltração somente se verificasse por prévia decisão judicial, a par da vedação de cometimento de crime, quando do decorrer da infiltração — a então lei promulgada passou a comportar em seu teor graves falhas. Dentro do seu dispositivo, as lacunas quanto a eventuais problemas a serem dirimidos não esclareciam como deveriam proceder os órgãos incumbidos da promoção da justiça.

A par dos demais *problemas causados pela grande lacuna normativa*, sobre os quais não podemos tratar *ex profundis* sob pena de nos desviar do nosso objeto de pesquisa, eis que se poderia constatar:

- i. *não especificação de um procedimento próprio para o*

bandos, vedada qualquer co-participação (sic) delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal, de cuja ação se pré-exclui, no caso a antijuricidade.” (Projeto de Lei n. 3.516/1989).

- processamento da infiltração,*
- ii. *legitimidade para o seu requerimento,*
 - iii. *decurso temporal,*
 - iv. *possibilidade de renovação,*
 - v. *a que autoridade se destinava o recebimento da informação e*
 - vi. *limites de atuação do agente* — a par de não se fazer, em patente violação ao Princípio da Reserva Legal, qualquer restrição acerca dos delitos que poderiam ser investigados por meio desse instituto.

De forma diversa como ocorre nos demais países, sobremaneira naqueles cuja figura se apresenta de modo mais taxativo e organizado — Alemanha⁷, EUA⁸, Reino Unido, Portugal e Espanha —, o Estado Brasileiro não foi feliz quanto à questão da

⁷Na ORDEM JURÍDICA ALEMÃ, a figura do agente infiltrado (*VERTRAUEN MANN/VERDECKTE ERMITTLER*) fora introduzida para fins de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, mormente outras formas de criminalidade organizada. Referida figura encontra-se albergada nos §§ 110-a e 110-e do *StPO*. Conquanto não estabeleça uma definição jurídica satisfatória do que venha a ser crime organizado, de forma contrária ao que se defende no ORDENAMENTO BRASILEIRO — sobre o qual trataremos posteriormente —, a lei tedesca da infiltração de agentes somente admite o recurso ao uso dessa figura legal, apenas pela subsidiariedade. Com isto, o recurso ao uso do agente infiltrado somente terá guarida se, diante de meios menos gravosos — e sempre diante de autorização judicial —, esses quedarem insuficientes. E ainda: dita autorização somente pode ser verificada se, no caso concreto, existirem indícios suficientes de que o fato típico perpetrado tenha, inelutavelmente, características de tráfico de estupefacientes, armas, falsificação de moeda — mormente documentos ou valores — ou, ainda, verse sobre segurança estatal. Não bastasse tal ponderação, o § 110-a do *StPO* é assaz taxativo no sentido de que a nomeação de um agente a ser infiltrado somente pode dar-se se existirem, indubitavelmente, indícios suficientes de que o crime contra o qual se volta o Estado tenha sido efetivamente *cometido* ou, de igual modo, que se torne possível a sua *reiteração*. Nesse sentido, (ONETO, 2005, p. 97).

⁸ Foram os EUA, até a presente data, o país que mais deu ênfase à figura do agente infiltrado, encarando-o, por meio de suas técnicas sofisticadas, como um dos meios de prova mais hábeis à produção probatória, contra o denominado crime organizado — nomeadamente contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Em virtude de ter assumido aspecto amplo, o recurso à infiltração do agente (*undercover agent*) passou a contar com uma nova figura, cujo fito consiste em estabelecer balizas a serem seguidas durante a incursão, principalmente quando se trate da

natureza jurídico-probatória do referido instituto^{9/10/11}. Ao revés. Mercê de uma grande lacuna legal, aquilo que deveria ser

afetação aos direitos e garantias fundamentais. Essa figura a que se alude recebera a denominação de *Entrapment Defense*, cujo objetivo reside na vedação da utilização do agente, quando este assumia ares de provocador. Por outro lado, não representa senão a evitação de que os cidadãos sejam, ilícita e maliciosamente, compelidos pelo próprio Estado a praticar atos por ele mesmo combatidos, mas, de igual modo, obstar a tolerância de práticas policiais nefastas e excessivas, mesmo levando-se a crer que o arguido seja culpado. (*Vide* MEIREIS, 1999, p. 95); (ONETO, 2005, p. 37).

⁹ NO REINO UNIDO, a figura do agente infiltrado constitui matéria de domínio público, existindo sobre ela um código de conduta acerca de como deve dar-se a atuação do agente infiltrado, podendo, se alguém o desejar, consultá-lo publicamente, em todas as esquadras. De acordo com o código de conduta sob comento, as operações encobertas somente podem ter lugar quando, para prevenção ou detecção de crimes, estejam em causa a segurança nacional. (ONETO, *Ibidem*).

¹⁰ Em PORTUGAL, a figura do agente infiltrado também logra previsibilidade legal. Conforme se deduz do *art. 1º, n. 1, da Lei Nº 101/2001* (Regime Jurídico das Acções de Prevenção e Investigação Criminal), o recurso ao uso do agente infiltrado (*encoberto*), não apenas tem o fito de atuar no campo *investigativo*, senão, também, na esfera *preventiva*. Pontifica, de igual modo, que a a ação encoberta deve ser permeada pelo *Princípio da Proporcionalidade*, a ele jungida a adequação aos fins pretendidos. Noutros termos, as infiltrações devem estar adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais, concretamente identificadas, principalmente no que toca à descoberta de material probatório, aferidor da gravidade do crime. (GONÇALVES, ALVES e VALENTE, 2001, p. 28); (BRAZ, 2009, p. 324 e ss.); (ALMEIDA e VILA-LONGA, 2003, p. 921-922).

¹¹ Na ESPANHA, o recurso à figura do agente infiltrado tornou-se possível, legalmente falando, graças ao advento do *ART. 282 BIS, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL*. Mercê deste dispositivo, somente poderá exercer as funções de agente infiltrado (*encubierto*) quem, por força de prévia autorização, seja membro da polícia judicial. Em que pese essa observância, o problema se encontra, justamente, no conceito genérico do que venha a ser *polícia judicial*. Conforme pontua a crítica doutrinária, o termo *polícia judicial* abrange um leque demasiado amplo de pessoas e grupos que, conforme interpretação literal, qualquer daqueles contidos no rol legal, poderia atuar como agente encoberto. Daí porque referido dispositivo merecer uma reforma total em seu conteúdo. Com isso, vê-se que, de modo diverso como ocorre no BRASIL, a infiltração do agente em organização criminosa pode ser realizada não somente por agentes estatais, senão que, por pessoas estranhas aos quadros policiais, desde que atuem sob o controle do Estado. Contudo, todos os casos a envolver uma infiltração, somente podem se dar num plano autorizativo. É dizer, antes que se proceda a uma infiltração propriamente dita, esta deve, liminar e inelutavelmente, acompanhar-se de uma autorização emanada da justiça. Na mesma senda dos demais países, a Espanha também contemplou a responsabilidade penal do agente infiltrado. Segundo se infere do *ART. 282, BIS, 5, DA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL*,

taxativo acabou por ensejar no campo probatório graves consequências. Em momento algum a lei foi taxativa no sentido de evidenciar a qualidade do instituto. Mais grave ainda é que o não-enfrentamento da questão à luz de sua natureza jurídica — quanto à questão de se evidenciar ser meio de pesquisa de prova ou se meio de prova propriamente dito — acarretou consequências bastante indesejáveis, não somente no tocante ao abuso de direitos e garantias do arguido, como também no grave consecutivo de possíveis nulidades, redundando inclusive no prejuízo da *persecutio criminis* e na *impunidade* daqueles que realmente pudessem fazer juz à punição.

