

**Título do trabalho:**

*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).

**Autor:**

Renato Stanziola Vieira

**Qualificação do autor:**

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, advogado.

**Endereço para correspondência:**

Alameda Joaquim Eugênio de Lima, 680, 18 andar, cj. 181.

Fone: 11-3539-1413

Email: [renatovieira@kehdievieira.com.br](mailto:renatovieira@kehdievieira.com.br)

**Declaração de ineditismo:** o artigo é inédito e não tem pendência de publicação.

***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).***

**Resumo:**

O presente estudo de direito comparado entre os sistemas processuais penais de Brasil e Portugal visa focar o tema do agente infiltrado à luz da tipicidade processual. Para tanto, distingue-se a figura do agente infiltrado das que são parecidas com ele – o que se faz com amparo na doutrina e jurisprudência portuguesas. Na sequência, utiliza-se dos conceitos de meio de prova e meio de pesquisa de prova. O artigo conclui que o uso do agente infiltrado como meio de pesquisa de prova é ilegítimo enquanto, no Brasil, não houver lei específica que dele trate e de seus procedimentos. Por essa metodologia o artigo objetiva focar também a precariedade do tratamento que o assunto tem recebido no Brasil quer em âmbito doutrinário, quer – o que é mais crítico – em âmbito jurisprudencial.

**Abstract:**

The present study of comparative law between criminal procedural systems of Brazil and Portugal aims to focus on the subject of the undercover agent in the light of procedural tipicity. Therefore, distinguishes the figure of the undercover agent from those which are similar to it – what is done supported on portuguese doctrine and jurisprudence as well. As a follow up, it uses the concepts of means of proof and means of research of proof. The article concludes that the use of the undercover agent as a means of research of proof is unlawful as long as in Brazil there isn't a specific law that is aimed at it and at its procedures as well. According to this methodology, the article also intends to focus on the precariousness of the treatment that the subject has received in Brazil either in doctrinary domain, or – what is more critical – in the jurisprudence domain.

**Sumário:**

**1.** O tema: razões da escolha e proposta de metodologia do trabalho. **2.** O meio de prova, o meio de pesquisa de prova, o que os distingue entre e si e a ambos perante os elementos de prova em processo penal. **3.** Do auxílio das noções da tipicidade

processual no campo probatório. **3.1.** Ainda, do auxílio das noções da tipicidade processual no campo probatório: especificamente sua abrangência aos meios de pesquisa de prova. **4.** Lições do direito português a respeito do agente infiltrado. **5.** Agente infiltrado no direito processual penal brasileiro: a desatenção quanto à sua *natureza jurídica* e à *tipicidade probatória*. **6.** Conseqüências do reconhecimento da atipicidade do meio de busca de prova: sugestões propostas. **6.1.** A analogia. **7.** Últimas considerações: atipicidade e sua inadmissibilidade. **8.** Bibliografia

**Palavras-chave:** processo penal, agente infiltrado, tipicidade processual, prova, meio de prova, meio de pesquisa de prova, nulidade.

**Key words:** criminal procedure, undercover agent, procedural tipicity, means of proof, means of research of proof, nullity.

*“Não são os limites dos direitos humanos que têm que se adaptar às exigências do processo, mas é antes o processo que tem que se adaptar às exigências dos direitos humanos. Afinal, é a segurança que é uma aspiração do Homem e não o Homem um instrumento da segurança.”*

(Manuel Augusto Meireis. *Homens de Confiança*, p. 87)

## **1. O tema: razões da escolha e proposta de metodologia do trabalho**

*Agente infiltrado* é expressão, no processo penal atual, bastante difundida. Com ela e outras modernamente utilizadas – *interceptação telefônica, captação ambiental, entrega vigiada, ação controlada* etc. – difunde-se ideia de maior efetividade do processo penal na escolhida batalha contra a criminalidade dita organizada, pelo menos na expressão espalhada a partir do 9º Congresso das Nações Unidas para a prevenção do crime e tratamento dos delinqüentes <sup>1</sup> e, depois, na Convenção de Palermo <sup>2</sup>. É fácil ver que,

---

<sup>1</sup> Naquele colóquio, realizado no Cairo, em 1995, além de prever maior intercâmbio interestatal e entre Estados e organizações não-governamentais e expertos para trocar experiências em pesquisas, leis e políticas para desenvolver meios e técnicas de prevenção aos crimes, externaram os países participantes preocupação profunda com os níveis crescentes de crimes em muitas partes do mundo, *“particularly transnational organized crime and its negative effects on socio-economic development, political stability and the internal and external security of States, as well as on the well-being of people.”* (Resolução n.

assim como a falada *efetividade* do processo penal, *agente infiltrado* é expressão que se pode dizer, sem teor pejorativo, “da moda”.

A partir daí – e por isso mesmo – é provocativo se tentar por à prova a admissibilidade do uso da informação em processo penal decorrente do uso do tal *meio de pesquisa a partir de uma primeira distinção*, que se dá entre *meio de prova* e *meio de pesquisa de prova*.

Depois, e até porque a preocupação com as distintas características de um e outro no plano da *origem* da fonte de informação a ser levada – e o próprio *iter* aí percorrido – ao juiz possibilita entender o tratamento jurídico a que cada um faz jus, continua-se a por à prova o uso do *agente infiltrado* (como meio de pesquisa de prova) com subsídios da *tipicidade probatória*, destacadamente com amparo nas noções de meios de prova (e, para este trabalho, *meios de pesquisa de prova*) *típicos e atípicos, anômalos e irrituais* e respectivas consequências jurídicas.

Posteriormente e na análise que se propõe a fazer do sistema processual penal português, escolhido como parâmetro em razão do desenvolvimento legislativo que a matéria lá tomou (Lei n. 101/2001 – que dispõe sobre o *regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal*), ali serão estudadas algumas das principais manifestações da doutrina e dos tribunais, inclusive caso que tenha repercutido no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Só com essas premissas construídas a partir do modelo paramétrico é que se poderá, com alguma segurança, dar atenção à pretendida configuração do *agente infiltrado* no Brasil e como a ele têm se debruçado nossa doutrina e os julgados de nossos tribunais. Nestas terras, chama a atenção a incipiência e insuficiência do panorama normativo que agasalha o instituto: Lei Federal 9034/95, art. 2º, V, com alteração da Lei Federal 10.271/2001; e Lei Federal 11.343/2006, art. 53, I. A perceptível insegurança doutrinária ao abordar o tema se reflete, também, no problemático enfrentamento que vem sendo dado pelos tribunais.

---

50/145, de 21 de dezembro de 1995. disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/50/a50r145.htm>. Acesso em 02 de maio de 2010).

<sup>2</sup> Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional de Nova York de 2000, aprovada no Brasil por decreto legislativo n. 231/2003 e, posteriormente, promulgada via decreto presidencial 5015/2004. Daquela convenção vale ver, no artigo 20, o uso de *técnicas especiais de investigação*: “Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.”

Assume-se, já, um corte epistemológico (que reflete uma escolha ideológica) do trabalho: a análise estrita do direito processual penal que se propõe a fazer não obedece à lógica difundida de que *os fins podem justificar os meios* (isto é: a de que a apodítica complexidade dessa ou daquela organização criminosa pode legitimar a utilização de meio de pesquisa de prova). Não será a premissa segundo a qual a complexidade de algumas organizações criminosas justifica a maior intromissão estatal em direitos individuais a adotada aqui.

Por isso, a pergunta do Procurador-Geral da República de Cabo Verde - “*Quantas vidas não seriam poupadas se algum infiltrado pudesse evitar o 11 de setembro?*”<sup>3</sup> - é irrespondível.

## **2. O meio de prova, o meio de pesquisa de prova, o que os distingue entre e si e a ambos perante os elementos de prova em processo penal**

O processo penal impõe, pelos valores em jogo e pelas consequências que o conhecimento das informações por parte do Estado-juiz pode trazer a qualquer pessoa, segurança no trato de *quais e como* chegam ao conhecimento do magistrado e demais envolvidos no processo, toda e qualquer informação que possa ter alguma utilidade – aqui, já chamados de *elementos de prova*, que nada mais são do que “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa.”<sup>4</sup>

Assume-se dupla vedação: não é *qualquer* elemento de informação que pode ser admitido no processo e valorado pelo juiz; e nem mesmo, um elemento que aporte ao processo de *qualquer* jeito. A lembrança é relevante não só por balizar as premissas do estudo, como porque no plano do direito positivo brasileiro, a *prova ilícita* – em sentido lato e, de certa forma, até atécnico em vista da distinção feita a partir de lições de Nuvolone – pode ter a ilicitude no aspecto de seu conteúdo, como também na forma de sua obtenção. Neste último caso: inadmissibilidade<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Franklim Furtado, *O Agente Infiltrado*. Direito e Cidadania, Ano V, n. 16/17, Praia (Cabo Verde), Setembro de 2002/abril de 2003. O máximo que o autor conhece dessas linhas de missão “hercúlea” é o juiz-hércules, figura já conhecida e difundida por Dworkin em vários de seus trabalhos de filosofia do direito. Não se concebe um “agente infiltrado-hércules” como se ele próprio pudesse “salvar vidas”.

<sup>4</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: DPJ, 2005, p. 307.

<sup>5</sup> Conferir, por todos, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *As Nulidades no Processo Penal* 11. ed., rev., at. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 126/7.

No Brasil se pode ver, como atual discussão que o tema das limitações de admissibilidade de determinados elementos de informação apresenta, os recentes julgamentos que se deram em sentidos distintos do STJ (QO na Sindicância 166, Corte Especial, Rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 03.09.2009) e do STF (*HC* 95244, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 30.04.2010) sobre a validação dos elementos de informação decorrentes de *denúncia anônima*, notícia de crime que em Portugal tem previsão específica no Código de Processo Penal (art. 246, ns. 5 a 7).

O meio de introdução do elemento a ser valorado pelo juiz, isto é, o *canal comunicativo* pelo qual ele entra, se admitido, no processo, é chamado de *meio de prova*<sup>6</sup>. Em passagem de Tonini, aqui acatada, temos que “com a expressão “meio de prova” se quer indicar aquele instrumento processual que permite se adquirir um elemento de prova.”<sup>7</sup>

O *meio de prova* possibilita a introdução de elemento de prova já identificado que só pode entrar no processo pelo aludido *meio* sob pena de *anomalia* (de provas anômalas se falará abaixo) das regras probatórias. Pode-se dizer: entre o *elemento* e o *meio* deve haver adequação típica. Antecipando o que abaixo será exposto, que sirva de exemplo: o elemento de prova, se do conhecimento de uma testemunha, só pode ser admitido no processo se o *meio de prova* for o testemunhal; se se tratar de um elemento *documental*, o *meio* de introdução no processo há de ser pela apresentação de documento e assim por diante. Sobre os desdobramentos da falta de correlação entre o *elemento de prova* e o *meio* de sua introdução, falaremos a seguir.

Por enquanto, importante timbrar que o *meio de prova* (ex.: o testemunho, as perícias em geral, os documentos, o reconhecimento) deve seguir um padrão que viabilize o contraditório pleno entre os envolvidos no processo penal, pois não pressupõe a *surpresa* em sua realização e – introduzidos os elementos no processo – serve de norte cognitivo direto ao juízo. Sobre ele, os envolvidos (se o *meio* introduz elemento de informação em fase pré-judicial) ou as partes (se em juízo, como é a regra) devem estabelecer debate com conhecimento de todos seus pormenores (ex.: em perícias, no processo penal brasileiro, há previsão de indicação de assistentes técnicos art. 159, §§ 3º a 7º, CPP)<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> São, os meios de prova, nas palavras de Magalhães, “os *instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)*. São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz.” (Art. Cit., p. 308).

<sup>7</sup> Paolo Tonini. *La Prova Penale*. 4. ed. Milão: Cedam. 2000, p. 91. (no original: “*Con l’espressione ‘mezzo di prova’ si vuole indicare quello strumento processuale che permette di acquisire un elemento di prova.*”) Rigorosamente no mesmo sentido, do professor de Florença, *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108.

