

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A INFILTRAÇÃO POLICIAL SOB A ÓTICA DOS IMPERATIVOS DE
TUTELA: IMBRICAÇÕES COM O *NEMO TENETUR***

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Eduardo Henrique Nogueira Luna

Orientador: Professor Doutor Fernando Silva

Número do candidato: 30005523

Agosto de 2024

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, o Professor Edjacir Luna, pelo apoio, orientação e incentivo ao longo de todo o processo. Sua sabedoria e dedicação foram fundamentais para a conclusão deste trabalho, e sou grato por cada conselho e ensinamento compartilhados.

Agradeço também à Universidade Autônoma de Lisboa (UAL) por fornecer o ambiente e os recursos necessários para a realização deste trabalho, oferecendo uma base sólida para o desenvolvimento acadêmico.

Ao Prof. Me. Anderson Hander, Mestre em Linguística pela Universidade de Brasília (UnB), pelos diálogos, e pelas críticas a este trabalho.

Especialmente, à minha mãe, Fátima Nogueira, por todo o apoio incondicional, amor e paciência ao longo desta jornada. Sua presença foi e continua sendo um pilar de força em todos os momentos.

Por fim, ao meu pai, Edjacir Luna, Sou imensamente grato por tudo o que fez e faz por mim, e por sempre acreditar no meu potencial.

RESUMO

Abordamos, nesta dissertação, a infiltração e a interferência decorrentes da aplicação do Princípio Jurídico-Constitucional do *nemo tenetur*. A inserção do operacional nos grêmios criminosos resulta em restrições às faculdades jusfundamentais dos investigados, exigindo novas estratégias investigativas diante da insuficiência dos meios tradicionais. Nesse sentido, propusemos uma análise a respeito da necessidade de proteção das normas jusfundamentais, equilibrando os deveres de atuação estatal com os direitos dos indivíduos, com base no Princípio da Proporcionalidade, a fim de esclarecermos a complexa relação entre a fenomenologia criminosa e as exigências do direito contemporâneo. Elencaram-se para compor o referencial teórico deste trabalho os seguintes autores: Manuel Monteiro Guedes Valente (2001, 2009); Jorge de Figueiredo Dias (1988), Flávio Cardoso Pereira (2016); Sandra Oliveira e Silva (2013, 2018, 2019), bem como as seguintes teorias: Garantismo penal integral, Dimensão objetiva dos direitos fundamentais e Ponderação de interesses conflitantes. A metodologia proposta enfoca a infiltração de agentes no contexto da criminalidade organizada, buscando um modelo de "garantismo dinâmico" que equilibre a proteção dos direitos fundamentais com a eficácia da investigação penal. Essa abordagem destaca a importância de uma interpretação jurídica que promova a coexistência de princípios, respeitando as faculdades normativas das individualidades envolvidas. Assim, busca-se uma tutela integral dos bens jurídicos em jogo, reconhecendo a complexidade da interação entre direitos individuais e a atuação do Estado. Conclui-se que a infiltração de agentes é uma estratégia essencial na luta contra a criminalidade organizada, requerendo técnicas inovadoras para superar as limitações dos métodos tradicionais. O modelo de "garantismo dinâmico" apresentado busca equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com a eficácia da ação estatal, utilizando o princípio da proporcionalidade para conciliar a segurança pública e os direitos dos indivíduos investigados.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade, Garantismo dinâmico e Infiltração de agentes.