Mercê da grave omissão legislativa, a tentativa de definir a natureza jurídica da infiltração de agentes não tem residido senão na conveniência da jurisprudência tribunícia que, em desconformidade com a Constituição Brasileira¹², tem se arvorado como um legislador que tudo pode, descurando-se de sua incompetência constitucional para legislar em materia penal e processual penal, chegando inclusive ao extremo de — em nítido descompasso se comparado à Lei Portuguesa¹³ (*Lei nº 101/2001*)

ao agente é concedido o benefício da isenção de responsabilidade penal por suas ações, desde que, durante a operação, tenha obrado por critérios de razoabilidade e proporcionalidade e, também, que não tenha atuado como *provocador* do delito — haja vista o mesmo dispositivo supra não o permitir. (CARRIZO GONZALES-CASSELL, 2009, p.187 e ss.).

¹² Consoante o art. 22, inc. I da Constituição Federal de 1988, somente à União (representada pelo Congresso Nacional=Câmara Federal e Senado da República) é dado o poder de legislar em matéria penal e processual.

¹³ Em PORTUGAL, conforme se depreende do *art. 6º. 1, da Lei nº 101/2001*, não será passível de punição a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma infiltração, consubstancia a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração. Contudo, insta salientar, não é pelo fato de receber dita autorização que deva o agente infiltrado exorbitar dessa prerrogativa. Pelo contrário. A própria lei portuguesa, quanto a esse problema, queda-se patente no sentido de vedar expressamente a figura do *agente provocador*. Tanto assim que, para não haver abusos, o próprio dispositivo legal é taxativo no sentido de não permitir a *instigação criminosa* — a propósito, os tribunais portugueses, nesse sentido, já corroboraram esse *mandamus* legal —, o que faz com que ao agente público seja defeso agir ao seu bel-prazer, não obedecendo à razoabilidade da medida.

(JUSTO, 2006, p. 497-503) —, condenar o arguído em grau de recurso, mesmo quando o agente público tenha operado com ares nítidos de agente provocador (VIEIRA, 2010, p. 26/28)¹⁴. Tais acontecimentos, ultimamente, levam à razão o posicionamento da doutrina quando, em tom crítico, pontifica que o recurso à infiltração de agentes não é senão uma nítida autorização em branco, conferida pelo juiz, para que o agente infiltrado ingressasse nos mais variados domicílios, suspeitos ou não de ensejar provas de infrações penais (PRADO, 2002, p. 134 e ss.), ferindo inclusive direitos e garantias fundamentais de terceiros inocentes não envolvidos no processo, em nítida afronta ao *Princípio da Intranscendência*.

As dúvidas de interpretação geradas pelo referido instituto geraram, vistas a olhos, uma gama considerável de posicionamentos inseguros e descomprometidos quanto à realização da justiça no caso concreto. Exemplo típico a ser citado foi o julgado relativamente recente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em sede de carência de tipicidade na produção probatória, chegou ao ponto de interpretar a figura do agente ora como infiltrado, ora como perito (VIEIRA, 2010, p. 28), ora como *litigant amicus*¹⁵, num caso em que sequer se cogitava de organização criminosa — a cujo objeto se direcionava a lei de

¹⁴ O julgado do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL tomou por *agente infiltrado* a figura vedada de *agente provocador*. Decidiram os desembargadores da 3ª Câmara Criminal daquela Corte, ao julgarem a APELAÇÃO CRIMINAL N. 70006149348, que o agente policial – que adentra favela na companhia de repórter de televisão e finge ser comprador de entorpecentes, atua como *infiltrado* e não como *provocador*. “Os diálogos mantidos com o tal “infiltrado” e o suposto vendedor são eloquentes no sentido de caber dentro da moldura *típica* do agente provocador: *não havia, no local, qualquer substância entorpecente e, após convencer o imputado de se tratar de um possível consumidor, aquele manda trazer a substância então vendida.*” (Apelação Criminal n. 70006149348, REl. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 22.05.2003).

¹⁵ Figura aproximada ao *amigo de uma das partes* (*in casu*, do Ministério Público – como parte na relação processual; o que efetivamente é), pois nem de perícia se poderia cogitar posto que a função confessada do tal *agente* como indicado longamente no julgado seria auxiliar o próprio *Parquet*.

infiltração de agentes no Brasil —, sem se dignar inclusive se havia autorização judicial para tanto (VIEIRA, 2010, p. 28).

Com isso, tem-se que a inópia da clareza taxativa quanto à natureza jurídica do agente infiltrado portou consigo um grave consectário na vedação daquilo a que mais se repudia numa democracia, a saber, o *uso indevido da analogia*, a potencializar danosamente o uso de regras excepcionais, provenientes de outros institutos do processo penal. Alguns autores, *ad exemplum* (DEZEM, 2010, p. 158), portam-se no sentido de que, posto não ter havido uma clareza convincente do instituto, *os procedimentos utilizados* pelo agente infiltrado deviam caminhar no mesmo patamar da Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/1996).

Não concordamos com tal posição. Há de se pontuar, *in casu*, que o uso da analogia para este tipo de procedimento não leva em consideração, se comparado aos efeitos da interceptação telefônica, a gravidade maior da intromissão do agente infiltrado. Isto porque, o nível de intromissão de privacidade ao se fazer uso da técnica do agente encoberto é consideravelmente superior ao das interceptações, nomeadamente quando se trata do *meio invasivo* a ser tomado. Sobre este teor, impõe-se pôr de relevo que, a *deslealdade* infligida ao arguido, não acarreta os mesmos riscos verificáveis nas escutas telefônicas. Pelo contrário. Em uma escuta telefônica não há o risco de se instigar o agente ao cometimento do crime, ao passo que, no recurso ao agente infiltrado — dada a linha tênue existente entre infiltração e provocação (PEREIRA, 2010, p. 146) — esta possibilidade é assaz possível. Aliás, como bem pontuam as críticas doutrinárias brasileira e portuguesa, a par dessas gravidades a serem sopesadas, o problema comum a estas situações encontra-se justamente na invasão da intimidade da vida privada dos envolvidos.

Em nosso entendimento, no exato momento em que se pugna por um tipo de interpretação deste jaez, o processo hermenêutico constitucional passa a ser atingido — e amplamente.

No Brasil, em sede de processo penal, a analogia *in malam partem* pode ser admitida. Sem embargo desta previsão, dela discordamos, veementemente. Nisto, para nós, há um motivo plausível: a estrutura normativa observável entre normas constitucionais e infraconstitucionais, das quais, estas (processo penal) não poderem colidir com aquelas, sobremaneira quando se trata de atingir o núcleo essencial, insculpido no bojo constitucional. Grande parte dos processualistas brasileiros, quanto a isso, descuram-se. O que se vislumbra no processo penal, em verdade, é um nítido desapêgo¹⁶ sobre a possibilidade da analogia *in malam partem*.

Discordamos totalmente dos autores que defendem, em processo penal — nomeadamente em sede de agente infiltrado —, o uso deste tipo de analogia, completamente. De nossa parte, somos concordes com Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 14-15) e Mauro Cappelletti (1974, pp. 26.) no sentido de que a norma processual não somente deve refletir valores políticos, senão, também, de espelhar as diretrizes básicas do sistema político-constitucional vigente. Se assim é, e se o Estado Brasileiro afigura-se democrático de direito, as normas infraconstitucionais devem resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de previsão e defesa constitucionais. Na mesma ótica da doutrina portuguesa (DIAS, 2004, p. 97), somos assentes em que, sempre que o recurso à analogia possa traduzir-se em um enfraquecimento da posição ou até mesmo da diminuição dos direitos referentes ao arguído, a analogia deve ser vedada, completa e terminantemente. Daí, em sede de captação probatória por meio de agente infiltrado, não admitirmos este recurso.

¹⁶ Concorde à nossa posição, STANZIOLA VIEIRA adverte-nos sobre a posição de SOUZA NUCCI quanto à posição que criticamos. Para SOUZA NUCCI (*in verbis*): “O Código de Processo Penal admite, expressamente, que haja interpretação extensiva, pouco importando se para beneficiar ou prejudicar o réu, o mesmo valendo no tocante à analogia. Pode-se, pois, concluir que, admitido o mais – que é a analogia, cabe também a aplicação da interpretação analógica, que é o menos.” (NUCCI, 2007, p. 61, *apud* VIEIRA, *Ibidem*).