<sup>8</sup> Diz Tonini: “*Le modalità di assunzione sono predisposte in maniera tale da permettere al giudice ed alle parti di valutare nel modo migliore la credibilità della fonte e l’attendibilità dell’elemento di prova*

Por outro lado, com o *meio de pesquisa/obtenção de prova* as coisas não são assim. Em verdade, como diz Siracusano, enquanto o *meio de prova* serve ao juízo, o *meio de pesquisa* serve à própria “prova”, ou melhor se dizer, *fonte de prova*<sup>9</sup> a ser buscada<sup>10</sup>. Em distinção atenta a aspectos concretos: se a acusação (e - por que não antecipar outra provocação? - a defesa também) *já sabe que o elemento de prova decorre de testemunho e documentos*, usa os meios correlatos; mas se não sabe, precisa ir buscar os tais *elementos*. É o que diz, também, Claudio Marinelli.<sup>11</sup>

Assim, assume-se aqui, o *meio de pesquisa de prova*, exatamente por ter de ir à *busca*, à *pesquisa* dos elementos ainda desconhecidos, tem pelo menos três características que o distinguem do *meio de prova*: a surpresa do envolvido, a prevalência de sua adoção em fase pré-processual (pois inexistente, ainda, a estabilização objetiva do processo) e a necessidade de, por eles, identificar – *buscar, pesquisar, descobrir* – alguma fonte de prova.

É correta a lição de Laronga, para quem “i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria. (...) Dal punto di vista tecnico-processuale, i mezzi di ricerca della prova si caratterizzano altresì in quanto, mirando a far penetrare nel processo elementi che preesistono all’indagine giudiziaria, si basano sul fattore sorpresa e non consentono perciò, per loro stessa natura, il preventivo avviso ai difensori quando sono compiuti nella fase delle indagini. La prova è in questi caso

---

*che si ricava dall’esperimento del singolo mezzo.”* (Ob. Cit., pp. 91/2 – em tradução nossa: “as modalidades de assunção são predispostas de maneira tal a permitir ao juiz e às partes a valoração do melhor modo da credibilidade da fonte e da atendibilidade do elemento de prova que se deduz do uso do próprio meio.”)

<sup>9</sup> Para Magalhães, “*Fala-se em fonte de prova para designar as pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova (rectius, o elemento de prova), resultando disso a sua usual classificação em fontes pessoais (testemunhas, vítima, acusado, peritos) e fontes reais (documentos, em sentido amplo).*” (Magalhães, art. Cit., p. 308).

<sup>10</sup> Antonio Scarance Fernandes, Prova e sucedâneos de prova no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/junho de 2007, p. 227.

<sup>11</sup> “*Alla individuazione di talune di queste fonti sono preordinati i mezzi di ricerca della prova, quali la perquisizione, il sequestro, l’ispezione e le intercettazioni di comunicazioni. In ultimo i mezzi di prova costituiscono gli istituti mediante i quali gli elementi scaturenti dalle relative fonti vengono introdotti nel processo.*” *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappicheli, 2007, p. 99. (em tradução nossa – “À individualização de certas destas fontes são preordenados os meios de pesquisa de prova, quais a perquirição, o seqüestro, a inspeção e as interceptações de comunicações. Por último os meios de prova constituem os institutos mediante os quais os elementos decorrentes das relativas fontes vêm introduzidos no processo.”) O autor se refere às fontes, mas para o que se escolheu no presente trabalho, adota-se a distinção entre *meio de prova* e *meio de pesquisa de prova* com distinção quanto aos *elementos de prova* porque, como se sabe, as *fontes de prova* são reais (provêm os *elementos* de “fontes” documentais ou materiais) ou pessoais (os tais *elementos* advêm de informação detida por alguma pessoa). Como, na introdução dos fatos no processo, não se pergunta – ao menos diretamente – a fonte (se pessoal ou real) mas a natureza do *elemento* (se testemunhal, se pericial, se documental etc), aqui não se fala muito de *fontes de prova* no processo penal.

preconstituída, non deve cioè essere formata nel processo, come per le testimonianze, le perizie e gli esperimenti giudiziari, etc.”<sup>12</sup>

Em outras palavras e na lembrança de Alfonso Furgiuele, enquanto um *meio de prova* se exaure em atividade instrumental de descrição da relevância e dos objetivos perseguidos por um dos envolvidos na cena processual com o determinado elemento de prova que ele contém (o *meio de prova* traz elemento de prova apto ou não a convencer o juiz de um determinado acontecimento sobre o qual se desenvolve o processo), o *meio de pesquisa de prova* visa captar ou descobrir um ainda incerto elemento para, futuramente, ser objeto de introdução no processo por um determinado *meio de prova*<sup>13</sup>.

Com vistas ao direito brasileiro, mas não sem descurar do direito processual penal comparado, na mesma linha é a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem “os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).”<sup>14</sup>

Justamente em razão de o *elemento de prova* (e, portanto, o *meio de prova* também, pois é o canal pelo qual o *elemento de prova* “entra” nos autos em sentido figurado) ser ainda uma incógnita, algo a se descobrir, não só é permeado pela surpresa, como também pela inata característica pré-processual ou, como quer Laronga, prodrômica. Afinal, e isso atinge o ordenamento jurídico brasileiro – se para a incoação de ação penal válida se exige prova da materialidade, todos os elementos nos quais possa se arrimar a acusação já devem estar, antes da denúncia, indicados nos autos. Quer para que o acusado deles se defenda, quer para que a relação processual então iniciada se pautem pela segurança e previsibilidade sobre os pontos controvertidos que serão levados ao juiz.

---

<sup>12</sup> Antonio Laronga. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: Cedam.2002, p. 28. Em tradução nossa: “os meios de pesquisa da prova não são por si fonte de convencimento, mas tornam possível adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de atitude probatória. (...) Do ponto de vista técnico-processual, os meios de pesquisa da prova se caracterizam também enquanto, mirando a fazer penetrar no processo elementos que preexistem à investigação judicial, basearem-se no fator surpresa e não permitirem portanto, por sua própria natureza, o preventivo aviso ao defensor quando são cumpridos na fase da investigação. A prova é neste caso preconstituída, não deve ser formada no processo, como pela testemunha, as perícias e os experimentos judiciais etc.”

<sup>13</sup> Alfonso Furgiuele. *La Prova nel Processo Penale*. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova. Turim: Giappichelli, 2007, p. 117.

<sup>14</sup> Art. Cit., p. 309.

É Laronga, de novo, quem diz: “ciò appare immediatamente comprensibile, se si considera che l’attività di ricerca della prova – solitamente prodromica a quella processuale – è diretta all’acquisizione di fonti de prova o de elementos de prova che, se e in quanto concretamente immessi nel processo, produrranno una conoscenza rilevante per il processo stesso.”<sup>15</sup>

O modelo escolhido para a análise comparativa (o português), de resto, é didático para auxiliar na distinção da matéria. Ao prever, no Livro II, a sistemática da prova em processo penal, e ali tratar dos *meios de prova* (Capítulo II), previu tipicamente os seguintes: prova testemunhal, declarações do arguido, do assistente e das partes civis, prova por acareação, prova por reconhecimento, reconstituição do fato, prova pericial, prova documental. Já no Capítulo III daquele Livro II, ao falar sobre os *meios de obtenção da prova*, previu o legislador processual penal português: exames, buscas e revistas, apreensões e escutas telefônicas.

E, a respeito disso, é bastante feliz a síntese de Germano Marques da Silva, ao estabelecer que “os meios de obtenção da prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do thema probandi, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos. Os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa. Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito.”<sup>16</sup>

Como *meios de pesquisa* (ou *obtenção*, que aqui se toma por sinônimos) de prova no Brasil que podem ser citados a título meramente exemplificativo – e nos auxiliarão a melhor fixar seu conceito – citem-se a *interceptação telefônica* (a medida decorre – até como diz a lei regente nº 9296/96 em seu artigo 2º, II – de necessidade de se buscar informação que ainda não se tem e é pautada pela incerteza do conhecimento dos diálogos a serem captados. Deles é que poderá surgir a *fonte de prova* – imagine-se a informação de documento a ser apreendido, i.é, uma fonte *real*; ou pense-se em pessoa a

---

<sup>15</sup> Laronga, Ob. Cit., p. 29. Em tradução livre: “que aparece imediatamente compreensível, se se considera que a atividade de pesquisa da prova – somente prodromica àquela processual – é direta à aquisição de fonte de prova ou de elemento de prova que, se e enquanto concretamente colocada no processo, produzem um conhecimento relevante para o próprio processo.”

<sup>16</sup> Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. II. 2. Ed. Lisboa: Verbo, 1999, pp. 189/90.

ser ouvida a se constituir como *fonte pessoal* de prova), a busca e a apreensão (suspeita-se haver algum elemento de prova em determinado local e, por que não se pode apresentar, ainda, aquele documento em juízo como *elemento de prova*, busca-se-o para, depois, introduzi-lo no processo pelo *meio de apresentação* correlato) e o *agente infiltrado*.

Ainda sobre a utilidade da conceituação desses dois institutos tão relevantes e distintos no campo do direito probatório, deve-se lembrar de importante lição de Antonio Magalhães Gomes Filho no sentido de que “*na prática, essa diversidade terminológica também serve para identificar as possíveis repercussões das irregularidades verificadas em relação aos meios de prova e aos meios de investigação. No primeiro caso, a consequência do vício será a nulidade da prova produzida (rectius, dos elementos de prova), enquanto no segundo tratar-se-á de prova inadmissível no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (art. 5º, LVI, da CF).*”<sup>17</sup>. O aviso do professor é importante e tentará ser seguido neste texto.

### **3. Do auxílio das noções da tipicidade processual no campo probatório**

O desenvolvimento sistemático e histórico do processo penal pós-iluminista possibilitou que se entendesse, hoje, que a *liberdade dos meios de prova* (aí incluídos os meios de pesquisa de prova) é uma moeda de duas faces.

Uma face, voltada para o passado, reside na constatação de que a *liberdade probatória*, ao abandonar o sistema então vigente na Europa continental, de *prova tarifada* e tudo que nessa idéia pudesse se assemelhar a uma “*aritmética das provas*”<sup>18</sup> do processo penal, foi capaz de trazer maior possibilidade de se atingir uma decisão legítima, isto é, aceita pela comunidade de seus destinatários. Sirva de exemplo a superação da ideia de *testis unus, testis nullus*, e a parificação valorativa dos meios de prova.

Aí, também olhando para trás, pressupõe-se uma racionalidade na atuação judicial e uma aptidão às partes para introduzirem, no processo, os elementos de informação dos quais dispõem.

A outra face da moeda está intrinsecamente ligada a essa abertura na medida em que – como dá prova o direito anglo-saxão – passam-se a introduzir regras de *exclusão* no

---

<sup>17</sup> Art. Cit., p. 310. No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes, no artigo já citado, indica que “*Para análise do vínculo entre a atipicidade da prova e a ilicitude ou admissibilidade da prova, mister distinguir entre a atipicidade na produção da prova e a atipicidade na obtenção da prova.*” (Art. Cit., p. 227).

<sup>18</sup> Giuseppe de Luca. Il Sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão: Giuffrè, Fasc. 4, out./dez. 1992, p. 1264.

processo de determinados elementos de prova; quer para fins exclusivamente intraprocessuais; quer para tutelar, também, fins político-ideológicos do processo. Fala-se, pois, em *exclusionary rules* e em *privileges* <sup>19</sup>.

Não se retorna à fase da prova tarifada, e nem se reconstrói abertamente a teoria das provas negativas, mas se tenta, ao que parece, amoldar a liberdade dos juízes na admissibilidade e valoração dos elementos probatórios à dos imputados (vedando-se o ingresso desse ou daquele elemento; dessa ou daquela forma).

Recorrente na História, como se vê, o problema da liberdade probatória e dele já falou, antes até da preocupação chegar como chegou hoje ao âmbito de diplomas normativos, Franco Cordero: *“Ci si è chiesto se i procedimenti probatori previsti dalla legge compungano un numero chiuso; nell’ipotesi affermativa, non se potrebbero ovviamente escotigare altri. È difficile sottrarsi all’impressione che la risposta contenga una petizione di principio. Non è detto che le norme dettate in materia rifiutino ogni applicazione analogica; e allora, come escludere che in qualche singolo caso siano ammesse tecniche probatorie non specificamente previste?”* <sup>20</sup>

Atualmente, no âmbito do direito comparado, trabalha-se com a noção da ampla liberdade probatória, atendidos limites específicos e variáveis de cada ordenamento jurídico <sup>21</sup>. Em doutrina correlata, que acompanhou tal evolução, tenta-se sedimentar a aplicação da ideia de tipicidade probatória para matizar os limites jurídicos – e éticos – de intromissão e valoração de elementos da prova no processo <sup>22</sup>, até porque é inegável que não só dos avanços da assim chamada “complexidade de organizações criminosas” (como visto acima em postura crítica neste texto) vive o processo penal atual, mas – principalmente e para o que aqui importa mais – de avanços de tecnologia e, portanto, discussão sobre utilização de (sempre) novos e não previstos meios de prova (e de obtenção de prova) em processo penal.