ABSTRACT

In this paper, we address the undercover operations and interference resulting from the application of the Legal-Constitutional Principle of **nemo tenetur**. The deployment of undercover agents into criminal organizations imposes restrictions on the fundamental legal rights of individuals under investigation, underscoring the need for innovative investigative strategies due to the limitations of traditional methods. In this context, we present an analysis of the need to safeguard fundamental legal norms, balancing the state's obligations with individual rights through the Principle of Proportionality. This approach seeks to clarify the complex relationship between criminal phenomenology and the demands of contemporary law. The theoretical framework of this study is grounded in the works of the following authors: Manuel Monteiro Guedes Valente (2001, 2009); Jorge de Figueiredo Dias (1988); Flávio Cardoso Pereira (2016); and Sandra Oliveira e Silva (2013, 2018, 2019), along with key theories such as Integral Penal Garantism, the Objective Dimension of Fundamental Rights, and the Balancing of Conflicting Interests. The methodology adopted centers on the infiltration of agents within the context of organized crime, aiming to establish a model of dynamic garantism that strikes a balance between the protection of fundamental rights and the effectiveness of criminal investigations. This approach emphasizes the necessity of a legal interpretation that fosters the coexistence of principles while safeguarding the normative faculties of the individuals involved. The study aims to ensure comprehensive protection of the legal interests at stake, acknowledging the complexity of the interaction between individual rights and state action. It concludes that undercover operations are an essential strategy in the fight against organized crime, necessitating innovative techniques to overcome the limitations of traditional methods. The proposed model of dynamic garantism seeks to balance the protection of fundamental rights with the effectiveness of state actions, employing the principle of proportionality to reconcile public security with the rights of investigated individuals.

Keywords: Principle of Proportionality, Dynamic Garantism, and Agent Infiltration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DA GLOBALIZAÇÃO SÓCIO-ECONÓMICA E DA CRIMINALIDADE DE ALTO NÍVEL	10
1.1. GLOBALIZAÇÃO E SISTEMA PENAL	10
1.2. CRIMINALIDADE ORGANIZADA: DOS CARACTERES GERAIS À FORMAÇÃO DE ALIANÇAS DELINQUENTES	20
1.3. DAS CONEXÕES MANTIDAS JUNTO AO EDIFÍCIO PÚBLICO AO DESPISTAMENTO VIOLENTO DOS CLÃS DELINQUENTES	36
2. DAS COORDENADAS FUNDAMENTAIS ENFORMADORAS DE UMA POLÍTICA CRIMINAL POLIVALENTE AO POPULISMO-EMERGENCIALISMO PROCESSUAL PENAL	43
2.1. DAS FORÇAS PROCESSUAIS EM DISPUTA EM MEIO A UM GARANTISMO INTEGRAL.....	43
2.2. DA ZONA DE EQUILÍBRIO PROCESSUAL – A MATRIZ ENFORMADORA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL POLIVALENTE.....	57
2.3. DA NECESSÁRIA CONCORDÂNCIA DOS INTERESSES CONTRAPOSTOS.....	64
2.4. TÓPICOS DE UMA POLÍTICA CRIMINAL ENDURECIDA E VOLTADA A INIMIGOS	70
2.5. DAS MANIFESTAÇÕES EMERGENCIALISTAS NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL.....	79
3. DO IMBRICAMENTO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COM O <i>NEMO TENETUR</i>: TRATAMENTO DOS IMPERATIVOS DE PROTEÇÃO ESTADUAL EM MEIO AO DEBATE DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS	86
3.1. DIMENSIONALIDADE OBJETIVA JUSFUNDAMENTAL: PROGRAMAS DE PROTEÇÃO ESTADUAL QUE RISCAM A TEXTURA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL	86
3.2. DELINEAMENTOS INICIAIS DE UM CONFLITO ANUNCIADO	95
3.3. DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES: CARACTERES GERAIS	101
3.4. DA FORMA DE ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS.....	114
3.5. LIMITAÇÕES POSTAS À ATIVIDADE DE INFILTRAÇÃO: A QUESTÃO DOS AGENTES PROVOCADORES E A POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ACTOS TIPIFICADOS PENALMENTE.....	126

3.6. NEMO TENETUR: PROCEDÊNCIA NORMATIVA E CARACTERES GERAIS	133
3.7. DAS COMPONENTES DO NEMO TENETUR: DIREITO AO SILÊNCIO E PRERROGATIVA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO.....	139
3.8. DO EXAME DE PROPORCIONALIDADE (<i>LATO SENSU</i>).....	147
3.9. DAS MÁXIMAS OU SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE	154
CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

INTRODUÇÃO

O presente estudo buscará compreender o instituto da infiltração de agentes em meio à complexidade da realidade criminológica contemporânea, uma realidade marcada especialmente pela atuação organizada de grupos delinquentes que, ao operarem sob a utilização de alianças ou isoladamente, em terreno transnacional ou doméstico, acendem um rastilho de pólvora na ambiência da vida em prejuízo de uma boa cópia de bens jurídicos considerados essenciais à vivência social.