Conforme pontuamos, o *inc. V* do §2º da *Lei nº 9.034/95 (Lei de Infiltração do Agente)* constituiu notória norma em branco. Mercê disso, diversamente do que deveria ser, os problemas procedimentais ficaram a cargo da doutrina que, no válido afã de encontrar uma saída plausível para o problema, acabou por cair em um fosso sem limites, malgrado agindo de boa intenção. Diante do enorme fosso em que nos encontramos, resta-nos indagar: a lei do agente infiltrado no Brasil poderia ser subsumida *como um meio de prova*? Ou será que sua natureza jurídica estaria mais para *meio de pesquisa de prova*?

Se levarmos em consideração o disposto no *art. 2º, inc. V da Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 10.217/01)*, em razão da qual a figura do agente infiltrado fora instituída, há de se inferir pela figura de meio de pesquisa de prova, tão somente. Consoante se infere do referido dispositivo, a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência afigurou-se instituto permitido em qualquer fase da *persecutio criminis*¹⁷. Ora, se posteriormente e por inferência, a Lei do Crime Organizado passou a referir à *persecutio criminis*, é de se pontuar não pairarem dúvidas quanto à permissão do instituto *apenas* na fase da investigação preliminar. Se assim se afigurou, então, há de se depreender que o recurso ao agente infiltrado não bastasse ser um meio de pesquisa de prova, não logrou em si natureza processual e contraditória, mas que possuiu tão somente a finalidade de obtenção de provas materiais. Sem embargo desta afirmação, formulamos a indagação base/objeto de nossa pesquisa:

1º se o recurso ao agente infiltrado era admissível apenas na fase em que não se admitisse contraditório (inquérito policial), haveria a possibilidade de o agente encoberto servir

¹⁷“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.” (Lei nº 1.0217/2001).

como fonte de prova testemunhal, ensejando o respeito aos direitos constitucionais do arguido em contraditório futuro? Desta indagação base exsurge outra, que se subdivide por estarem intimamente contidas:

Mesmo não havendo taxatividade probatória que assegurasse a atuação do agente como testemunha no processo, ao se negá-la na fase endoprocessual:

1.1) *o contraditório e a ampla defesa* não estariam sendo feridos?

1.2) *em se verificando isto, não se estaria cerceando do arguido o seu direito constitucional de autodeterminação informativa?*

1.3) *dentro do cerceamento do contraditório não se inviabilizaria a defesa técnica e a autodefesa do arguido, retirando deste as garantias constitucionais da ampla defesa?*

1.4) *ao se negar a contradita à base sólida das acusações (advindas diretamente da infiltração), não se estaria impossibilitando a defesa e o arguido de lançarem mão do direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, nos casos em que são previstos o habeas corpus e o direito de impugnação de uma decisão interlolutória (art. 581 do CPP Brasileiro)?*

Para se chegar à posição por nós defendida, liminarmente há que se abordar *duas correntes antitéticas* nesse sentido. Se não vejamos.

Para a corrente contrária¹⁸ ao uso do agente infiltrado como testemunha, já que a qualidade do instituto da infiltração seria cabível apenas na fase persecutória (preliminar), não haveria falar-se em possibilidade de atuação do agente policial como testemunha no processo. Segundo seus defensores, isto se dá, basicamente, por questões óbvias dentro da lei infraconstitucional (CP e CPP), a saber,

i) localização topográfica da infiltração de agentes no

¹⁸Manifestamente contra a atuação do agente encoberto como testemunha em processo probatório, *vide* (MALAM, 2010, p. 13).

inc. II do art. 2º da Lei do Crime organizado, a prever institutos caracteristicamente investigativos,

ii) ausência de qualquer dispositivo na legislação brasileira, prevendo o testemunho do agente infiltrado em juízo e, por fim,

iii) o repúdio ao anonimato testemunhal no Código de Processo Penal Brasileiro.

Para defender tal posição, a alegada corrente menciona como substrato o *decisum* da CEDH (Corte Européia dos Direitos Humanos), apegando-se ao *Caso Doorson x Países Baixos*, em cujo teor decisório aquela corte pontificou que os direitos fundamentais da testemunha à *vida, à liberdade e à segurança* — aliás, protegidos pelo art. 8º da Convenção Européia —, podem justificar certas restrições aos direitos fundamentais do acusado. Daí ser incabível o recurso ao agente infiltrado como testemunha em juízo.

Por outro lado, há doutrinadores¹⁹ brasileiros e forâneos a admitir a possibilidade e o dever de o agente infiltrado figurar como testemunha no processo probatório. Consoante a sobredita corrente, o diferencial de se poder ou não utilizar-se do agente em juízo, fazendo-o atuar no processo, reside justamente na acepção do que vem a ser *vítima, acusado e testemunha*²⁰. Se em sede de direito processual penal, testemunha passa a ser toda pessoa que, não figurando no mesmo procedimento como vítima ou como acusado, encontra-se cabalmente inteirado acerca dos fatos investigativos, vindo prestar em juízo todas as informações que lhe forem pertinentes, não há porque excluir o agente infiltrado deste processo.

Diante das referidas posições, e levando em consideração o contraditório a que faz juz o arguido, resta-nos afirmar que, por constituir não apenas uma qualidade do processo, mas um

¹⁹ Quanto a isto, (MOSCATO DE SANTAMARIA, 2000, p. 68-69); (JOSÉ, 2010, p. 123-124); (MENDRONI, 2007, p. 59).

²⁰ Quanto a isto, (JOSÉ, 2010, p. 123).

requisito essencial ao seu próprio conceito, o Princípio do Contraditório serve não somente como meio de *sopesar as provas* a serem analisadas posteriormente pelo julgador, senão, principalmente, como garantia de paridade simétrica (LOPES JUNIOR, 2005, p. 225-225) entre os que integram os polos da lide.

Por esta razão, há que se abeberar da doutrina²¹ quando, na proscrição de todos os meios que possam ferir essa garantia, aduz ser o contraditório o representante do direito de informação e *participação de todos os atos processuais*²². Nesse mesmo patamar, convém pôr de relevo que dito conhecimento não pode representar uma mera possibilidade de ação. Pelo contrário. Como garantia constitucional que passa a ser, o contraditório deve exercer duplo caráter, a saber, *pleno e efetivo*²³. Pleno, pelo simples fato de dever ser garantido do limiar ao fim do processo; efetivo, pelo fato de ter que — sem óbice algum e por mais que alguém se insurja contra —, ser propiciado à parte *ex adversa* a *concreta possibilidade de exercício das condições reais* de imputação factual. No processo penal, com o seu máximo de publicismo e mínimo de disponibilidade, a reação do imputado não pode residir meramente no campo eventual, senão que na efetiva realização.

Pois bem, feitas tais ponderações, há que *adotarmos uma*

²¹ “Viene così ad affermarsi, in particolare nei due primi profili, l’assetto del contraddittorio come espressione di un diritto di difesa attivo nella fase di assunzione del procedimento probatorio e non piegato ad una forma di intervento, circoscritto nei tempi e passivo nei modi, ad atti unilaterali dell’autorità, come era invece inteso nel sistema previgente. Alla configurazione di un contraddittorio imperfetto, inteso come mero apparato tecnico di attuazione del diritto di difesa...” (GALANTINI, 2011, p. 05).

²² “Dal riconoscimento che il metodo dialettico costituisce il miglior strumento per accertare il vero, deriva la necessità di compiere tutti gli atti processuali in contraddittorio con le parti. Il contraddittorio consiste appunto nella partecipazione degli interessati agli atti processuali. Il suo scopo è di metter ciascuna delle parti in grado di prospettare e far valere le proprie ragioni [...] ed appunto per una esigenza fondamentale del processo [...] il contraddittorio deve essere [...] diritto delle parti...” (MALINVERNI, 1972, p. 397-398).

²³ Nesse sentido, SCARANCA FERNANDES e GRINOVER (*apud* JOSÉ, 2010, p. 106).

posição. Expirada a *infiltração do agente*, há a possibilidade de que este seja, para uma eventual condenação do arguido, ouvido durante a instrução probatória. Se, como dantes mencionamos, o exercício do contraditório caracteriza-se como uma garantia fundamental de quem se encontre no pólo passivo da lide, a figura do agente infiltrado — da qual promanam todas as provas incriminadoras contra o suspeito —, *deve ser olvida em juízo*. Aliás, é da ouvida do agente encoberto que poderão brotar os questionamentos de “*como*” as provas inseridas no processo foram havidas.