---

<sup>19</sup> Ennio Amodio. *Libero Convincimento e Tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão: Giuffrè, fas. 1, jan./mar. 1999, pp. 3/9.

<sup>20</sup> Franco Cordero. *Tre Studi Sulle Prove Penali*. Milão: Giuffrè, 1963, p. 63. Em tradução nossa: “Nos é perguntado se os procedimentos probatórios previstos na lei compõem um número fechado; na hipótese afirmativa, não se poderia obviamente imaginar outros. É difícil escapar da impressão que a resposta contenha uma petição de princípio. Não é dito que as normas ditadas em matéria recusam qualquer aplicação analógica; e então, como excluir que em qualquer caso singular sejam admitidas técnicas probatórias não especificamente previstas?”

<sup>21</sup> Além do ordenamento italiano, sempre referenciado em matéria de tipicidade processual (art. 189), já podemos, a partir de agora, nos preocupar detidamente com as previsões do Código de Processo Penal português, que assim dispõe: art. 125 – “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”

<sup>22</sup> No processo penal brasileiro, atualizada e profunda obra que tratou do tema da prova penal à luz da tipicidade processual é a de Guilherme Madeira Dezem: *Da Prova Penal. Tipo Processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium Editora, 2008. É desse autor a lembrança de que a tipicidade processual tem fundamento não só na regra do devido processo legal, como também no imperativo da legalidade e que, ainda, atua sobre as normas que prevêm garantias aos jurisdicionados. (p. 55).

Num cenário já conhecido, em que o legislador busca, depois dos desenvolvimentos de novas técnicas, disciplinar para amoldar e regular o que já existe, é que se coloca, atualmente, a noção de tipicidade processual. Diz-se, a partir daí, não sem alguma hesitação doutrinária quanto ao seguimento de uma ou outra classificação da tal *atipicidade* e fenômenos processuais correlatos (*anomalía, irritualidade*), que um meio de prova (e de obtenção de prova) *típico*, é aquele já previsto em lei.

Citem-se, a respeito, os meios de prova *típicos* do processo penal português aqui já referidos, e citem-se, também, no caso brasileiro, os meios de prova típicos da prova testemunhal (arts. 202 a 225), pericial (arts. 158 a 184), por reconhecimento (arts. 226 a 228), por acareação (arts. 229 e 230), documental (arts. 231 a 238), todos previstos no Código de Processo Penal

A principal hesitação doutrinária<sup>23</sup> – que tem notável pertinência ao caso brasileiro dos *agentes infiltrados* – reside na amplitude da noção de *atipicidade*: se a premissa é de que o que está previsto em lei é *típico*, só será *atípico* o que não estiver, consequentemente, previsto na lei, ou há alguma nuance? A esse respeito, há, segundo noticia Guilherme Madeira Dezem, duas concepções da *atipicidade*: a primeira, dita “restritiva”, diz ser *atípico* apenas o que efetivamente não estiver previsto na lei processual<sup>24</sup>; enquanto uma segunda corrente vê a *atipicidade* dos meios de prova – e de produção da prova – não só em decorrência da total falta de previsão na lei, como também de sua mera nomeação desacompanhada das regras legais do procedimento probatório. Essa noção, chamada de “ampliativa”, é de ampla aceitação no direito comparado<sup>25</sup> e também entre os autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema<sup>26</sup> e será usada no trabalho. Em síntese, para essa base classificatória, prova *nominada* não equivale a prova *típica*; a última exige a *nomeação com procedimento probatório*.

As idéias de *tipicidade* e *atipicidade* probatória ligam-se diretamente à liberdade probatória do processo penal (art. 125 do Código de Processo Penal português<sup>27</sup>; art.

---

<sup>23</sup> Diz-se, aqui, ser essa hesitação a “principal” porque há outras, sempre afetas à divisão entre meio de prova *típico* e *atípico*. Vale ver, a respeito, a exposição de Tonini (três concepções de prova *atípica* que, aparentemente, confundem as noções de *atipicidade, anomalía e irritualidade* que serão vistas neste texto). Tonini, *La Prova Penale*, Ob. Cit., pp. 93/5.

<sup>24</sup> Madeira. Ob. Cit., p. 144. O autor cita, como expoentes dessa corrente, Francesca Ferraro e Michelle Taruffo.

<sup>25</sup> Idem. pp. 147/8. Da doutrina mais recente, vale ver a posição de Claudio Marinelli (Ob. Cit. pp. 108/9).

<sup>26</sup> À exceção de José Carlos Barbosa Moreira, que assemelha a *tipicidade* à mera *nomeação* do meio de prova (*Provas Atípicas*. Revista de Processo. São Paulo, v. 19, n. 76, 1994), processualistas penais que atentaram à tipicidade no campo probatório seguem a concepção ampliativa: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações de quem poderia ser testemunha. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Ob. Cit., p. 344. Antonio Scarance Fernandes. Art. Cit., p. 231, conclusão n. 3.

<sup>27</sup> A respeito dele, disse Teresa Pizarro Beleza: “Não há, no direito português actual, um catálogo fechado de meios de prova admissíveis. A regra é a da *atipicidade*.” (“Tão amigos que nós éramos”: o valor

189 do Código de Processo Penal italiano; art. 3º CPP brasileiro com utilização analógica do artigo 332, do Código de Processo Civil brasileiro <sup>28</sup> e ao artigo 295, do Código de Processo Penal Militar <sup>29</sup>) e sua inadmissibilidade no processo penal decorre, de acordo com lições de Guilherme Madeira Dezem, dos seguintes parâmetros: da existência ou não de prova típica disponível às partes; da vedação prevista na utilização da prova atípica pela lei civil ou, ainda, da própria limitação ao uso da prova em virtude de regra de proibição <sup>30</sup>.

Com os olhos voltados ao *agente infiltrado* (pois no Brasil não há previsão normativa além das já mencionadas – insuficientes como veremos – nas Leis 9.034/1995 e 11.343/2006; e não há qualquer previsão em lei processual penal militar e nem na civil a respeito desse meio de pesquisa de prova) importa tratar, então, das regras de proibição. Aí, no caso do parâmetro português, têm elas dupla previsão: a Constituição da República (art. 32, alínea 8 <sup>31</sup>), e a regra geral trazida no Código de Processo (art. 126); no Brasil, o Código de Processo Penal vigente silencia sobre as proibições de produção de prova e, por enquanto, a remissão da proibição vem, apenas, mas diretamente, da Constituição Federal (art. 5º, LVI).

Neste trabalho, a concepção da *atipicidade* não deve se confundir com outras duas, quais sejam: *anomalía* da produção probatória e, ainda, seu aspecto *irritual*. Para o que importa aqui, e como tem se posicionado a doutrina brasileira mais atenta ao tema, a *anomalía* da produção probatória é sempre vedada pelo ordenamento porque significa, sob o procedimento previsto para uma prova (ou meio de sua produção) típica, a produção de outra, que demandaria distinto meio (de prova ou de produção). O exemplo da doutrina brasileira é eloquente: introdução de declarações de testemunhos colhidos em gabinete de promotores de justiça, no processo, sob a forma de documento <sup>32</sup>; pode-se pensar, também, em introdução de documento de transcrição de interceptação

---

probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. Revista do Ministério Público. Ano 19, abr./jun. 1998, n. 74. Lisboa, p. 40).

<sup>28</sup> Art. 332. “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.”

<sup>29</sup> Art. 295. “É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares.” É fundamental lembrar, já agora, que mesmo no Código de Processo Penal Militar, um limite imposto à assim chamada “interpretação extensiva” se dá quando tal interpretação “cercear a defesa pessoal do acusado.” (art. 2º, “a”, Dec. Lei 1002/69).

<sup>30</sup> Madeira. Ob. Cit., p. 283.

<sup>31</sup> Expressamente: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

<sup>32</sup> Badaró, art. Cit., pp. 344/5. O autor esclarece ser “necessário distinguir a prova atípica da ‘prova irritual’, isto é, da prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório. Além disso, a prova atípica não pode ser confundida com uma prova anômala, que é uma prova típica, utilizada ou para fins diversos daqueles que lhes são próprios, ou para fins característicos de outras provas típicas.”

telefônica com a pretensão de admiti-lo no processo como se confissão fosse; ou ainda, com maior problematização, tomar o apontamento em audiência como característica inata ao testemunho.

A advertência conceitual da *prova anômala* pode ter outra utilidade ao estudo do *agente infiltrado* no Brasil e, conquanto seja distinta da questão de sua *atipicidade*, a ela se liga na medida em que só em se defender a teoria ampliativa da atipicidade probatória – exigindo-se para que o meio de pesquisa de prova seja considerado *típico* não só sua nomeação mas o estabelecimento de seu procedimento probatório – é que se consegue perceber anomalia desse meio de produção de prova: a atividade *proibida*<sup>33</sup> de agente provocador (que conquanto atípico também, tem seus contornos bem solidificados em doutrina, como se verá); inconfundível com a de *infiltrado*.

De fato: se o risco já existe – como se verá – em ordenamento no qual há plena previsão não só do nome mas também do procedimento para o determinado meio de produção de prova, é de se imaginar quão problemático será o raciocínio se levado a país no qual não se prevê nem mesmo o procedimento típico.

Ainda sobre a *anomalia* da produção probatória, em doutrina que parece aplicável também ao parâmetro português, dela tratou Tonini como uma verdadeira *fraude das etiquetas*. O autor chegou a essa conclusão a partir do exemplo do reconhecimento informal feito em audiência<sup>34</sup>. Interessante perceber que em caso julgado que guarda paralelismo com o exemplo do professor de Florença, o Tribunal Constitucional Português, em julgado recente, chegou a conclusão distinta para não dar procedência a

---

<sup>33</sup> Eis, já, aí, fundamental importância do estudo de direito comparado com miras ao processo penal português, pelo que já se falou e pelo que se falará ainda.

<sup>34</sup> “*Se al teste si chiede di identificare informalmente una persona, l’elemento di prova che se ne ricava sarà forse utilizzabile (perché così afferma la giurisprudenza), ma certamente il giudice non dispone dello strumento per valutarne l’attendibilità, poiché non ha seguito le modalità idonee a verificare tale dato. Se il giudice fondasse la decisione sulla base del risultato della identificazione informale, la motivazione sarebbe illogica in quanto non avrebbe accertato correttamente un punto ritenuto indispensabile dal codice, quale è l’attendibilità della prova utilizzata (art. 546, comma 1, lett. e).*” (Ob. Cit., p. 95). Na tradução livre: “Se ao teste se pede para identificar informalmente uma pessoa, o elemento de prova que se obtém será talvez utilizável (porque assim afirma a jurisprudência), mas certamente o juiz não dispõe do instrumento para valorar a atendibilidade, porque não seguiu a modalidade idônea a verificar tal dado. Se o juiz fundasse a decisão na base do resultado da identificação informal, a motivação seria lógica na medida em que não teria aferido corretamente um ponto considerado indispensável ao código, qual seja a atendibilidade da prova utilizada (art. 546, “1”, letra “e”). Sem mencionar a anomalia pelo nome, mas como “reconhecimentos atípicos ou informais”, mas atingindo a mesma conclusão de inadmissibilidade do meio de prova assim irregularmente produzido, ver com proveito, Alberto Medina de Seíça, Legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 1387/1421.

recurso interposto pelo imputado *anomalamente* reconhecido em audiência na qual teria sido colhido testemunho <sup>35</sup>.