Conforme demonstraremos inicialmente, em presença da dinâmica oferecida pela globalização sócio-económica, e diante do arsenal tecnológico de ponta de que dispõem, tais grupos recolhem impulsos e facilidades para expandirem as rotas e o volume de atividades criminais que, naturalmente, pela danosidade instaurada no mundo-da-vida, são entregues à indispensável contenção de políticas criminais. É, pois, num terreno de intensa e franca circulação de bens, pessoas, serviços e capitais que o crime organizado desafia os sistemas de justiça criminal mundo afora, desde o tráfico de estupefacientes, de armas e de pessoas, passando por incidências penais em desfavor da Administração Pública, exsurge assim um contexto de necessário enfrentamento onde a inteligência de pacotes político-criminais adstritos estarão a conceber meios de obtenção de prova adequados às perplexidades desencadeadas pela atuação organizada dos citados grupos.

Naturalmente, a consubstanciar a infiltração meio de obtenção de prova altamente eficaz em relação ao propósito de recolher informes sobre a estrutura, eventuais alianças e práticas da criminalidade organizada, visto que através deste meio operacionais da investigação são inseridos no seio destes clãs e aí obtém material informativo apto a auxiliar a inteligência persecutória, é natural pensá-lo, dizíamos, que tal técnica entra no centro das discussões jurídicas levantadas na atual quadra de enfrentamento político-criminal.

Pois bem, ao caracterizarmos esta criminalidade dita de alto nível, centraremos que as articulações espúrias mantidas por tais entes com órgãos da burocracia estatal, bem como o desencadeamento de alianças criminosas entre grupos vizinhos que assim auxiliam-se mutuamente, ao centrarmos tais caracteres, íamos dizendo, deixaremos em resalto que um conjunto de dificuldades decorrentes da operatividade da criminalidade organizada se faz sentir no decurso da atividade de investigação criminal, dificuldades que tornam os tradicionais meios de produção probatória insuficientes ante o desafio que à investigação cabe afrontar, seguindo-se disto a indispensabilidade de técnicas investigativas mais onerosas em termos de restrições jusfundamentais serem inseridas nos corpos legislativos em ordem a suprir-se um dever de

proteção eficiente que é inerente aos bens jurídicos efetivamente abalroados ou postos em situação de periclitância.

Postas as coisas neste pé, bem definida a voga de deveres de proteção ou imperativos de tutela no ambiente da persecução penal, deveres estes que defluem de uma dimensão objetiva das normas jusfundamentais, a infiltração será apresentada e devidamente esquadrinhada em sua forma de implementação prática que, convém timbrar aqui de imediato, impõe limitações a direitos e garantias das individualidades submetidas ao compasso da investigação criminal.

A focalizarmos tais restrições, a título de bem especificarmos o fenómeno, cuidaremos com alguma detença do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou *nemo tenetur se detegere*, apresentando na altura apropriada as faculdades jurídicas inscritas na programação normativa do dito cânone, faculdades estas que, autorizada a infiltração no curso das relações interpessoais do grémio delinquente, estarão em situação de restringibilidade, vale dizer, estarão visivelmente sob compressão ante os interesses persecutórios que subjazem à investigação em andamento, donde a necessidade de levantarmos vigorosa análise que tenha em linha de conta o método de aplicação jurídica (princípio da proporcionalidade) que iremos sugerir em tal seara de conflito de interesses, afinal, vis-à-vis, estarão normativas principiológicas afeitas às individualidades investigadas e proeminentes interesses comunitários que a perseguição criminal deve escoltar num ambiente de tutela eficiente.