Sem este recurso, entendemos — na mesma linha da doutrina alemã²⁴ — que os direitos ao contraditório e à ampla defesa restarão prejudicados.

Em relação a este problema, o *inc. V, §2º da Lei 9.034/95* permaneceu silente, totalmente. Não havia, na legislação brasileira sobre o agente infiltrado, esclarecimento algum *de como* essa forma de oitiva fosse realizada, tampouco do *status* a ser conferido ao agente — testemunha/testemunha protegida legalmente. Pelo contrário. Ora, se para o processo penal brasileiro, testemunha é toda pessoa que, *não* figurando como vítima ou

²⁴NA ALEMANHA, conforme GÖSSEL, o Tribunal Federal Supremo (*BUNDESGERICHTSHOF*) e, posteriormente o Tribunal Constitucional Federal (*BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*), posicionam-se no sentido de que (*in verbis*): “*La búsqueda de la verdad a toda costa no constituye un principio del Código Procesal Penal*’. *Pero no sólo la obtención de la verdad requiere de normas jurídicas que proporcionen protección contra errores y los prejuicios [...] de conformidad con la concepción ampliamente reconocida del Tribunal Constitucional Federal (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT), el aludido derecho es correlacionado con la obligación del poder público de no disponer arbitrariamente de los derechos individuales al valerse de su posición supra ordenada [...] la obligación de respetar la dignidad humana implica también la observación del DERECHO DE AUDIENCIA, el que también ha sido elevado al rango garantía individual. Pero, a fin de que sea efectivo el derecho de audiencia y de que el sujeto pueda gradualmente influir en el procedimiento, se requiere de una estructuración justa del procedimiento penal, circunstancia por la cual el acusado debe tener la posibilidad de combatir las acusaciones de un jurista y perito legal, valiéndose del arma adecuada, es decir, la asesoría de otro jurista y perito legal.*” (GÖSSEL, 2007, p. 26-27).

acusado, vem a juízo prestar informações sobre fatos investigados no processo, em virtude de estar a par de seu verdadeiro teor, não há falar-se em proibição desta possibilidade. Ao vislumbrar a figura do *agente infiltrado*, nota-se, incontestemente, seu enquadramento nessa figura.

Ao analisarmos concretamente os conceitos de *vítima* e *acusado*, inferimos que a figura do agente infiltrado não é senão alguém que, por não se enquadrar no rol das duas qualidades anteriores (autor e vítima), dispõe de informações contundentes sobre os fatos objetos da *persecutio criminis*, estando por isso apto a prestar informações esclarecedoras acerca do ocorrido.

Se assim é — concordando com aqueles cuja posição é afirmativa —, então, em nome do efetivo exercício do contraditório, o agente infiltrado *poderia* e *deveria* figurar como testemunha a ser ouvida no processo, nomeadamente por poder se facultar à defesa do arguido todas as reais possibilidades de manifestação em contrário, inclusive pela invocação ao duplo grau de jurisdição.

Os julgados da Suprema Corte Brasileira dão-nos razão. Segundo se corrobora de suas decisões jurisprudenciais, o recurso ao contraditório e à ampla defesa em sede probatória jamais podem ser cerceados, *nomeadamente aqueles havidos mercê de processos investigativos*. Segundo se infere de julgados do STF²⁵, bem como do *Precedente Representativo em HC 88190*²⁶, da decisão monocrática do *HC 113.548 MC* e do *Inq*

²⁵ (STF/ Súmula Vinculante 14).

²⁶ "4. Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor; porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. [...] Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor; à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. [...] 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados [...] não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a

2.266, constitui direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em *procedimento investigatório* realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa^{27/28/29}.

Em *fundamentação de um precedente representativo a versar sobre matéria investigativa*, entendeu o STF que todas as diligências a serem tomadas devem ser sigilosas. Sem embargo, pondera, nem por isso dito procedimento pode ser absoluto, principalmente quando se está diante de direitos constitucionais. Se o sigilo é aí necessário à apuração da atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado *já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor. In casu*, faz-se imperiosa já ter cessado a causa do sigilo³⁰. Os atos de instrução, *enquanto*

intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um do envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte." (HC 88.190 (DJ 6.10.2006) - RELATOR: Ministro Cezar Peluso - Segunda Turma). (Grifo no Original).

²⁷“**DIREITO DE ACESSO A DILIGÊNCIAS CONCLUÍDAS.** “O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o investigado (ou o réu, quando for o caso) tenha pleno acesso aos dados probatórios, que, já documentados nos autos (porque a estes formalmente incorporados), veiculem informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada ou processada pelo Estado, não obstante o regime de sigilo excepcionalmente imposto ao procedimento de persecução penal ou de investigação estatal. Tenho enfatizado, nesta Suprema Corte, em inúmeras decisões, que o fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera da persecução instaurada pelo Poder Público, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de investigação [...]”. HC 113.548 MC (DJe 18.5.2012) - RELATOR: Ministro Celso de Mello - Decisão Monocrática. (Grifo no Original).

²⁸ Inq 2.266 (DJe 13.3.2012) - Relator Ministro Gilmar Mendes - Tribunal Pleno. (Grifo no Original).

²⁹ STF. Súmula Vinculante nº 14 (Brasília: Diário da Justiça)

³⁰ Cf. HC 88.190. Diário da Justiça: Brasília, 2006.

*documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor; à luz da Constituição da República, a garantir à classe dos acusados o direito de defesa*³¹.

Não obstante o regime de sigilo excepcionalmente imposto ao procedimento de persecução penal ou de investigação estatal o estabeleçam, impedir que o investigado tenha pleno acesso aos dados probatórios que, já documentados nos autos, veiculem informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada, constitui flagrante violação à Constituição³².

Como bem esgrime o Min. Celso de Mello, quando se trata de *persecução por atos de investigação* instaurada por órgãos e agentes do Poder Público, o fascínio do mistério e o culto ao segredo³³ não devem estimular práticas estatais cuja realização culmine em ofensa aos direitos básicos daquele a quem se persegue. Não somente assim é a posição atual da *jurisprudência da Suprema Corte*, senão, também, do próprio Código de Processo Penal Brasileiro de que tanto algumas decisões dos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau — em patente aplicação da analogia *in malam partem* — parecem esquecer.

Conforme se infere das regras do Processo Penal, e com vistas ao efetivo combate ao escuso *anonimato*³⁴ *testemunhal*, o Código de Processo Penal firma-se no sentido obrigatório de que

*i) à testemunha deve ser atribuído o dever de declinar todos os seus dados qualificativos*³⁵,

³¹ HC 88.190. Diário da Justiça: Brasília, 2006.

³² HC 88.190. STF-Segunda Turma. Diário da Justiça: Brasília, 2006.

³³ HC 113.548 MC (DJ) Diário da Justiça: Brasília, 2012.

³⁴ Art. 203 do CPP.

³⁵ “Art. 203 - A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.”

ii) às partes deve ser facultada a *contradita testimonhal* e a alegação de todas *as circunstâncias que porventura a tornem parcial*³⁶ e, por fim,

iii) *ao juiz da causa impõe-se o dever de lançar mão de todos os meios disponíveis ao esclarecimento da identidade duvidosa*³⁷ da testemunha. Com isso, para a efetivação do direito ao contraditório, é de se concluir pela atuação do agente infiltrado como testemunha no processo.

AGENTE INFILTRADO NA FASE ENDOPROCESSUAL: SUA (IN) ADMISSÃO COMO TESTEMUNHA (NÃO) ANÔNIMA NO PROCESSO E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS NA ESFERA PROBATÓRIA ANTE O PROBLEMA CONSTITUCIONAL DA EFETIVA (IN) ACESSIBILIDADE AO CONTRADITÓRIO

Vista pelo prisma de negação do contraditório, rematamo-nos ao problema da *validade constitucional da prova*, havida e levada ao processo para a condenação do arguido. No Estado Brasileiro, o fenômeno da ilicitude probatória não assumiu uma marca tão taxativa de proibição.