Resta ainda falar da prova *irritual*, que não passa da prova com procedimento de obtenção previsto em lei, mas que dele foge, valendo tomar como exemplo, no Brasil, a perícia feita por quem não tem curso superior (art. 159, CPP), ou, também, o reconhecimento pessoal que fuja das previsões estabelecidas no artigo 226, do Código de Processo Penal <sup>36</sup>. Como aponta, a respeito, Guilherme Madeira Dezem, a prova *irritual* distingue-se da *atípica* porque, enquanto na última não há desconformidade com procedimento previsto – pois se houvesse a prova seria *típica* – na primeira, “*dada a produção em desconformidade com o modelo legal, é eivada de nulidade ou ilicitude.*”

37

Importa ter em mente, ainda, distinções e aproximações, dessa vez, entre meios de prova (e de pesquisa de prova) *anômalos* e *irrituais*. Ainda outra vez, esclarece a doutrina brasileira específica sobre o tema, que ambos se aproximam “*pela consequência que sua utilização gera no processo, ou seja, a nulidade ou a ilicitude da prova. Com efeito, ambas acabam por gerar, em maior ou menor grau, nulidade ou ilicitude. No entanto, trata-se de categorias distintas: a prova anômala é produzida segundo o modelo legal. Seu problema consiste em que o modelo legal utilizado não é o adequado para o caso, não é o que caso requer. Já a prova irritual não é produzida segundo o modelo legal. Em verdade, utiliza-se o meio adequado, mas sem a observância dos elementos típicos previstos em lei. Em síntese, tem-se a seguinte distinção: na prova anômala segue-se procedimento previsto em lei, mas não o procedimento previsto para aquele meio de prova. Na prova irritual segue-se o*

---

<sup>35</sup> Trata-se do processo 51/07, que motivou o acórdão ACTC 378/07, de relatoria do Conselheiro João Moura Mariano, julgado em 03 de julho de 2007. Sustenta-se a *anomalia* do caso porque se entendeu que os rigores do meio de prova do *reconhecimento* (art. 147, CPP Português) não se aplicam a eventual repetição deste ato a ser feita em audiência na qual acontece o testemunho dos envolvidos. Utiliza-se, então, um meio de prova (testemunho) para atingir-se resultado que adviria de outro (reconhecimento). Pode-se sustentar, também, certa *irritualidade* do meio de prova no caso, pois se *reconhecimento* há, defende-se aqui que os rigores, sim, do tal artigo 147 daquele Código de Processo Penal deveriam ser respeitados.

<sup>36</sup> Decisão colegiada ainda não publicada, da C. 6ª Turma do STJ verbaliza que depoimento de ofendido que não seja colhido de forma oral pode, virtualmente, não ofender o art. 204, CPP, porque, “*a vítima lavrou a declaração em audiência diante do magistrado, do representante do MP e da advogada de defesa, não trazendo documento previamente escrito. Ressaltou-se que, não tendo a vítima coragem para narrar os fatos na sala de audiência, a ela se oportunizou a lavratura do texto, na presença das autoridades acima descritas, bem como na presença de sua mãe, que em nada interferiu. Assinalou-se que, em face da sua situação peculiar (menor que sofreu abusos sexuais), justificava-se a eleição de tal meio para tomar suas declarações.*” (HC 148.215, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20.04.2010, noticiado no Informativo STJ 431).

<sup>37</sup> Madeira. Ob. Cit., p. 153.

*procedimento previsto para o meio de prova, mas sem a observância do modelo previsto em lei.”*<sup>38</sup>

Bom exemplo, em direito comparado, do que aqui se afirma, vem de acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, que especificamente reconheceu a nulidade do processo que motivou o recurso extremo porque não se observaram as regras impositivas do procedimento de reconhecimento do arguido, sendo certo que o objeto do recurso ao Tribunal Constitucional era o próprio questionamento dessa prova colhida de forma irritual<sup>39</sup>.

Colocada a importância das noções da tipicidade probatória, passa-se a enfocar, na sequência, o *agente infiltrado*, nos ordenamentos processuais penais português e brasileiro. Como se verá, é muito grave a percepção da *tipicidade* do meio de pesquisa de prova em Portugal e sua *atipicidade* no cenário brasileiro e, paralelamente a isso, como se corre o risco de perenizar, aqui, a indistinção entre *agente infiltrado* (meio de busca de prova típico e admissível em Portugal) e *agente provocador* (meio de pesquisa de prova inadmissível, porque ofensivo às regras de proibição de prova de lá).

Como disse o Tribunal Constitucional português em acórdão publicado em 1998, além de haver uma separação “por vezes, bem tênue” entre agente infiltrado e agente provocador, é *“inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética.”*<sup>40</sup>

No Brasil, a atipicidade desse meio de produção de prova é força-motriz da inadmissibilidade da informação por ele trazida ao processo, depois de identificada a fonte de prova e introduzido o elemento pelo meio próprio.

### **3.1. Ainda, do auxílio das noções da tipicidade processual no campo probatório: especificamente sua abrangência aos meios de pesquisa de prova**

---

<sup>38</sup> Idem. Ibidem. p. 155.

<sup>39</sup> Tratou-se do processo 778/00, que gerou o acórdão 137/01, de relatoria da Conselheira Maria dos Prazeres Pizaro Beleza, e foi julgado em 28 de março de 2001. Interessante como, efetivamente, as noções de *irritualidade* e *anomalia* se tocam.

<sup>40</sup> TC, acórdão 578/98, decorrente do processo n. 835/95, publicado em 26 de fevereiro de 1999. Entre outros pontos relevantes, no aludido acórdão, decidiram seus conselheiros que *“o que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário da investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito.”*

Não se percebeu detalhamento doutrinário (salvo honrosas exceções), e menos ainda jurisprudencial, sobre possíveis razões (se é que existem) da abrangência dos conceitos formulados pela tipicidade probatória aos meios de pesquisa de prova. O que se viu, aparentemente por razões sistemáticas mais ou menos atreladas ao sistema normativo (ex.: sistemas italiano e português têm, cada um, capítulos específicos nos respectivos Códigos de Processo Penal, para “meios de prova” e “meios de pesquisa de prova”<sup>41</sup>, sendo certo que o último deles tem, ainda, disposições específicas, na Constituição e no próprio Código, afetas às *provas proibidas*), foi uma defesa do atrelamento, aos meios de *pesquisa de prova* das lições pertinentes aos meios *de prova*. Assim, destacadamente, são as lições de Laronga<sup>42</sup> e Marinelli<sup>43</sup>.

Para esta parte, partindo-se da noção de tipicidade probatória a abranger tanto os meios de prova quanto os meios de pesquisa de prova, o posicionamento a se firmar sobre a *tipicidade* dos últimos é ainda mais importante na medida em que neles se lida com elemento-surpresa, e se levam a efeito medidas que – como não é incomum – não são feitas em juízo; nem na presença do juiz, e nem muito menos implementadas diretamente por algum dos sujeitos processuais parciais.

A pauta da *tipicidade probatória*, portanto, como decorrência da legalidade, é de ser seguida com ainda maior rigor no seio das medidas de pesquisa de prova porque, também, só aqui o imputado conta em seu desfavor com elemento-surpresa, e, como se vê amiudadas vezes, ainda que não nos pareça ser esse um elemento de caracterização

---

<sup>41</sup> Como espera-se venha a ter o Código de Processo Penal brasileiro projetado, ora em trâmite no Congresso Nacional, decorrente do anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas (lá, apesar de todas as muitas modificações propostas no âmbito do processo legislativo ainda em curso, *meios de prova e meios de obtenção de prova* têm capítulos autônomos dentro do título específico da *prova*).

<sup>42</sup> “*Più vocci dottrinali estendono il concetto di atipicità anche ai mezzi di ricerca della prova. (...) La questione circa l'ammissibilità di mezzi di ricerca della prova, sembra rilemnbrare nella più ampia problematica concernente l'ammissibilità o mezzo di attività di indagine non disciplinate dalla legge. E la dottrina ha esattamente rilevato l'estensione alle indagini preliminari delle disposizioni generali collocate nel titolo I del libro sulle prove, e quindi anche dell'art. 189 c.p.p., che costituiscono un vero e proprio catalogo dei principi-guida da osservarsi in materia probatoria, come tali logicamente applicabili “all'intero arco del procedimento, anche in via analogica, fuorché nei casi in cui norme speciali dettate per le diverse fasi, o peculiari previsioni di legge, non le derogano.”* (ob. Cit., pp. 29/30). Em tradução livre: “Muitas vezes na doutrina estendem o conceito de atipicidade até aos meios de pesquisa da prova. (...) A questão sobre a admissibilidade dos meios de pesquisa da prova, parece relembrar a mais ampla problemática concernente à admissibilidade ou meio de atividade de investigação não disciplinado na lei. E a doutrina tem exatamente relevado a extensão à investigação preliminar das disposições gerais colocadas no título I do livro sobre provas, e portanto também do artigo 189, do Código de Processo Penal, que constituem um verdadeiro e próprio catálogo dos princípios-guia de se observar em matéria probatória, como tais logicamente aplicáveis “ao inteiro arco do procedimento, até em via analógica, exceto nos casos em cujas normas especiais ditarem para as diversas fases, ou peculiares previsões legais não o derogarem.”

<sup>43</sup> “*la giurisprudenza ha accolto una nozione lata di ‘prova atipica’, idonea ad abbracciare i mezzi di ricerca della prova non codificati.*” (Ob. Cit., p. 111). Em tradução nossa: “a jurisprudência acolheu uma noção larga de ‘prova atípica’, idônea a abraçar os meios de pesquisa de prova não codificados.”

dos meios de pesquisa de prova <sup>44</sup> – neles há com grande frequência, limitação direta a direitos individuais (ex.: suspensão da inviolabilidade do sigilo comunicacional em caso de interceptação telefônica; suspensão da inviolabilidade do sigilo domiciliar em casos de buscas e apreensões), o que não se vê, também, com os meios de prova.

Tudo para, a partir de uma justificativa que nos parece adequada a estender os conceitos desenvolvidos de tipicidade probatória aos meios de pesquisa de prova, para na sequência, centrarmos no problema do *agente infiltrado*. A proximidade com os núcleos de cada direito fundamental envolvido, a fase prodrômica em que as diligências ocorrem, a circunstância de não serem efetuadas – o que se vê diuturnamente – por sujeitos processuais mas sim por outros órgãos, tudo justifica que as cautelas processuais sejam ainda maiores do que as previstas para os meios (típicos ou não) de prova. Eis algo a se defender: se maior o risco de ofensa ao direito; maior o cuidado no atuar estatal; cercando-o e limitando-o.

#### **4. Lições do direito português a respeito do agente infiltrado – tipicidade do meio de pesquisa de prova**

Isabel Oneto toma o agente infiltrado, já a partir da Lei 101/2001 daquele país, como “o agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas actividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar factos típicos sem, contudo, os poder determinar.” <sup>45</sup>

Outra autora portuguesa que recentemente abordou o tema, Sandra Pereira, conceituou o agente infiltrado como “aquele sujeito (agente da autoridade ou terceiro por si comandado) que não determina outrem à prática do crime, mantendo-se à margem da formação da vontade de cometer o ilícito criminal. Limitar-se-á a observar a eventual prática de crimes e, se necessário, acompanhará a execução dos mesmos.” <sup>46</sup>

De sua sorte, Manuel Monteiro Guedes Valente toma a figura como técnica de investigação excepcional e conceitua o tal agente como “funcionário de investigação

---

<sup>44</sup> É Tonini quem sintetiza quatro aceitáveis – admitida a distinção sistemática entre os sistemas processuais penais italiano e brasileiro – características dos *meios de obtenção de prova*: o meio de obtenção de prova visa adquirir elemento probatório pré-existente ao desenrolar do processo; podem ser produzidos, além de pelo juiz e partes, por polícia judiciária na fase da investigação; baseiam-se no fator “surpresa”; são juntados diretamente nos autos, haja vista sua irrepetibilidade. *A prova no processo penal...*, cit., pp. 242/3.

<sup>45</sup> *O Agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 150.

<sup>46</sup> Sandra Pereira. A recolha de prova por agente infiltrado. *Prova Criminal e Direito de Defesa*. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coords.). Lisboa: Almedina, 2010, p. 143.

criminal ou terceiro, por exemplo, o cidadão particular, que actue sob o controlo da Polícia Judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à prática de novos crimes.”<sup>47</sup>

A sempre repetida, mesmo entre os portugueses, lição de Manuel Augusto Meireis quanto ao conceito de *agente infiltrado* é por ele assim resenhada em artigo recente: “*aquele agente da autoridade, ou cidadão particular que actue de forma concertada com a polícia, e que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou então simplesmente para a obtenção da notícia do crime, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, de forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe.*”<sup>48</sup>

Já se pode ver, dessa doutrina e também de outra, valiosíssima, de Manuel da Costa Andrade, que o encaminhamento da questão em Portugal passa por uma difícil separação conceitual e casuística do que seja o *agente infiltrado* (lá admitido) em comparação com o *agente provocador* (lá vedado) – e sobre o qual o conhecido autor tanto falou, referindo-se ao chamado *Lockspitzel* alemão<sup>49</sup>.