Em face de uma conflitualidade assim delimitada, uma conflitualidade que encarna o embate de normas-princípios em estado de antagonismo concreto, na parte derradeira da pesquisa será examinado o instrumental oferecido pelo princípio da proporcionalidade, ensejo em que colocaremos a infiltração de agentes diante do *nemo tenetur* e apresentaremos o método de concretização jurídica que, seccionado em três fragmentos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), avocará para si a resolução do impasse — talvez melhor, oferecerá coordenadas que orientarão o decisor jurídico a estipular em meio à aplicação conjunta das normas em tensão uma relação de precedência condicionada entre as mesmas, cujo efeito prático será revelado em termos que fazem preponderar, nos estritos limites do caso sob apreciação, uma normativa em face da outra.

Ao fim e ao cabo, bem exposta que estará a metodologia de trabalho que deságua na citada relação de precedência, concluiremos no sentido de que a infiltração oferecerá campo fértil à configuração de uma prática garantista polivalente, vez que, embora afirmada a prevalência ocasional de um cânone principiológico em face de seu antagonista, no bojo do procedimento intelectualivo acima, conforme demonstraremos à saciedade, buscar-se-á a preservação dos dotes normativos, melhor seria dizê-lo: das faculdades normativas aplicáveis,

ou seja, as faculdades do princípio então sob restrição, as quais, por um vetor de interpretação que preconizará uma concordância prática, devem restar operantes no máximo grau possível diante da preponderância assinalada.

1. DA GLOBALIZAÇÃO SÓCIO-ECONÓMICA E DA CRIMINALIDADE DE ALTO NÍVEL

1.1. GLOBALIZAÇÃO E SISTEMA PENAL

A tecer considerações a respeito do mercado dito globalizado, Ulrich Beck ensina que a conceção que rege o funcionamento das práticas económicas dá lastro a um verdadeiro imperialismo da economia, sob a batuta do qual “as empresas impõem as condições” (Beck, 1999, p. 28) desde as quais as próprias empresas poderão “otimizar suas metas” (Beck, 1999, p. 28).

Com efeito, finda a polarização oriunda da Guerra Fria, ao tempo em que se observa o ocaso do modelo do Estado Providência, fixa-se o capitalismo neoliberal como parâmetro hegemónico que marca o seguimento da história, em cujo espaço de operação, já então caracterizado pelo livre trânsito entre as fronteiras dos Estados, observa-se a dinâmica de corporações transnacionais num processo de acumulação de capitais e projeção de influência sobre as esferas de decisão política.

Nas palavras de Alberto Silva Franco, é próprio deste capitalismo moderno a viabilização de uma arena operacional de abrangência mundial, em cujo âmbito os atores empresariais ditam as próprias regras e, bem por isso, ostentam “enorme força de propagação” (Franco, 2000, p. 187), a qual tende a superar “o controle de toda e qualquer agência estatal” (Franco, 2000, p. 187).

Assim, embora intactas as fronteiras e afirmadas em tese as soberanias do conjunto de Estados-nações, inexistem, sob a luz da nova ordem, espaços trancados à chave e hostis à mobilidade de capitais, bens, serviços e pessoas, mobilidade esta que, compondo o plano de ação de imponentes entidades transnacionais, propicia a abertura de novos mercados, lucro sem solução de continuidade e um crescente esmorecimento das regulamentações estaduais tendentes ao estabelecimento de controlos face à dinâmica económica então em marcha.

Como consequência, afirma-se que estamos em face de um “capitalismo global desorganizado” (Beck, 1999, p.33), significando tal expressão que os protagonistas de então — quer dizer, o poder económico das transnacionais — vogam à míngua de um “poder hegemónico ou regime internacional económico ou político” (Beck, 1999, p. 33) que lhes estabeleça regramento no espaço global de atuação negocial.