Se, dantes, não havia uma referência translúcida quanto aos meios *inidôneos de prova*, a Carta Magna posicionou-se de forma inversa. O art. 5º do Magno Texto pontifica expressamente a inadmissibilidade no processo de todos os *meios ilícitos de prova*. Cristalizando ainda mais o entendimento da Magna Carta, a justiça do Estado Brasileiro, nomeadamente os Tribunais Superiores³⁸, tendo em vista os direitos fundamentais das

³⁶“Art. 214 - Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha [...]”

³⁷“Art. 205 - Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.”

³⁸A DOCTRINA ESPANHOLA, em seus estudos de direito comparado, tem feito

mais variadas ordens *têm dado efeito de nulidade absoluta às condenações, em cujo teor se verifica qualquer meio de prova a consolidar a decisão do julgador.*

Por ter sido inteiramente omissos quanto aos métodos a serem utilizados na *infiltração policial*, somos concordes — na mesma linha da doutrina portuguesa³⁹ — em que o *inc. V, §2º da Lei 9.034/95* contaminava, de forma contundente, o substrato da prova a ser posteriormente utilizada em juízo. Por carregar em si essa eiva viciosa, não somente todas as garantias fundamentais do arguido eram postas em causa, senão também, todo o devido processo legal.

Contaminando o devido processo legal, as provas levadas ao processo sem a devida observância deste princípio, não somente não podiam ser admitidas em juízo, como, de igual modo, deviam dele ser retiradas, não podendo figurar como sustentáculo algum à condenação de quem quer que fosse.

Sem embargo de o processo penal ser o único meio de execução do direito punitivo, antes mesmo de qualquer condenação, os meios probatórios devem assumir capital relevância nesse papel⁴⁰. Sem eles, o processo queda-se inerte e totalmente

menção ao progresso do Estado Brasileiro quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas. ARMENTA DEU, com muita propriedade em seus estudos, relata casos em que alguns tribunais brasileiros, antes da CF/88, admitiam meios probatórios havidos de forma ilícita. A teor exemplificativo, a autora espanhola menciona o HC 69.9120.0 – RS. LEX STF, pp. 34, 247 y ss. Para mais um estudo acurado em sede de direito comparado e com menção às provas ilícitas no Brasil, *vide* (ARMENTA DEU, 2009, p. 33-34).

³⁹ Em PORTUGAL, o entendimento de GUEDES VALENTE posiciona-se no sentido crítico de que o recurso à infiltração de agentes não somente cristaliza uma técnica de moral duvidosa, senão que, *por meio de uma fraude*, conduz a que o próprio suspeito seja compelido a maquinar a sua própria condenação, fazendo com que seja desrespeitada não apenas a vedação à auto-incriminação, mas, de igual modo, o princípio da isonomia pelo qual, todos, indistintamente, devem ser considerados presumivelmente inocentes, independentemente do tipo ou gravidade do crime. Nesse sentido, veja-se a posição crítica de (VALENTE, ALVES, e GONÇALVES, 2001, p. 27 e ss.).

⁴⁰ Quanto ao que afirmamos, confronte-se (MAZZA, 2012, p. 10 e ss.); (ILLUMINATI, 2010, p. 521 e ss.); (CESARI, 2009, p. 367 e ss.); (CASIRAGHI, 2009, p. 1768 e ss.); (CAVALLONE, 2008, p. 947 e ss.).

inviável de se chegar a uma ilação robusta. Como bem lecionam Sousa Mendes (2004, p. 133,137)⁴¹ e Armenta Deu (2010, p. 229-230), conquanto o resultado da atividade probatória deva servir de sustentáculo à motivação do julgador, dita motivação deve ser havida não somente pelos meios prescritos em lei, senão, também, pela conformidade com a experiência, com as leis científicas e o princípio da lógica, sem se descurar em momento algum dos direitos constitucionais atinentes à liberdade e à dignidade humana.

Disso resulta, inelutavelmente, que os meios de prova havidos durante a instrução criminal não ensejem, drasticamente e a todo custo, a que se dê guarida a um tipo de justiciamento no qual os interesses estatais possam⁴² se sobrepor às garantias do imputado. Seja qual for o tipo de criminalidade.

É, pois, nesse sentido que repousa a nossa preocupação no problema da prova utilizada em juízo para se debelar o fenômeno do crime organizado no Brasil, nomeadamente

⁴¹ De igual modo, nas visões de DALIA e FERRAIOLI: “[...] *nella Costituzione quanto nelle altre Carte dei diritti, la libertà personale è oggetto di diffusa tutela, perché è su di essa che si riflettono, con maggiore immediatezza, gli effetti di un procedimento — qual è quello penale — finalizzato, in caso di riconoscimento di responsabilità per il fatto oggetto dell'imputazione, alla irrogazione di sanzioni intese proprio a sacrificare il bene della libertà. Tutela della libertà personale non può significare sottrazione alle sanzioni scaturenti dallo svolgimento del procedimento penale, ma vuol dire qualcosa di diverso. Le Carte dei diritti specificano, in forma dettagliata il tipo di tutela, fissandola, con assoluta puntualità. Vengono presi in considerazione distinti aspetti del diritto di libertà, individuati: 1) nel riconoscimento della dignità della persona [...] 6) nel costante rispetto del diritto ad essere presunto non colpevole fino alla pronuncia di penale responsabilità...*” (DALIA e FERRAIOLI, 2010, p. 181-182).

⁴² Quanto ao que aqui se afirma, cf. (VIVES ANTÓN, 2004, p. 27 e ss.). A propósito, como bem pontua LOPEZ BARJA DE QUIROGA (*in verbis*): “[...] *recorrir a la limitación de la búsqueda de la verdad material – como fin del proceso penal – para fundamentar la exclusión de los elementos probatorios que se obtuvieron lesionando derechos fundamentales, pues la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal, antes bien, el propio proceso penal esta impregnado por jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado – [...] y además no es un principio de la ley procesal penal que la verdad sea averiguada a cualquier precio.*” (LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 1989, p. 02).

quando se trata do dever de ouvir — em garantia do contraditório e do devido processo legal — o agente infiltrado como testemunha na fase endoprocessual.

Com alicerçe na doutrina, já evidenciamos a possibilidade de o agente encoberto poder atuar como testemunha em juízo probatório. Sem embargo disso, impõe-se de relevo fazer-se a seguinte indagação: *Quomodo? Arvorando-se da garantia do anonimato? Devendo revelar-se integralmente para poder fundamentar o pleno direito ao contraditório do arguido?* Para se chegar a uma posição, há que se pôr de relevo — mais uma vez como outrora o fizemos — as duas posições antitéticas existentes.

A corrente defensora do dever de atuação do agente encoberto em juízo manifesta-se na posição de que o anonimato testemunhal, por ter compatibilidade duvidosa com devido processo legal, poria por terra o direito de confronto (*Right of Confrontation*) a que faz jus o arguido (RANDON, 2007, p. 25 e ss.). Adverte-nos que o referido direito se trata de um instituto de origem anglo-americana⁴³, cujo objetivo é o asseguramento ao acusado de todos os direito fundamentais insculpidos constitucionalmente, dentre os quais

- i) a produção de prova testemunhal em audiência pública,
- ii) realizada na presença do julgador do mérito da causa,
- iii) imposição do compromisso às testemunhas de não faltarem com a verdade em juízo e
- iv) o direito de inquirir as fontes de prova testemunhal

⁴³ “The Confrontation Clause is one of the fundamental protections afforded by the Sixth Amendment to individuals facing criminal prosecution. It guarantees a criminal defendant the right to confront adverse witnesses. The Confrontation Clause had its roots in the English common-law tradition, requiring face-to-face testimony subject to cross-examination, which the United States Supreme Court has recognized is the “greatest legal engine ever invented for the discovery of truth.” (RANDON, 2007, p. 25).

desfavoráveis, contemporaneamente à produção da prova testemunhal.