Sobre a separação entre agente *infiltrado* e agente *provocador*, repetidas vezes analisada pela doutrina portuguesa<sup>50</sup>, é que se centrou um marco no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a saber: a vedação ao *último* como meio de pesquisa de prova, o

---

<sup>47</sup> Manuel Monteiro Guedes Valente. *Processo Penal. Tomo I. 2.* Ed. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 514/5.

<sup>48</sup> Meireis, Homens de Confiança. *Crise na Justiça. Reflexões e Contributos do Processo Penal. Actas do colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto.* Direcção e Coordenação Branca Martins da Cruz. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007, p. 82.

<sup>49</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 220/37.

<sup>50</sup> Eduardo Maia Costa. Agente Provocador – Validade das provas. Sentença de 9 de junho de 1998 – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro contra Portugal). Revista do Ministério Público, ano 21, jan./março 2000, n. 81, pp. 155/74. Eduardo Maia Costa. Agente provocador/agente infiltrado. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. Revista do Ministério Público, ano 24, jan./março 2003, n. 93, pp. 161/72. Ana Rita de Melo Justo. Proibição da Prova em processo penal: o agente provocador. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16, n. 3, jul./set.2006, Coimbra: Coimbra. pp. 497/512.

que se deu, emblematicamente, em caso de cidadão português que tinha esgotado as instâncias daquele país com a separação entre o *infiltrado* e o *provocador* <sup>51</sup>.

A dificuldade em se separar o *infiltrado* do *provocador* significa preocupação que se deve tomar sob o ponto de vista da *tipicidade processual*, do que se falará ainda, quando se tratar do regime brasileiro ora vigente de agente infiltrado. É que, como diz com toda a razão a magistrada portuguesa Fátima Mata-Mouros – que tem o mérito, também, de trazer luz ao tema sob o ponto de vista de conceituá-lo como “*meio de aquisição de prova no processo penal*” <sup>52</sup>, e, depois no mesmo texto, tomá-lo corretamente por “*método excepcional de aquisição de prova*” – “*para combater práticas excepcionais, exigem-se meios excepcionais, dir-se-á. Eu acrescento: para meios excepcionais há que tomar cautelas adicionais!*” <sup>53</sup>

O ordenamento português prevê ainda, no meio (específico) de pesquisa de prova, um âmbito específico de admissibilidade (art. 2º, Lei 101/2001 <sup>54</sup>), em enumeração taxativa que, se ultrapassada, redundaria na ilicitude da informação decorrente de tal meio de obtenção de prova, como ressalta acatada doutrina que sobre a lei vigente se debruçou <sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Trata-se, como se sabe, do caso *Teixeira de Castro*, julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Application n. 44/1997/828/1034*, Estraburgo, 9 de junho de 1998), que redundou em condenação do Estado Português. O julgamento rendeu, sobre a separação conceitual entre quem seja o *infiltrado* e o *provocador*, interessantíssimo livro, escrito pelo advogado que atuou na causa, Joaquim Loureiro: *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1º acórdão do T.E.D. Homen – 9. junho. 1998. Condenação do Estado Português*. Lisboa: Almedina, 2007.

<sup>52</sup> E, portanto, não incorreu no erro aparentemente praticado por Germano Marques da Silva que, em seu *Curso de Processo Penal* tratou do tema quando abordou os *meios de prova* e não os *meios de obtenção da prova* (Ob. Cit., pp. 159/63).

<sup>53</sup> Fátima Mata-Mouros. O Agente Infiltrado. Revista do Ministério Público. n. 22, jan./março 2001. n. 85, pp. 107/11.

<sup>54</sup> “As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes: a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; e) Organizações terroristas e terrorismo; f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; i) Associações criminosas; j) relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; l) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; q) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem; r) Relativos ao mercado de valores mobiliários.”

<sup>55</sup> Dizem, com propriedade, Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente que se for extravasado o âmbito do art. 2º, da Lei 101/2001, “o recurso à figura do agente infiltrado é legalmente inadmissível sendo, conseqüentemente ilícito e, por isso, as provas assim obtidas são provas proibidas face, desde logo, ao art. 125 do Código de Processo Penal, que estabelece que só são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. Acresce ainda que as provas assim obtidas são

Sobre o catálogo dos crimes elencados, Isabel Oneto pondera, em sentido restritivo do meio excepcional de busca de prova do que agora se cuida que: “*em primeiro lugar, a existência de sérios indícios de que um dos crimes do catálogo foi cometido ou está em vias de ser consumado; em segundo lugar, quando os indícios revelarem igualmente que a sua comissão se enquadra no âmbito de terrorismo ou criminalidade grave ou altamente violenta, de acordo com o fundamento teleológico do seu regime jurídico, traçado por opções de política criminal face às consequências da globalização do fenómeno criminal.*”<sup>56</sup>

Eis aí outro indicativo da necessária segurança – cautela, como disse Fátima Mata-Mouros – que deve cercar o uso do meio excepcional de produção de prova; que poderia, no Brasil, ser obtida ou perseguida com o auxílio da noção de tipicidade probatória. Mas há, ainda mais – que foi feito em Portugal e não o foi no Brasil.

O direito português trabalha com a noção de *proporcionalidade* e prazos rígidos procedimentais no plano dos requisitos do tal meio de busca de prova. Assim, logo na alínea 1 do art. 3, da Lei 101/2001, prevê-se que “*as acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais*”<sup>57</sup> *identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação.*”

Na alínea 3 do mesmo artigo 3º, prevê-se que “a realização de uma acção encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público”<sup>58</sup>, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes.”

Sobre o relatório a ser entregue pelo *infiltrado* à autoridade judicial, prevê-se prazo máximo de quarenta e oito horas após o encerramento da ação (art. 3º, alínea 4), o que

---

*recondutíveis aos “métodos proibidos de prova”, de acordo com o disposto na última parte da alínea a), do n. 2, do art. 126, do CPP, do mesmo diploma legal – utilização de meios enganosos -, sendo, por isso, nulas, não podendo ser utilizadas, n. 1 do mesmo preceito legal, a não ser para o seguinte e exclusivo fim de: proceder criminalmente contra quem as produziu, nos termos do n. 4, do referido art. 126 do CPP.” (O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado. Comentado e Anotado – Legislação Complementar. Lisboa: Almedina, 2001, pp. 43/4.*

<sup>56</sup> Isabel Oneto. Ob. Cit., p. 187.

<sup>57</sup> Sobre a dura colocação de Costa Andrade sobre o uso do *homem de confiança* – aqui, agente infiltrado – como meio de *prevenção penal*, que extravasam os limites dessa nossa abordagem, consultar, com proveito, a obra *As Proibições de Prova no Processo Penal*. Cit., p. 233/4. Que sirva, de toda forma, de provocação a um novo debate, nessa passagem, a ácida consideração de Meireis: “*O inimigo tem que começar a ser vigiado à mínima suspeita.*” (art. Cit., p. 80).

<sup>58</sup> O sistema processual penal português trabalha com a ideia de autoridades judiciárias conceitualmente distintas de juizes (art. 1º do Código de Processo Penal), como, sintomaticamente, a ideia de Ministério Público como diretor do inquérito policial, âmbito no qual pode tal órgão *delegar* funções investigativas à polícia judiciária (a respeito disso, ver, destacadamente, arts. 53 e 263 daquele Código processual).

se mostra, mais uma vez dando coro à doutrina de Isabel Oneto, fundamental. É que, como diz a autora, “*a exigência processual de comunicação à autoridade judiciária dos actos praticados ao abrigo de autorização tem subjacente duas imposições – a primeira, dirigida à entidade policial, no sentido de a vincular aos precisos termos em que a autorização foi concedida; a segunda, destinada à autoridade judiciária, impondo-lhe a obrigação legal de aferir a conformidade da acção desenvolvida ao âmbito e limites constantes da autorização concedida.*”<sup>59</sup>

O relatório a ser entregue ao juiz que fiscaliza a ação do agente infiltrado é importante porque, conforme lição de Isabel Oneto – mesmo que não tenha a autora dito uma só palavra acerca da conceituação do agente infiltrado como *meio de pesquisa de prova* – permite ali ver um “*labor que exige cautelas redobradas, porquanto o seu controlo foge, em regra, ao escrutínio dos restantes sujeitos processuais. Como a lei expressamente consagra, o relato só é junto aos autos quando for ‘absolutamente indispensável.’ Nem o arguido nem o assistente terão, a maior parte das vezes, conhecimento da sua existência.*”<sup>60</sup>

Prevê a lei portuguesa que rege a matéria, também, a hipótese do testemunho do agente infiltrado em processo penal, com incidência, ainda, de norma especial de *proteção de testemunhas* (Art. 4º, alíneas 3 e 4, com remissão à Lei 93/99<sup>61</sup>), e bem assim, ainda, o prazo fixo inicial de 6 meses prorrogável uma única vez (art. 5º, alínea 3) em que o agente pode se valer, para os fins investigativos e civis, de identidade fictícia.

É fácil ver que em Portugal a previsão do agente infiltrado, ou bem ou mal, é *típica*. Não se questiona aqui se a própria idéia do meio de obtenção de prova é *constitucional* ou, para falar com os portugueses, redundante em *prova proibida*<sup>62</sup>; mas se alerta ao que virá, na sequência, para o Brasil: a tipicidade processual é o mínimo que se deve exigir, com previsões de procedimento, de fiscalização judicial, prazos, limites de atuação do agente, hipóteses de admissão ou vedação de colheita de seu testemunho; enfim, uma tábua normativa que dê segurança ao *agente* – que corre risco que “*não é comum, mas*

---

<sup>59</sup> Isabel Oneto. Ob. Cit., p. 192.

<sup>60</sup> Idem. Ibidem. p. 192.

<sup>61</sup> Que, em Portugal, é a lei que define um quadro de proteção às testemunhas.

<sup>62</sup> Fátima Mata-Mouros beira à reprovação *tout court* do meio de obtenção de prova: “*doutrinariamente polémica, por a reconduzir a métodos enganosos de obtenção de prova, o certo é que a consagração da figura do agente infiltrado (como a do homem de confiança em geral e os demais instrumentos excepcionais de prova, de que se destaca aqui as entregas controladas) apenas foi tolerada pelo legislador porque este entendeu que o necessário controlo da autoridade judiciária sobre os respectivos actos de colaboração seria garantia suficiente da contenção da sua utilização, ao mesmo tempo que assegurava a garantia dos direitos fundamentais. Sendo assim é preciso não descurar esse controlo: por parte do procurador, no primeiro caso, e por parte do juiz, no segundo!*” (Art. Cit., p. 119)

*sim anormal*”<sup>63</sup> e ao investigado – no que se lhe deve resguardar de liberdade de autonomia de determinação, como decorrência natural de sua inata dignidade. Afinal, só não vê quem não quer que “*no processo de infiltração, o agente infiltrado leva o suspeito a, involuntariamente, produzir prova contra si próprio o que ofende a liberdade de declaração e a garantia da não-auto-incriminação; além disso, e como vimos, fá-lo entrando na sua vida privada, nas suas relações de amizade, nos seus momentos menos públicos, na sua casa e, eventualmente, no seio da sua família e tudo sem revelar a sua identidade e qualidade.*”<sup>64</sup>

Nenhuma dessas preocupações é o que se vê no panorama brasileiro e não se resigna com o perceptível marasmo intelectual – salvo exceções que fazem jus ao substantivo que as acompanha: *exceções* – ante tão polêmico e agressivo meio de pesquisa de prova.

## **5. Agente infiltrado no direito processual penal brasileiro: a desatenção quanto à sua natureza jurídica e à tipicidade probatória**

Dentre aqueles que estudaram o tema, tirante a idéia de que uma faceta de critério da proporcionalidade poderia, no limite, legitimar a valoração de prova *ilícita pro societate*<sup>65</sup>, percebe-se certa postura crítica quanto à falta de previsão procedimental da Lei 9.034/1995 com as alterações que lhe deram a Lei 10.217/2001, e a Lei 11.343/2006.