Mouraz Lopes, acerca da imposição dos “atores económicos” (Lopes, 2020, p. 22), os quais são “vistos como uma espécie de dogma” (Lopes, 2020, p. 22), verdadeiros “personagens

intocáveis” (Lopes, 2020, p. 22), afirma que estes interferem decisivamente sobre a formulação de agendas públicas e, por arrasto, sobre a vida concreta dos povos, donde o acerto de Anabela Miranda Rodrigues e Jónatas Machado ao concluírem que “as grandes empresas transnacionais desterritorializadas” (Rodrigues; Machado, 2016, p. 124) desempenham o “papel de atores primários da globalização” (Rodrigues; Machado, 2016, p. 124), que “o poder real e invisível de definir as agendas políticas globais” (Rodrigues; Machado, 2016, p. 124) encontra-se sob a fortaleza das ditas empresas, restando aos Estados — “atores secundários” (Rodrigues; Machado, 2016, p. 124) — tão-somente atuar “de forma visível” (Rodrigues; Machado, 2016, p. 124) os projetos e diretrizes concebidas pela “posição de super-hegemonia” (Rodrigues; Machado, 2016, p. 124) alcançada pelos imponentes conglomerados económicos.

Zaffaroni propõe que devemos distinguir duas aceções a respeito do designativo globalização: de um lado, este deve ser entendido enquanto “*ideología legitimante*” (Zaffaroni, 2000, p. 72) que engendra o “*pensamiento único*” (Zaffaroni, 2000, p. 72) de nosso tempo; de outro, a aceção que toma o termo como indicativo de um “*hecho de poder*” (Zaffaroni, 2000, p. 72), isto é, um “*nuevo momento de poder planetário*” (Zaffaroni, 2000, p. 72). Neste discurso, o pensamento único referido é a ideologia prevalecente que desempenha uma “*función legitimante de las ventajas*” (Zaffaroni, 2000, p. 73) que os protagonistas do momento obtêm, é dizer, as forças económicas do mercado que, num plano supranacional falto de limites, exercem um poder planetário dotado de características marcantes.

A concordar com o autor argentino, cremos que o poder económico globalmente posto — e ideologicamente respaldado — é de facto um poder planetário da contemporaneidade que arrasta consigo um potencial de interferência sobre o mundo-da-vida que aqui merecerá minuciosas considerações, sobressaindo desde logo nesta contextura uma implicação política de maior, ou seja, “*la impotencia del poder político nacional frente ao económico globalizado*” (Zaffaroni, 2000, p. 75), impotência que, no âmbito doméstico dos “Governos nacionais” (Vieira de Andrade, 2016, p. 243), limita a atuação estatal à “privatização sistemática das actividades económicas e dos serviços de interesse geral” (Vieira de Andrade, 2016, p. 243) e a uma “incipiente regulação da economia” (Vieira de Andrade, 2016, p. 243).

Avelãs Nunes refere o “projecto político” (Nunes, 2003a, p. 60) impulsionado pelos “poderes dominantes” (Nunes, 2003a, p. 61) como a concreção de uma firme e bem delineada “ideologia dominante” (Nunes, 2003a, p. 61) — ou seja, a ideologia da globalização —; diante de tal compreensão, o autor recusa a falácia de que a era globalizante é “deterministicamente resultante da evolução tecnológica” (Nunesa, 2003, p. 60), ou, mais claramente, recusa o

tratamento da globalização enquanto decorrência inexorável dos meios técnicos avançados pela produção capitalista¹.

Em prosseguimento, verifica-se que a consolidação das bases do capitalismo neoliberal, despoletado pelas alturas dos anos 1980, encontrou suporte e vetor de desenvolvimento no emprego massivo de emergentes tecnologias que então anunciavam o progresso da ciência nas áreas da informação, comunicação e transportes, progresso que, por certo, repercutiu na própria grandeza da produção mercadológica e no montante dos lucros advindos.

Em meio à importância e ao papel deste desenvolvimento tecnológico, destaca-se o emprego da Internet no contexto da globalização, por via do qual, abertas as “autoestradas da informação” (Torrão, 2014, p. 62), é possível falar na existência de uma “aldeia global” (Torrão, 2014, p. 62) ou “planetária” (Torrão, 2014, p. 62), que conecta em espaço de segundos a humanidade e alavanca o processo de difusão da informação.