Ditos mandamentos encontram-se cabalmente insculpidos tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), incorporados pelo Brasil⁴⁴ no bojo hierárquico de suas normas constitucionais. Razão pela qual os órgãos policiais e o julgador brasileiros não poderem descurar, dada a sua disposição na Carta Constitucional⁴⁵. De acordo com os respectivos dispositivos, toda e qualquer pessoa acusada de prática delituosa tem o direito de interrogar ou de fazer interrogar as testemunhas de acusação. E mais: referido direito de inquirição deve *dar-se no tribunal, de forma presencial*⁴⁶.

Em outra senda diversa, a colheita de declarações testemunhais operada em juízo somente poderia ocorrer *sob a proteção do anonimato*, malgrado oponível à defesa técnica e ao arguido. Correntes que assim se posicionam, fazem-no mercê de alguns entendimentos esparsos da Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH), segundo os quais a vida, a *liberdade e a segurança do agente infiltrado* também são dignos de proteção, justificando com isso restrições aos direitos fundamentais do arguido, notadamente em caso de intimidação da testemunha e de seus próprios familiares⁴⁷.

Pese este último entendimento, a concepção predominante da própria Corte Européia de Direitos Humanos é no sentido de que, inelutavelmente, o procedimento de produção da prova testemunhal deve exigir:

(i) *a presença física do juiz,*

⁴⁴ Decretos nº 592/92 e 678/92, respectivamente. (MALAM, Diogo. *Ibidem*).

⁴⁵ Art. 5º, §2º da CF/88

⁴⁶ Art. 14.3 usque 8.2.f (*Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos = Pacto de São José da Costa Rica, respectivamente*).

⁴⁷ *Ad exemplum* o caso *Doorson x Países Baixos*, ocorrido no ano de 2006.

(ii) o conhecimento do julgador sobre a verdadeira identidade das testemunhas,

(iii) a possibilidade de o juiz observar o comportamento das testemunhas ao depor e

(iv) a possibilidade de os advogados observarem o comportamento das testemunhas ao depor, formulando todas as perguntas relevantes, exceto aquelas passíveis de revelação de suas respectivas identidades.

Para alguns doutrinadores, contudo, o anonimato não pode ser justificado com base nos direitos fundamentais da fonte de prova, com espeque na vida e segurança do agente público. Pelo contrário. As atividades profissionais relacionadas aos operadores da segurança pública não podem, em hipótese alguma, justificar base de cerceamento de direitos e garantias processuais. Até porque, conforme *determinam a lei brasileira*⁴⁸ e seus próprios regimentos, às atividades profissionais dessa categoria de servidores públicos — incluimos aqui *policiais, investigadores, agentes de inteligência*, bombeiros de segurança, dentre outros —, o *dever de enfrentar o perigo* se impõe, inclusive o ônus de colocar a própria vida e segurança em perigo, quando assim as circunstâncias reais o exigirem.

Se, a um lado, o anonimato implica não apenas o desconhecimento da verdade advinda do agente, a outro, sua relação com os fatos imputados ao acusado, devem ser considerados importantes ao esclarecimento da verdade acusatória.

Além do mais, pontue-se, a inóvia da publicidade do ato processual não somente pode tornar a testemunha anônima propensa ao falseamento da verdade, como, também, erigi-la à condição de supertestemunha, contribuindo para uma posterior supervalorização de sua credibilidade, influndo negativamente no

⁴⁸A propósito, o próprio CÓDIGO PENAL BRASILEIRO é bastante taxativo, em sede de excludente de ilicitude, no sentido de asseverar que *NÃO PODE ALEGAR estado de necessidade QUEM TINHA O DEVER LEGAL DE ENFRENTAR O PERIGO*. (Vide CP. art. 24, § 1º). (Grifo Nosso).

pré-julgamento desfavorável do arguído — quer perante o próprio órgão jurisdicional a quem compete o julgamento da causa (MALAM, *Ibidem*), quer perante a opinião pública — em cabal afronta à culpabilidade.

Ora, se o *right of confrontation* possui um núcleo essencial de densidade valorativa consolidada na dignidade humana, referida valoração, a nosso ver, não pode (ria) ser esgarçada. Muito menos naqueles casos em que o direito ao confronto (*right of confrontation*) esteja em colisão com a segurança do agente público.

A dignidade humana pode ser relativizada. Quanto a isso concordamos. Sem embargo, dita relativização não pode ser dada a qualquer custo. Pelo contrário. Em nossa concepção, somente se deve admitir a relativização da dignidade quando outras dignidades estiverem em jogo, e concretamente.

Referir que a dignidade humana possa ser relativizada pelo simples fato de estarem em jogo eficiência e segurança, não nos afigura plausível. Em sede de anonimato testemunhal, à proporção que são negados todos meios ao contraditório, a dignidade humana do arguído queda-se prejudicada por uma impossibilidade de desdizer tudo aquilo que se lhe imputa. Na prática, o ser humano — conquanto sua dignidade se vislumbre intangível expressamente por um *mandamus* constitucional — vê-se inviabilizado por um ônus insuportável de ser carregado: o grave risco de não se poder, por não se ter acesso à fonte incriminadora, provar sua inocência.

Por isso, quando se cogita em testemunho anônimo e dignidade humana, a relativização deste último princípio deve se dar no campo da proporcionalidade. E proporcionalidade em sentido estrito. Se ponderado no caso concreto, interesse social algum pode ter o condão de sobrepor-se, por meio de afronta ao pleno direito de defesa, à dignidade de quem quer que seja. Por maior e mais importante que se afigure, ou que se conduza por

uma teleologia legítima, eficiência alguma pode onerar o indivíduo na esfera de proteção de seus direitos fundamentais. O direito ao contraditório e todos os meios que a ele levem, fazem parte desses direitos fundamentais. A falta de ouvida testemunhal do agente, na fase endoprocessual, leva ao grave inconveniente a que se chega: *a grave negação ao efetivo exercício do contraditório*. Disso se retiram três graves consequências afetas ao contraditório:

a) *o grave cerceamento do arguido do seu direito constitucional de autodeterminação informativa;*

b) *a inviabilização da defesa técnica e a autodefesa do arguido, retirando deste as garantias constitucionais da ampla defesa;*

c) *a negação da contradita às acusações;*

d) *pela negação da contradita às acusações (advindas diretamente da infiltração), estar-se-á impossibilitando à defesa e ao arguido o efetivo exercício ao direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, principalmente nos casos em que são previstos o Habeas Corpus e o direito de impugnação de uma decisão interlocutória (art. 581 do CPP Brasileiro)⁴⁹. Quanto a isto, o legislador pátrio se descuroou, totalmente. Por isso, meio de investigação de prova ou fonte de prova qualquer que seja,*

⁴⁹ No BRASIL, há a questão do direito de impugnação das decisões interlocutórias, das quais, faz parte o instituto do *Habeas Corpus* —sobremaneira quando se constitui um direito do arguido ao exercício de suas funções basilares, a saber, *i) o caso de impetração em caso de sua liberdade encontrar-se injustamente em causa, por ser verdadeiramente inocente e ii) pelo fato de tal instituto constituir um meio hábil de se reverter possíveis ilicitudes no campo probatório*. Senão, veja-se (*in verbis*): “Código de Processo Penal. DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: X - que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*.” A propósito, os tribunais superiores têm-se manifestado nesse sentido. Desde que não comporte dilação probatória, várias decisões do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA pontificam e admitem plenamente, em sede de ilicitude probatória, o instituto do *habeas corpus* como via de impugnação de provas ilícitas. A propósito, veja-se o *decisum* HABEAS CORPUS Nº 143.697 - PR (2009/0148654-5). RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. (Grifo no Original).

por mais que se afigure necessária ao combate à criminalidade, não pode descurar desses ditames. Descurando-se, a proporcionalidade dos meios de prova estará posta em causa.