Não se nota, contudo, na maioria dos autores consultados<sup>66</sup>, firme posicionamento quanto à natureza jurídica do agente infiltrado no campo probatório – *se meio de prova ou meio de pesquisa/obtenção de prova* – o que já dificulta chegar a conseqüências mais precisas, e não se nota preocupação analítica a partir das indicações de *tipicidade probatória*. Ambas as deficiências acarretam incerteza no posicionamento dos Tribunais.

No estudo de Flávio Pereira sobre *agente infiltrado*, a premissa é a já conhecida – que, como um dogma, i.é, ponto de partida inafastável - de que “*torna-se necessário que*

---

<sup>63</sup> Fernando Gonçalves *et alii*. Ob. Cit., p. 102.

<sup>64</sup> Meireis, art. Cit., p. 83.

<sup>65</sup> Flávio Cardoso Pereira. A Moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. *Limites Constitucionais da Investigação*. Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flávio Gomes (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120.

<sup>66</sup> Superficialidade que se vê, por exemplo, em Guilherme de Souza Nucci, em seu *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254. Ao contrário, tiveram o cuidado de tomar a medida como “*meio de obtenção de prova*” Rafael Pacheco (*Crime Organizado. Medidas de Controle e Infiltração Policial*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 143) e, como parece da leitura da abordagem que dá ao tema, Guilherme Madeira Dezem, nos comentários que fez à Lei 9.034/1995 em obra conjunta. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 157/8. Claramente, dele tratou como *meio de obtenção de prova* o professor Antonio Scarance Fernandes, no artigo já aqui citado, pp. 209 e 232.

*agentes vinculados ao Estado se introduzam no âmago de uma organização criminosa para permitir uma eficaz persecução investigatória”*<sup>67</sup>. No texto, o autor traz três críticas às confusas legislações brasileiras acerca do assunto: a primeira é quanto à abertura, na Lei 9.034/1995, aos órgãos de inteligência, e não somente aos quadros policiais, terem agentes seus *infiltrados* no âmbito de organizações criminosas<sup>68</sup>; a segunda se dirige à falta de exigência de autorização judicial para a infiltração como disciplinada na lei de drogas<sup>69</sup>; e a terceira é uma dura – com a qual aqui se concorda – crítica quanto à inexistência de previsão, nas duas leis brasileiras que regulam o assunto, de prazo de duração da *infiltração*<sup>70</sup>.

Enquanto Ricardo Alves Bento parece ligar a figura do *agente infiltrado* necessariamente aos quadros policiais e por isso critica a participação, como *infiltrados*, de pessoas não constantes dos quadros policiais<sup>71</sup>, o promotor de justiça em São Paulo Luiz Otávio de Oliveira Rocha, ainda que também não se socorra explicitamente da teoria da tipicidade processual no campo probatório, pondera, no que se refere ao agente infiltrado, que: “*o legislador brasileiro, contrariando a tendência que vem se firmando nas legislações da maioria dos países democráticos, não fixou critérios básicos para o emprego do recurso a ‘infiltração’, quer no sentido de limitar sua utilização (via de enumeração taxativa das hipóteses em que é permitida, fixação do tempo e duração da ação dos infiltrados e, ainda, a expressa menção aos critérios da proporcionalidade/necessidade que devem norteá-la), quer no sentido de viabilizá-la na prática (com a criação de mecanismos de proteção aos agentes - como o direito de uso prolongado ou permanente de identidade falsa atribuída durante a operação de infiltração, o de retirar-se para ocupar funções diversas, temporária ou*

---

<sup>67</sup> Pereira. Art. Cit., p. 112. A cantilena é conhecida de todos aqueles que se preocupam com as garantias conquistadas, com passagem de séculos, no processo penal. Vale ver, como outro reprodutor dessa “necessidade” de maior intervenção penal nos direitos individuais, Marcelo Batlouni Mendroni, *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Viés crítico e preocupado em desmistificar o moto contínuo que se tornou o argumento da *necessidade de mais invasão no âmbito de direitos fundamentais* em prol de uma noção porosa e, por isso, em si mesma *insegura*, de *segurança*, Francis Rafael Beck. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004.

<sup>68</sup> Lei 9.034/1995: “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.”

<sup>69</sup> Lei 11.343/2006: “Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; (...)”

<sup>70</sup> Pereira, Art. Cit., pp. 115/20.

<sup>71</sup> Ricardo Alves Bento – Agente infiltrado. Busca pela legitimação constitucional. *Limites Constitucionais da Investigação*. Ob. Cit., pp. 344/6.

*permanentemente, em caso de risco pessoal ou aos familiares, o de engajamento exclusivamente por voluntariedade, o de obtenção de outras vantagens funcionais etc – e, especialmente, da introdução de causa de justificação especial ou escusa absolutória, para os casos em que se vislumbrar com anterioridade a hipótese de que o agente se veja obrigado ao cometimento de determinadas infrações.”*<sup>72</sup>

No que tange à inclusão de agentes “de inteligência” em infiltração, entende o último autor que, caso não ajuste sua participação às investigações formais em curso – *a contrario sensu*, se estiverem eles exercendo, nas palavras do autor, *vigilância e controle das atividades dos cidadãos de forma prospectiva, sem outra razão que não a de obter informações sobre sua vida privada, para eventual descobrimento de fatos relevantes ou não*” – haverá vício material de inconstitucionalidade da previsão da Lei 9.034/1995. Caso, contudo, a tal participação, além de não ter o caráter prospectivo aqui falado, vir acompanhada de autorização judicial e houver lei que discipline suas funções investigatórias, com previsão, também procedimental da atuação, o vício inexistirá<sup>73</sup>.

O ponto é interessante porque com o Decreto 4.376/2002, que dispõe sobre a organização e o funcionamento do *Sistema Brasileiro de Inteligência – SISBIN*, chegasse a conceituar, no seu artigo 2º, a atividade de inteligência como aquela de “*análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.*” , o que torna – pela falta de delimitação típica da Lei 9.034/1995, e pelo objeto indicado na norma do SISBIN - acachapante a inconstitucionalidade de se prever tal *membro da inteligência* para atuação no âmbito processual penal<sup>74</sup>.

Percebeu-se, na doutrina pesquisada, quem tenha se preocupado com a noção, ainda que não no sentido desenvolvido neste texto, de *tipicidade* da figura do agente infiltrado, como fez Luiz Otávio de Oliveira Rocha ao cobrar cuidado quanto aos critérios *lógicos* (necessidade e proporcionalidade), *temporais* (atuação com prazos máximos de duração) e *valorativos* (exclusão de responsabilidade penal em algumas situações)<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Agente Infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. Revista ibero-americana de Ciências Penais. Ano 3, número 5, jan./abril de 2002. Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais. Porto Alegre, pp. 49/68

<sup>73</sup> Idem. Ibidem.

<sup>74</sup> É o que diz, também, o agente policial federal Rafael Pacheco que, no estudo do tema, sustentou a inconstitucionalidade por ofensa ao artigo 144, da Constituição Federal. FONTE???

<sup>75</sup> Idem. Ibidem.

Por fim, não passam em branco as observações críticas de Geraldo Prado à disciplina do *agente infiltrado* no Brasil. Ainda que o conhecido magistrado não tenha tratado da matéria sob o prisma da *tipicidade probatória* e do *meio de produção de prova* <sup>76</sup>, apresentou preocupação pertinente no sentido de que “*a infiltração representa verdadeira autorização em branco, dada pelo juiz, para que o agente infiltrado ingresse nos mais variados domicílios, suspeitos ou não de abrir provas de infrações penais, independentemente do exame judicial prévio de estrita necessidade, adequação e proporcionalidade em cada oportunidade! Mais grave: a lei permite que o agente infiltrado não integre os corpos das polícias responsáveis pela investigação criminal, indiciando perigosa tendência de militarização da tarefa de persecução penal, sem embargo de uma nociva espécie de cooperação penal internacional, que poderá comprometer nossa soberania.*” <sup>77</sup>

O não-enfrentamento da questão à luz da natureza jurídica do *meio de pesquisa de prova* e à luz da *tipicidade processual* trouxe conseqüências na aplicação dos dispositivos da norma pelos Tribunais. É o que se vê, por exemplo, da leitura de julgado advindo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tomou por *agente infiltrado* a figura vedada – em direito comparado, pelo menos – de *agente provocador*. Disseram 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* <sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Disse o cultuado magistrado e professor carioca: “*a questão da eficácia destes instrumentos encobre os efeitos negativos que o cotidiano da justiça criminal no Brasil não cansa de constatar: a ausência de controle real sobre os agentes encarregados da investigação criminal, quando estes são os únicos responsáveis pela gestão das técnicas de investigação que invadem o âmbito privado das pessoas, atua como forte fator de corrupção de violência, degradando as relações entre a população e as autoridades.*” Da Lei de Controle do Crime Organizado: Crítica às Técnicas de Infiltração e Escuta Ambiental. *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>77</sup> Geraldo Prado. Art. Cit., pp. 134/6.

<sup>78</sup> 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). No mesmo molde, podendo ser tomado como exemplo de julgamento em que se tomou o agente *provocador* como *infiltrado* – o que, acredita-se, pode decorrer da falta de clareza de cada uma das figuras que bem poderia estar no plano normativo, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na apelação n. 1.023.868.3/1-00, de relatoria do Desembargador Péricles Piza. É emblemático ver que efetivamente, de *infiltrado* não se pode cogitar, a partir das seguintes passagens do voto: “*referido policial, Niccolini, passou a freqüentar o local acabando por demonstrar interesse na compra de drogas, acertando com o réu DIMAS, transação a respeito. Compraria um quilograma de cocaína, mediante pagamento de seis mil reais. (...) No caso, o réu já exercia a ilícita atividade, a qual foi objeto de delação, dando ensejo a que a polícia pudesse investigar a ocorrência do crime em questão, agindo o policial não como agente provocador de crime, mas como agente infiltrado e, constatada a procedência daquela denúncia, a consumação do estado de flagrância, a ensejar a prisão do réu.*” (julgamento no dia

A falta de precisão conceitual no âmbito normativo para separar o *agente infiltrado* do *agente provocador*, além da insegurança ínsita a alguns julgados, chega a provocar, também, perceptível acomodação retórica com a qual não se pode concordar, consubstanciada em repetitiva passagem de votos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando nem mais se preocupa em distinguir uma figura da outra na medida em que: “*ainda que assim não fosse, penso que em se tratando de crime de tráfico de drogas não ocorre flagrante preparado, pois o delito já estava consumado quando da abordagem dos policiais, visto tratar-se de crime permanente. No momento da abordagem policial, ainda que tivesse havido algum induzimento por parte dos milicianos, o réu já guardava ou ainda trazia consigo a substância entorpecente.*”<sup>79</sup>

Dois julgados recentes do Tribunal Regional da 2ª Região, ambos da relatoria do Desembargador Abel Gomes, são emblemáticos da insegurança no tratamento da matéria e a consequência que isso pode causar. Pelo primeiro deles, de dezembro de 2008, preferiu S. Exa. jogar sobre os ombros do impetrante do *habeas corpus* o ônus da prova da ilegalidade da medida porque “*a lei n. 9034/95 autoriza a sua adoção quando se tratar de investigação sobre organização criminosa, sendo certo que o impetrante sequer mostrou por qualquer meio idôneo e incontestado de prova pré-constituída, que a medida foi determinada e executada com violação das regras constitucionais e processuais vigentes, não bastando mera alegação de ilegalidade.*”

Na sequência da fundamentação do voto, não se falou mais, especificamente, em *agente infiltrado*, mas apenas da relação que haveria ente a Lei 9.034/1995 e a Convenção de Palermo. Ainda daquele caso, por ter sido argüida a ilegalidade da assim chamada “exploração de local” por parte de agentes da polícia federal, pontuou o relator – com indiscutível pertinência à noção de tipicidade de meios de busca de prova em gênero – “*os meios de investigação criminal não se limitam a uma compreensão literal do que dispõe o CPP. E mais, na linha da persecução penal profícua, adentrar um determinado local com vistas a colher elemento de prova ainda encontra previsão implícita no art. 240, parágrafo 1º, “h”, do CPP.*”<sup>80</sup>

---

14 de agosto de 2007). Aqui, parece óbvio que *não fosse o policial ter ido até o local para, lá, adquirir a droga*, não teria havido o flagrante do tráfico – e deveria haver outro motivo para se decretar a flagrância de quem *mantém consigo* a substância entorpecente. Parece até que com casos assim, está o Brasil a reviver o caso *Teixeira de Castro*, acima já comentado, que gerou condenação, pelo TEDH, a Portugal.

<sup>79</sup> Confirmam-se: Apelação Criminal n. 1.0040.08.072996-1/001, 3ª C. Crim, Rel. Des. Paulo César Dias, j. 14.04.2009; Apelação Criminal n. 1.0024.08.095664-2/001, 3ª C. Crim, Rel. Paulo César Dias, j. 19.01.2010; apelação criminal n. 1.0518.07.123026-3/001, 3ª. C. Crim, Rel. Paulo César Dias, j. 28.04.2009. Em todos os casos, o que vale ressaltar é a repetição dessa fórmula geral, que tira o compromisso do órgão judiciário de distinguir uma coisa da outra.

<sup>80</sup> HC 2008.02.010.019245-7, 1ª Turma, Rel. Des. Abel Gomes, j. 17.12.2008.

Quase seis meses depois, em julgado de maio de 2009, o citado Tribunal enfrentou – lateralmente – a questão do agente infiltrado para distingui-lo de outras assim chamadas “*figuras que acabam por colaborar com a persecução penal*”, com passagens que, sob o ponto de vista da tipicidade, são curiosas: “*umas de acordo com a estrita legalidade exigida em razão das circunstâncias, e outras suficientemente amparadas pela inexistência de vedação legal a que possam fazer aquilo que a lei não proíbe (no caso colaborar com a Polícia), assumindo, ainda, à responsabilidade constitucional dada ao cidadão pelo art. 144 da Constituição da República de colaborar com a segurança pública (acusado colaborador ou arrependido, informante, denunciante anônimo e agente infiltrado).*”<sup>81</sup>

Há, ainda, julgado recente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>82</sup> que é emblemático do risco que propicia a falta de tipicidade legal do tal meio de produção de prova, na medida em que teve de se defrontar – e o fez de maneira insatisfatória porque permitiu interpretar a figura do *agente* ora como *infiltrado*, ora como *perito*, ora, até, com *litigant amicus*<sup>83</sup> – com a tormentosa figura do *agente infiltrado* em caso no qual, sequer, cogitava-se de *organização criminosa*; e no qual, sequer, indicou-se por quanto tempo perdurou o narrado auxílio dado ao membro do Ministério Público; e ainda, nem mesmo, se havia autorização judicial para tal atuação.

As dúvidas de interpretação que este último caso gera, somadas ao posicionamento inseguro e despreocupado com as noções repetidas neste texto, tornam premente a análise do *agente infiltrado* à luz dos dois critérios básicos de natureza jurídica e tipicidade probatória – pois daí vêm possíveis conseqüências quanto à inadmissibilidade dos elementos de informação.

## **6. Conseqüências do reconhecimento da atipicidade do meio de busca de prova: sugestões propostas.**

A potencialidade danosa decorrente do uso sem regras preestabelecidas do excepcional meio de obtenção de provas fala por si.

---

<sup>81</sup> HC 2000.51.01.500001-0, 1ª Turma, Rel. Des. Abel Gomes, j. 15.05.2009.

<sup>82</sup> HC 2009.01.00.027158-0, 4ª Turma, Rel. Juiz Convocado Klaus Kuschel, j. 06.10.2009 (chamativo que no caso a opinião da Procuradoria Regional da República era pela *concessão da ordem*; mas essa foi denegada, não sem inflamadas passagens valorativas ao longo do voto do relator).

<sup>83</sup> Uma figura que se aproxima a um *amigo de uma das partes* (no caso, do Ministério Público – como parte na relação processual; o que efetivamente é), pois nem de perícia se poderia cogitar uma vez que a função confessada do tal *agente* como indicado longamente no julgado seria auxiliar o próprio Ministério Público.

Nesse sentido, voz de Marcelo Mendroni, da qual aqui se discorda, para quem “além da evidente possibilidade de servir como testemunha, entendemos que o mandado judicial pode conter, extensivamente, autorização expressa para que o agente, sendo favoráveis as condições e sem risco pessoal, apreenda documentos de qualquer natureza, desde papéis a arquivos magnéticos; e, dispondo de equipamentos correspondentes, realize filmagens, fotografias e escutas, ambientais e telefônicas. São meios de prova dos quais a Polícia não pode prescindir e nada os impede, ao contrário, tudo favorece, sejam realizados pelo agente mediante expressa e prévia autorização judicial. Seria, a contrário senso, absolutamente inviável a necessidade de que o agente tivesse que buscar autorização judicial para cada situação vivida na infiltração, não só pelo evidente risco de periculum in mora, mas também pela absoluta impossibilidade fática. São também providências que se encaixam com o princípio da proporcionalidade, pois se o agente pode estar infiltrado no meio dos criminosos, não há razão para que não possa, via de extensão e em compatibilidade com a sua função investigativa, recolher as provas que forem possíveis à demonstração cabal da situação criminosa vivenciada.”<sup>84</sup>

A passagem é um emblemático exemplo – e haja “*proporcionalidade*”<sup>85</sup> para permitir tão larga interpretação em matéria de restrição a direitos fundamentais! – dos danos que seguramente advêm do uso desmesurado, desregrado, extensivo, da medida excepcional de busca de fonte de prova. Não se concorda em defender, em sede de medida nitidamente invasiva e na qual o limite da lealdade como característica do próprio Estado no combate às práticas criminosas (necessariamente desleais) uma *extensão* de tais atividades.

Em rigor técnico, pode-se sustentar da análise do ponto de vista do autor que o *agente infiltrado* poderia se prestar a cometer não uma só, mas *várias* (e quantas vezes possível) *anômalas* e até *irrituais* diligências de meio de busca de prova. É ver: supor que o agente possa *proceder a buscas e apreensões* é medida irritual à luz do regramento específico dos artigos 240 e ss., do CPP; supor que possa, ele, proceder às interceptações e captações ambientais, idem, à luz da Lei 9.296/1996 e, mesmo, da Lei 9.034, que *não à toa* prevê *distintamente* a figura do agente infiltrado (art. 2º, V), das captações (art. 2º, IV); e para cada medida demanda-se, ao menos em princípio, uma

---

<sup>84</sup> Marcelo Mendroni, *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

<sup>85</sup> As aspas são propositais, pois já é tempo de, no Brasil, com tantos textos publicados sobre o tido por tantos como panegírico geral “princípio da proporcionalidade”, começar-se a depurar o conceito para, então, ver onde o *princípio* (se *princípio* ou *regra* seria, isso mesmo, questão prévia a ser enfrentada) se aplica. É uma tormenta ler repetições convenientes de abordagens rasas e tendenciosas de matéria jurídica tão problemática quanto fundamental, qual seja, a norma jurídica da *proporcionalidade*.

específica – e circunstanciada – decisão judicial (tanto assim que o parágrafo único do tal artigo 2º se refere *somente* à hipótese da infiltração e não da captação).

### 6.1. A analogia

Para se evitar interpretações que tais, nota-se opinião pela aplicação analógica – art. 3º, CPP – com utilização dos procedimentos, no que possível, da Lei de Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/1996). Essa, a opinião, dentre outros, de Guilherme Madeira Dezem<sup>86</sup>, Rafael Pacheco<sup>87</sup> e, também, Mário Sérgio Sobrinho<sup>88</sup>.

Compreendemos e elogiamos a ideia dos autores, de delimitar de alguma forma o uso, procedimentalizando-o na medida do possível e do que lhe seja parecido e cabível, do *agente infiltrado*. Mas com ela, *data venia*, não concordamos.

Um indicativo da não razoabilidade de se tomar analogicamente o procedimento da lei de interceptações telefônicas para o caso do *agente infiltrado* se encontra em precedente do Tribunal Constitucional Português e o posicionamento doutrinário a respeito.

No acórdão n. 578/98, decorrente do processo n. 835/98, datado de 14 de outubro de 1998, disse aquele Tribunal, pela voz do relator conselheiro Messias Bento, que eventual deslealdade no emprego dos agentes infiltrados é a mesma *deslealdade* vista em casos de interceptações telefônicas. O entendimento foi repreendido – a nosso ver com razão – por Sandra Pereira, que expôs que “*a deslealdade, no caso dos agentes infiltrados, acarreta riscos que não se verificam nas escutas telefônicas. Desde logo, nas escutas telefônicas não há o risco de se instigar o agente a cometer o crime. O problema comum a estas situações será, entre outros, a invasão da reserva da intimidade da vida privada, no entanto, no que toca a níveis de deslealdade, elas não são totalmente equiparáveis. No caso dos agentes infiltrados, acrescenta-se um factor de risco que, de resto, é reconhecido no acórdão: a tênue fronteira entre a infiltração e a provocação.*”<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> *Crime Organizado*, Art. Cit., p. 158.

<sup>87</sup> Ob. Cit., p. 120.

<sup>88</sup> *O Crime Organizado no Brasil. Crime Organizado – aspectos processuais* (Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45. Quanto ao *prazo de duração da medida*, o autor se refugiou, como tantos e em tantas deparações de *hard cases*, no “princípio da proporcionalidade”, e deixou claro no artigo seguir o mesmo raciocínio desenvolvido pelo Min. Joaquim Barbosa a partir do voto proferido no *HC 85.575*, DJ 16.03.2007.

<sup>89</sup> Art. Cit., p. 146.

A notável distinção quanto aos riscos das atividades já afastaria a cogitação da analogia e, por isso, demandaria que a matéria fosse tratada, propriamente, no âmbito do regular processo legislativo.

Mais ainda: o nível de intromissão à privacidade no caso de *agentes infiltrados* é superior ao previsto na lei de interceptações telefônicas. Lembre-se, a respeito, não só da posição *passiva* de quem apenas *ouve* conversas quando se compara àquele que *se infiltra* em determinado grupo para lá colher qualquer tipo de informações; como também do risco (anormal, já se viu acima da doutrina portuguesa) que só o *infiltrado* corre, enquanto o *expectador* da interceptação não corre nenhum.

Por tudo isso, não é recomendável também se prever o meio de busca de prova do agente infiltrado como se ele se adequasse às previsões taxativas da vigente lei de interceptação telefônica, pois tal implicaria afirmar que meio potencialmente mais lesivo a direitos fundamentais – que portanto demandaria escrutínio severo quanto à aplicação<sup>90</sup> – coubesse em requisitos relativamente largos para a utilização, como é o caso das interceptações telefônicas e, por exemplo, a previsão de cabimento para todos os crimes apenados com reclusão (art. 2º)<sup>91</sup>.

Ao meio mais invasivo devem-se prever *mais cautelas*, e não *menos*, ainda que o raciocínio daqueles que advogam essa tese tenha a virtude de impedir teses tão amplas quanto a de Mendroni, aqui rechaçada.

O problema que se põe, então, não é só, como poderia parecer em primeiro momento e em sentido figurado, o de fechar-se uma porta, deixando-se aberta uma fresta da janela. Toca-se, no ponto, na própria pressuposição, em processo penal, do uso da analogia para colmatar lacunas da lei, como é, indiscutivelmente, o caso.

E aqui, o que se defende, com base na lição de Figueiredo Dias, é que, ainda que o direito processual penal – do que é prova viva o art. 3º, do atual CPP – admita a *interpretação analógica*, essa se encontra circunscrita ao limite proibitivo de se impor *diminuir da eficácia de direitos e garantias individuais*. Nas palavras do cultuado

---

<sup>90</sup> E nem se chega aqui a advogar a tese, que é conhecida dos constitucionalistas norte-americanos, da *inversão da presunção da constitucionalidade dos atos normativos*, celebrizada em nota de rodapé nº 4 do precedente *United States v. Carolene Products* (C.O. 304, U.S. 144 (1938)).