Se assim é, o *anonimato testemunhal* afigura-se *desproporcional*, não podendo portanto ser admitido em sede probatória. A propósito, não se pode olvidar que os ordenamentos jurídicos nacionais — disso nos lembra com propriedade a doutrina — *dispõem de mecanismos suficientemente aptos à consecução da segurança da testemunha*:

(i) *figuras típicas específicas para reprimir a prática de atos ilícitos contra elas*;

(ii) *medidas processuais penais adequadas para a segregação cautelar dos praticantes de ilícitos dessa natureza, bem como*

(iii) *outras medidas de cariz administrativo ou processual — os programas de proteção a testemunhas (MALAM, *Ibidem*, p. 20) são exemplos nítidos —, constituem uma realidade protetiva oferecida pelas leis do Estado Brasileiro. Basta apenas executá-los.*

Se estes meios legais *estão a serviço da testemunha*, mas que não são postos em prática por descaso ou incompetência das instituições, não é por isso que os direitos do arguido devam ser sonegados. Pelo contrário. Se o direito encontra-se regulamentado, as instituições é que devem ser coerentes com aquilo que pregam, tão-somente. Os meios existem. É preciso, apenas, que sejam postos em prática.

Na mesma linha de Guedes Valente (*Ibidem*), somos concordes em advertir não haver sentido — no quadro da investigação criminal e em sede processual — a defesa de todo e qualquer meio, sem que liminarmente se avaliem as razões, aptidões e inadequações dos meios utilizados pelas técnicas de combate ao crime.

Nem sempre o meio mais eficaz afigura-se o melhor para se alcançar a verdade material e a obtenção da justiça. Este meio

de que se cuida pode nos conduzir a uma verdade, mas não àquela juridicamente válida pela legalidade constitucional de um Estado.

Para prevenir e perseguir o crime organizado, não somente se exige *engenho* e *arte* (VALENTE, 2009, p. 163-165.) — elementos quase imperceptíveis na técnica de infiltração — por parte de seus operadores, como, também, uma efetiva concretude dos direitos e garantias fundamentais de quem se persegue. Eis porque — como possibilidade concreta e efetiva ao exercício do contraditório a que faz jus o arguido —, deveria, no *direito brasileiro*, o agente encoberto ser olvido como testemunha na fase endoprocessual.

CONCLUSÕES

À guisa de conclusão e para fins de estudos históricos, é de se inferir que o instituto do recurso ao agente infiltrado no Brasil, por meio da antiga lei (*Inc. V, §2º da Lei Nº 9.034/1995*), como técnica de combate ao crime organizado, portava as seguintes características:

1) Comportava em seu teor a grave falha da inópia da taxatividade, a influir decisiva e negativamente sobre os meios de prova;

2) Em virtude de sua inópia, as lacunas quanto a eventuais problemas a serem dirimidos não esclareciam como deveriam proceder os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* e da promoção da justiça;

3) A par dos demais problemas gerados pela ausência de taxatividade, constatava-se: *i) não especificação de um procedimento próprio para o processamento da infiltração, ii) legitimidade para o seu requerimento, iii) decurso temporal da medida, iv) possibilidade de sua renovação, v) a que autoridade se destinava o recebimento da informação e vi) limites de atuação do agente ;*

4) As dúvidas de interpretação geradas pelo referido instituto geraram nos tribunais uma gama considerável de posicionamentos inseguros e descomprometidos, cujo consectário foi, em patente afronta às garantias constitucionais, o uso desenfreado da analogia *in malam partem*;

5) O labor legislativo não foi feliz quanto à clareza de sua natureza jurídico-probatória. Somente de forma posterior é que se inferiu ter a figura do agente infiltrado natureza de *meio de pesquisa de prova*, e não de meio de prova;

6) Conquanto fosse um meio de pesquisa de prova, admissível somente em sede investigativa, impõe-se urgente a defesa do agente infiltrado como *testemunha no processo como base para o exercício do contraditório*. Dita posição assumida se dá em virtude de o recurso à infiltração ter podido *interferir diretamente* nas provas levadas e coligidas aos autos processuais, ensejadores de condenação futura;

7) Pela inferência lógica do CPP brasileiro, por *não se enquadrar* na acepção de vítima ou acusado, o agente infiltrado enquadra-se tipicamente na *qualidade de testemunha*, podendo ser ouvida durante a fase processual. Por isso,

8) como garantia do contraditório, deve (ria) o agente infiltrado atuar no processo como testemunha. Sua atuação não pode (ria) ser anônima, mas presencial;

9) Tal dever dá-se pelo fato de a *Constituição* e o *Código de Processo Penal Brasileiros* firmarem-se por (04) *quatro possibilidades*:

i) a *vedação constitucional do anonimato testemunhal*;

ii) à *testemunha deve ser atribuído o dever de declinar todos os seus dados qualificativos*,

iii) às *partes deve ser facultada a contradita testemunhal e a alegação de todas as circunstâncias que porventura a tornem parcial*;

iv) *ao juiz da causa impõe-se o dever de lançar mão de*

todos os meios disponíveis ao esclarecimento da identidade duvidosa da testemunha;

10) A relativização de não se conceder o contraditório ao arguido somente pode dar-se em virtude de uma ponderação no caso concreto, sem se pôr em causa o núcleo essencial. Verificado que a dignidade humana do arguido fora ferida mercê da ponderação entre direito de defesa e binômio segurança/eficiência do Estado, o grau de intensidade protetivo ter-se-á como desproporcional;

11) Na ponderação, não há falar-se em negativa do contraditório como direito fundamental, sob a alegação de proteção do agente público. *Pela lei brasileira (Código Penal ainda vigente), o agente infiltrado (policial ou agente de segurança), tem o dever legal de enfrentamento do perigo.* Por outro lado, o Estado dispõe de mecanismos suficientemente aptos à consecução da segurança da testemunha: dentre os quais se afiguram:

(i) figuras típicas específicas para reprimir a prática de atos ilícitos contra essas vítimas;

(ii) medidas processuais penais adequadas para a segregação cautelar dos praticantes de ilícitos dessa natureza ;

(iii) outras medidas de cariz administrativo ou processual, a teor dos programas de proteção a testemunhas (MALAM, Ibidem). Bastando apenas executá-los;

12) Sem a admissão do agente como testemunha no processo, *a defesa técnica e a autodefesa restarão inviabilizadas, posto não se poder lançar mão dos meios de “como” o processo probatório fora havido;*

13) *Negando-se tais meios, o recurso ao habeas corpus e o direito de impugnação dos atos decisórios por via de recurso em sentido estrito (art. 581 do Código de Processo Penal Brasileiro), cabentes ao caso restarão flagrantemente ceifados;*

14) Verificados o abuso aos direitos supra, os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa são postos em causa. Em se ferindo tais princípios, todo o devido processo legal queda-se inviável;

15) Por via de consequência, ao não se admitir a presença do agente infiltrado como testemunha e a se ferir os princípios supra, os meios de pesquisa de prova e todas as demais, havidas por derivação deste instituto legal, são *pleno jure constitucionalmente ilícitas*, não tendo o condão de efeitos punitivos. Eis aqui, os vícios da antiga lei (9.034/95).



BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidade Organizada na Europa*. In: PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva e MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). 2º Congresso de Investigação Criminal (ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL). Coimbra: Almedina, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales (El Derecho y la Justicia)*. Traducción Carlo Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALIMENA, Bernardino. *Principii di Procedura Penale*. V. I. Napoli: Luigi Pierro, 1914.

ALMEIDA LOPES, J. J. *Constituição da República Portuguesa (Anotada com os Acórdãos do Tribunal Constitucional/Lei do Tribunal Constitucional)*. 6ª revisão. Coimbra: Almedina, 2005.