<sup>91</sup> Isso sem falar na pressuposição – pois é do laço de confiança granjeada no seio da organização criminosa investigada que depende o êxito da atuação do infiltrado – de que, sempre, o prazo inicial de 15 dias é insuficiente, o que causaria uma burocratização da atuação em prejuízo não só da investigação em curso, como principalmente, da colocação em risco do agente, a depender dos curtos períodos condicionados às aprovações sucessivas da infiltração. Aí, já outra distinção a evidenciar o descabimento da analogia: é *diferente* o aparato tecnológico de um meio de busca de prova, do outro. Na infiltração, o agente é o veículo direto e insubstituível dos relatórios; na interceptação, dispensa-se toda e qualquer intervenção direta na colheita da fonte da prova – salvo, como também diariamente se vê no Brasil, os lampejos de *interpretação das conversas interceptadas* que se vê em cada relatório encaminhado ao juízo. Se a vida (dos investigados e dos intervenientes da persecução penal) fosse um filme, num caso, assiste-se ao *Lebens des Anderes*; noutro, *The Undercover*.

professor português, o recurso, assim, à analogia, fica vedado “na medida imposta pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade *e, portanto, sempre que o recurso venha a traduzir-se num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos processuais do argüido (desfavorecimento do argüido, analogia ‘in malam partem).*”<sup>92</sup> No Brasil se nota entendimento desapegado da consideração sobre a possibilidade da analogia *in malam partem* no processo penal<sup>93</sup>, o que chama a atenção tanto à luz de interpretação – essa sim, admissível – *extensiva* da proteção constitucional dos direitos e garantias individuais, quanto à separação de antigo entendimento, trazido desde Espínola (e, portanto, anterior ao próprio desenvolvimento da mais recente doutrina de direitos fundamentais, o que deveria chamar a atenção dos intérpretes mais cuidadosos) que, com apoio em Manzini, lembra da inadmissibilidade da analogia “*quando haja expressa previsão legal, ou esteja em jogo a extensão de regra que importe em restrição da subjetividade ou do exercício dos direitos ou dos interesses juridicamente protegidos de uma pessoa, ou que estabeleça sanções, ou seja de caráter excepcional.*”

94

Com essa posição não se concorda na medida em que, por tudo o que aqui já se viu, mesmo na específica seara do meio de obtenção de prova, a característica invasiva do *agente infiltrado* indica que o uso da analogia com o instituto da interceptação telefônica significaria diminuir a barreira de proteção do indivíduo contra a intromissão estatal, sem expressa previsão legal. É, pois, questão de legalidade estrita no campo processual penal.

O posicionamento que aqui se assume é também lembrado por Julio Maier que em obra de referência indicou que “En el Derecho procesal penal se prohíbe recurrir a la analogia, como consecuencia del mandato de interpretar restrictivamente la ley, en los mismos casos designados inmediatamente antes: reglas que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de una facultad que la ley le confiere, y reglas que limitan un poder concedido a cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.”<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Processual Penal*. 1. ed. 1974. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 97.

<sup>93</sup> Entendimento exemplificado, por exemplo, por Guilherme de Souza Nucci, que apregoa que “*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.*” (*Código de Processo Penal Comentado*. 6. Ed. Rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61).

<sup>94</sup> Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* 6. ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, p. 230.

<sup>95</sup> Julio B.J. Maier. *Derecho Procesal Penal. !. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 236.

Não parece ser fora de propósito, a respeito, lembrar do aqui já falado artigo 2º, do Código de Processo Penal Militar, que *analogicamente aplicável* conforme o art. 3º, CPP, veda a própria analogia quando a hipótese for de cerceamento da defesa do investigado. Como também não parece ser fora de contexto a lembrança da disposições projetadas, constantes do PLS 156/09, ora em trâmite no Senado Federal, como projeto de novo Código de Processo Penal, em seus artigos 5º e 6º, que além de proscureverem a “proibição do excesso” em matéria de interpretação da lei processual penal, demandam a “máxima proteção dos direitos fundamentais” e só admitem a analogia e a interpretação extensiva se não for ampliado o sentido das “normas restritivas de direitos e garantias fundamentais”.

## **7. Últimas considerações: atipicidade e sua inadmissibilidade**

A colmatação do meio de obtenção de prova, não é difícil perceber, visa concretizar – para disciplinar e, claro, evitar abusos anunciados –, isto é, disciplinar, um meio de obtenção de prova potencialmente ofensivo a direitos fundamentais.

Isso viabiliza o entendimento de que as normas do artigo 2º, V, da Lei 9.034/1995, e assim também as do art. 53, da Lei 11.343/2006, ainda que formalmente *bastantes-em-si* na medida em que nenhuma das leis demanda, ao menos da superficialidade de cada um dos textos, complementação infra-legal, possuam sua eficácia – ainda que meramente infraconstitucional – *limitada* ao advento de nova normatização que as tipifique, disciplinando o meio, a forma, a situação, e, principalmente, o *procedimento* do tal meio de obtenção de prova.

Com isso, transposta a classificação e acatada em âmbito de direito constitucional para essa seara do direito processual penal, pode-se afirmar que, enquanto não houver a previsão procedimental da figura, isto é, enquanto este meio de obtenção de prova não for dotado de tipicidade, a norma que lhe dá suporte não tem eficácia jurídica; e dela não decorre obtenção de informações que possam ser admitidas no processo.

Sustentar-se o contrário significa o regresso às incertezas acima exemplificativamente constatadas; quer da doutrina, quer dos tribunais.

Noutras palavras: não se admite a atipicidade deste meio de pesquisa de prova; e tamanho o potencial lesivo a direitos individuais, que não se admite, também, a analogia ou a *interpretação analógica* para se tentar suprir o necessário espaço normativo que deve ser preenchido.

Por ser assim – tanto que são os autores mais preocupados em cercar a concretização do instituto de *analogias* aqueles que não conseguem delimitar qual seria o limite seguro quanto a seu âmbito de aplicação <sup>96</sup> – o elemento de informação obtido das normas vigentes sobre *agente infiltrado* padecerá de *vício na obtenção* do elemento da prova. E, no Brasil, a prova “*obtida por meios ilícitos*” é inadmissível (art. 5º, LVI, CF).

Permitir, conquanto com as melhores intenções, que a colheita das informações mediante o uso de agente infiltrado fique aos sabores de magistrados e de aplicações analógicas a legislação que não se aplica à matéria – e mais importante que isso: é menos agressiva ao *mínimo essencial* dos direitos fundamentais –, significa pôr em risco não só a (i) aplicabilidade do instituto (ex.: não se prevê a periodicidade com que devem ser entregues relatórios circunstanciados, se os relatórios são encaminhados ao Ministério Público ao juiz ou a ambos; não se prevê o desencadeamento de descoberta de acontecimentos fortuitos no âmbito da infiltração; e nem o prazo no qual a defesa do investigado deve ter acesso aos relatórios produzidos pelo agente; não se prevê hipótese recursal da admissão ou não do meio de obtenção de prova etc.), como a (ii) segurança, até mesmo, do *agente*, que não é treinado nos termos da lei; não tem prazo previsto para a assunção das tarefas; não tem limites de atribuição; não tem garantias mínimas quanto à sua consideração futura no processo (ex.: se testemunha, se isento de responsabilização criminal etc.).

Todas essas considerações colocam a previsão do agente infiltrado – nas duas leis que a ele, no Brasil, se referem – sob o rótulo de tipicidade distinta: a vedação constitucional da prova *obtida* por meios ilícitos porque sem procedimento que impeça, com base na legalidade, os riscos da ofensa direta aos direitos individuais mais comezinhos, como o de *não produzir prova contra si mesmo*, o de ter resguardada a *intimidade*, a *privacidade*.

Por isso, e como se tentou demonstrar no texto, a colocação do tema sob o prisma de sua natureza jurídica (*meio de obtenção de prova*) ao lado de seu estudo à luz da necessária consideração da *tipicidade probatória*, tendo como pano de fundo a solução legislativa paramétrica do processo penal português e toda a doutrina que sobre aquele sistema já se construiu – não sem polêmicas indicadas mesmo na existência de lei que, suficientemente, discipline a tormentosa matéria – reitera-se o que, de passagem, já se tinha dito neste texto: *no Brasil, a atipicidade desse meio de produção de prova é força-motriz de sua inadmissibilidade*.

---

<sup>96</sup> Exemplo disso é a passagem de Rafael Pacheco ao advogar que a duração da medida é determinada “pelo bom senso e pela responsabilidade do juiz” (Ob. Cit., p. 119).

## 8. Bibliografia

- Amodio, Ennio. *Libero Convincimento e Tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, fas. 1, janeiro-março 1999.
- Andrade, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*. In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: DPJ, 2005.
- Barbosa Moreira, José Carlos. *Provas Atípicas*. In *Revista de Processo São Paulo*, v. 19, n. 76, 1994.
- Beck, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004.
- Beleza, Teresa Pizarro. “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. In *Revista do Ministério Público*. Ano 19, Lisboa, abril – junho 1998, n. 74.
- Bento, Ricardo Alves. *Agente infiltrado. Busca pela legitimação constitucional*. In *Limites Constitucionais da Investigação*. Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flávio Gomes (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Cordero, Franco. *Tre Studi Sulle Prove Penali*. Milão: Giuffrè, 1963.
- Costa, Eduardo Maia. *Agente Provocador – Validade das provas*. Sentença de 9 de junho de 1998 – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro contra Portugal). *Revista do Ministério Público*, ano 21, Lisboa, janeiro – março 2000, n. 81.
- \_\_\_\_\_. *Agente provocador/agente infiltrado*. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. In *Revista do Ministério Público*, ano 24, Lisboa, janeiro – março 2003, n. 93.
- Dezem, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal. Tipo Processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium Editora, 2008.

- \_\_\_\_\_. Crime Organizado in *Legislação Penal Especial*. 3. ed. Fuller, Paulo Henrique Aranda; Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz (coords.) São Paulo: Saraiva, 2010.
- Espínola Filho, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* 6. ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.
- Fernandes, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/junho de 2007.
- Figueiredo Dias, Jorge de. *Direito Processual Penal*. 1. ed. 1974. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Furguele, Alfonso. *La Prova nel Processo Penale. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappichelli, 2007.
- Furtado, Franklim. *O Agente Infiltrado*. In *Direito e Cidadania*, Ano V, n. 16/17, Praia, Setembro de 2002/abril de 2003.
- Gomes Filho, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: DPJ, 2005.
- Gonçalves, Fernando; Alves, Manuel João e Valente, Manuel Monteiro Guedes. *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado. Comentado e Anotado – Legislação Complementar*. Lisboa: Almedina, 2001.
- Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- Justo, Ana Rita de Melo. Proibição da Prova em processo penal: o agente provocador. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, n. 3, Coimbra: Coimbra, julho – setembro de 2006.
- Laronga, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: Cedam, 2002.
- Loureiro, Joaquim. Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1º acórdão do T.E.D. Homen –9.junho. 1998. Condenação do Estado Português. Lisboa: Almedina, 2007.
- Lucca, Giuseppe de. Il Sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, Fasc. 4, outubro-dezembro 1992.

- Maier, Julio B.J.. *Derecho Procesal Penal. !. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- Marinelli, Claudio. *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappicheli, 2007.
- Mata-Mouros, Fátima. O Agente Infiltrado. In *Revista do Ministério Público*. ano 22, Lisboa, janeiro-março 2001, n. 85.
- Meireis, Manuel Augusto. Homens de Confiança. in *Crise na Justiça. Reflexões e Contributos do Processo Penal*. Actas do colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto. Direcção e Coordenação Branca Martins da Cruz. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007.
- Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- Nucci, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. Ed. Rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- Oneto, Isabel. O Agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra, 2005.
- Pacheco, Rafael *Crime Organizado. Medidas de Controle e Infiltração Policial*. Curitiba: Juruá, 2009.
- Pereira, Flávio Cardoso. A Moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In *Limites Constitucionais da Investigação*. Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flávio Gomes (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Pereira, Sandra. A recolha de prova por agente infiltrado. In *Prova Criminal e Direito de Defesa*. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coords.). Lisboa: Almedina, 2010.
- Prado, Geraldo. Da Lei de Controle do Crime Organizado: Crítica às Técnicas de Infiltração e Escuta Ambiental. In *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- Seiça, Alberto Medina de. Legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante. In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.

- Silva, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. II. 2. Ed. Lisboa: Verbo, 1999.
- Sobrinho, Mário Sérgio. O Crime Organizado no Brasil. In *Crime Organizado – aspectos processuais* (Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (coords)). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Tonini, Paolo. *La Prova Penale*. 4. ed. Milão: Cedam. 2000.
- \_\_\_\_\_. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal. Tomo I*. 2. Ed. Lisboa: Almedina, 2009.