AMBOS, Kai. *Las Prohibiciones de Utilización de Pruebas en*

- el Proceso Penal Alemán – Fundamentación Teórica y Sistematización. In: Política Criminal. N° 7. Santiago (Chile): Política Criminal, 2009.*
- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Ser-rano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Verba-tim, 2011.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Pe-nal*. Quinta edición. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- _____. *La Prueba Ilícita: Un Estudio Comparado*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Manual de Direito Constitucio-nal*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Dere-cho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- BRAZ, José. *Investigação Criminal: Organização, o Método e a Prova: os Desafios da Nova Criminalidade*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *El Injusto de los Delitos de Organi-zación: Peligro y Significado. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). Crime Organizado: Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo: Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina: 1993.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concep-tos y Principios Constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- CARRIZO GONZALES-CASTELL, Adán. *El Agente Infiltrado en España y Portugal: Estudio Comparado a la Luz de las Garantías y de los Principios Constitucionales. In:*

- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa. Interferências e Ingerências Mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CASIRAGHI, R. *Prove Vietate e Processo Penale*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Anno LII. Ottobre-dicembre. Milano: Giuffrè Editore, 2009.
- CAVALLONE, B. *Riflessioni sulla Cultura della Prova*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Anno LI. Luglio-settembre. Milano: Giuffrè Editore, 2008.
- CHIAVARIO, Mario. *Os Direitos do Acusado e da Vítima*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- DALIA, Andrea Antonio e FERRAIOLI, Marzia. *Corso de Diritto Processuale Penale*. Padova: CEDAM, 1992.
- DIAS, Augusto Silva. *Criminalidade Organizada e Combate ao Lucro Ilícito*. In: PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva e MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal (ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL)*. Coimbra: Almedina, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Nueva Política Criminal Española*. In: EGUZKILORE (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología). Nº 17, diciembre (65-87). San Sebastián: Instituto Vasco de Criminologia, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- FURTADO, Franklim. *O Agente Infiltrado*. In: *Direito e Cidadania*. Ano V, nº 16/17 (set./abr.). Praia (Cabo Verde):

- Direito e Cidadania, 2002/2003.
- GALANTINI, Novella. *Giusto Processo e Garanzia Costituzionale del Contraddittorio nella Formazione della Prova*. In: *Diritto Penale Contemporaneo* (Rivista Trimestrale). Milano: *Università degli Studi di Milano*, 2011.
- GIMENEZ PERICAS, Antonio. *Sobre la Prueba Ilicitamente Obtenida*. In: EGUSKILORE (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología). Nº 6/diciembre. San Sebastián: EGUSKILORE, 1992.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado – Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GONÇALVES, M. Maia. *Código de Processo Penal*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1982.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. (Obras Completas) Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 2007.
- _____. *El Principio de Estado de Derecho*. In: *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. (Obras Completas) Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Conteúdo da Garantia do Contraditório*. In: *Novas Tendências do Direito Processual (De Acordo com a Constituição de 1988)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- ILLUMINATI, G. *L'Inutilizzabilità della Prova nel Processo Penale Italiano*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Anno LIII. Aprile-giugno. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

- JOSÉ, Maria Jamile. *A Infiltração Policial como Meio de Investigação de Prova nos Delitos Relacionados à Criminalidade Organizada*. (Dissertação de Mestrado não Publicada). São Paulo: USP, 2010.
- LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória*. In: AMBOS, Kai e LIMA, Marcellus Polastri (Orgs.). *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória Perante as Realidades Alemã e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Concepto y Desarrollo de la Prueba Prohibida en el Ámbito Procesal*. Madrid: Akal, 1989.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MALINVERNI, Alessandro. *Principi del Processo Penale*. Torino: Editore Torino, 1972.
- MALAM, Diogo. *O Agente Infiltrado como Técnica de Investigação*. In: VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual (Civil e Penal) do Instituto Brasileiro de Direito Processual. São Paulo: (IBDP), 2010.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Torino: Unione Tipografico/Editrice Torinese, 1967.
- MATA-MOUROS, Isabel. *O Agente Infiltrado*. In: Revista do Ministério Público. Ano 22, nº 85 (jan.-marc.). Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2001.
- MAZZA, Oliviero. *I Diritti Fondamentali dell'individuo come Limite della Prova nella Fase di Ricerca e in Sede di Assunzione*. In: *Diritto Penale Contemporaneo (Rivista Trimestrale)*. Milano: *Università degli Studi di Milano*, 2012.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O Regime das Provas Obti-*

- das pelo Agente Provocador em Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MENDES, Paulo Sousa. *As Proibições de Provas no Processo Penal*. In: PALMA, Maria Fernanda (Org.). *Jornada de Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *A Orientação da Investigação para a Descoberta dos Beneficiários Económicos e o Sigilo Bancário*. In: PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva e MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). 2º Congresso de Investigação Criminal (ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL). Coimbra: Almedina, 2009.
- MORA MORA, L. P. *La Prueba como Derecho Fundamental*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nº 04, Julio-diciembre. México (D.F.): IIDBP, 2005, p. 179.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- NIEVES-CHERO, Justo Edward. *La Reconstrucción Teleológica del Problema del Alcance Anulatório de la Prueba Ilícita. Especial referencia a la 'Conexión de Antijuridicidad' en los Efectos Reflejos*. Lima (Perú): UNMSM, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PATRÍCIO, Rui. *Proteção de Testemunhas em Processo Penal*. In: PALMA, Maria Fernanda (Org.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.
- PEREIRA, Rui. *O Agente Encoberto na Ordem Jurídica Portuguesa*. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *I Congresso de Processo Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2005.

- PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Organização Criminosa: Nova Perspectiva do Tipo Legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *Criminalidad Organizada: el Combate Penal de las Organizaciones y de los Grupos Criminales*. In: POLAINO-ORTS, Miguel y JAKOBS, Günther. *Persona y Enemigo. Teoría y Práctica del Derecho Penal del Enemigo*. Lima (Perú): ARA Editores, 2011.
- PULITANÒ, D. *Nemo Tenetur se Detegere: Quali Profili di Diritto Sostanziale?* In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Anno XLII, N° 4, Ottobre-Dicembre. Milano: Giuffrè Editore, 1999.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. *Nuevas Tendencias Político-Criminales en la Lucha contra la Criminalidad Organizada. El Modelo de Colombia en este Ámbito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- RANDON, Hon Mark A. *Identifying Testimonial Statements (Confrontation and Crawford)*. In: *Criminal Law. Michigan: Michigan Bar Journal*, 2007.
- ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. *Agente Infiltrado: Inovação da Lei 10.217/2001*. In: *Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público*. Vol. 1, n.º 1 (Jan/Jun). São Paulo: ESMP, 2001.
- ROGALL, Klaus. *A Nova Regulamentação da Vigilância das Telecomunicações na Alemanha*. In: PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva e MENDES, Paulo Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2011.
- ROXIN, Claus. *Autoincriminación Involuntaria y Derecho al Ámbito Privado de la Personalidad en las Actuaciones Penales*. In: ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 2007.

- . *La Protección de la Persona en el Derecho Procesal Penal Alemán*. In: *Doctrina (Revista Penal)*. Nº 06. España: Doctrina Penal, 2000.
- SILVA, Germano Marques da. *A Criminalidade Organizada e a Investigação Criminal*. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *Congresso de Processo Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2005.
- TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM/INTERROGATÓRIO DE TESTEMUNHAS “ART. 6º, Nº 3 al. D” – *AGENTE INFILTRADO – PROCESSO EQUITATIVO* “ART. 6º, Nº 1”. Março de 2002.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A Investigação do Crime Organizado. Buscas Domiciliárias Nocturnas. O Agente Infiltrado e Intervenção nas Comunicações*. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa. Interferências e Ingerências Mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, ALVES, Manuel João e GONÇALVES, Fernando. *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001.
- VELLESPÍN PÉREZ, David. *Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Español*. México (D.F.): UNAM, 1998.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Agente Infiltrado – Estudo Comparativo dos Sistemas Processuais Penais Português e Brasileiro (ou a Imprescindibilidade da Tipicidade Processual como Requisito da Admissibilidade dos Meios de Pesquisa de Prova em Processo Penal)*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 87. São Paulo: IBCCrim, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

STF. “HC 93050 / RJ. In: DJe-142 DIVULG 31-07-2008.

STF. “RHC 90376 / RJ. In: DJe-018 /PUBLIC 18-05-2007.

STF. “HC 96056 / PE - HABEAS CORPUS. In: DJe-089 DI-VULG 07-05-2012.

STJ. HABEAS CORPUS Nº 143.697 - PR (2009/0148654-5.