Como já teremos oportunidade de ver, a difusão do progresso tecnológico e a constituição de um espaço de atuação desprovido de limites geográficos e barreiras políticas avançaram o incremento de uma criminalidade altamente organizada, de cujos contornos e desdobramentos — que lesionam ou põem em risco de lesão bens jurídicos essenciais à existência comunitária — trataremos adiante; para já, observamos que as forças económicas souberam transformar em mola propulsora os novos ventos globalizantes e a alta voltagem dos fluxos de comunicação abertos pela ciência, de sorte que exponenciaram as suas ações transnacionais — decerto facilitadas pelas autoestradas atrás referidas — e cresceram em termos de lucro e expansão de rotas de operação mundial.

Assim, a permeabilidade das fronteiras — fator de mobilização e trânsito livre de capitais vultosos —, o acúmulo destes últimos e o avanço da produção tecnológica fomentaram a consolidação da prática capitalista neoliberal, a qual, por consequência, vai render efeitos nos mais diversos aspetos da vivência social e por todos os quadrantes mundo afora.

Como já ressaltado, de entre os inúmeros efeitos sentidos no contexto que estamos a descrever, destaca-se a “desregulamentação do setor financeiro” (Cunha Rodrigues, 1999, p.10) — em prol da já citada mobilidade de capitais —, que conduziu ao “desenvolvimento de mercados financeiros mundiais” (Cunha Rodrigues, 1999, p.10) e, de ricochete, operou “a transferência do poder dos governos para os mercados financeiros” (Cunha Rodrigues, 1999, p. 10). Efetivamente, o pavimento propiciado à performance dos conglomerados transnacionais

¹A propósito da matriz ideológica que dá cobertura à prática neoliberal, podemos resumi-la na eloquente tradução do próprio Avelãs Nunes, segundo a qual “tudo aquilo de que a humanidade precisa é um mercado livre, que o resto vem por si” (Nunes, 2003b, p. 121).

implicou uma avalanche de pressão sobre os Estados, os quais, sobre serem colocados como “reféns da lógica insaciável do liberalismo económico” (Braz, 2020, p. 296), resultaram submetidos a uma lógica de “desregulamentação da economia e dos mercados” (Braz, 2020, p. 296).

Na prática, houve um “esbatimento do papel do Estado na economia” (Nunes, 2003b, p. 82), donde a ausência de controlo das forças económicas e a sedimentação da economia como um tópico a ser “regulado pelas leis naturais do mercado” (Nunes, 2003b, p. 82)².

Diante disso, é fácil percebemos que o encurtamento da faculdade de regulamentação é expediente que visa o curso infrene de capitais no bojo de um tabuleiro de competição económica cujo índice de desenvolvimento das economias nacionais que operam no mesmo é apurado segundo o fluxo financeiro do capital que está à volta e apto ao investimento, donde o estiolamento do Estado no seu mister regulador das transações económicas e, inclusivamente, na sua incumbência de prover o atendimento de necessidades sociais.

Vê-se bem, igualmente, que a desregulamentação ínsita à globalização — na redução ou eliminação das cobranças alfandegárias que acarreta — implica uma natural desproteção dos mercados domésticos que, assim, ficam sujeitos a uma concorrência estrangeira difícil de suplantar — sobretudo no caso dos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento —, donde o aumento do desemprego e da miséria que surgem como desdobramentos consequentes.

Com muita explicitude a respeito do ponto, Jean Ziegler, na obra *Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia* (1999, p. 27), aduz que o desempenho da economia globalizada — em razão do qual o “planeta inteiro torna-se [...] um gigantesco mercado” (Ziegler, 1999, p. 27), um autêntico palco de renhida competição a envolver todos os povos e nações — põe os “Estados do Terceiro Mundo” (Ziegler, 1999, p. 27) em acesa disputa por investimentos estrangeiros oriundos de grandes empresas, donde a estratégia de desregulamentação da economia que é operada como meio de atração dos sobreditos investimentos e como chamariz na competitividade protagonizada entre os diversos países.

Do lado dos países europeus, há igualmente um páreo no espaço do qual as megaempresas deslocam os seus centros de produção e comando atentas ao atingimento de um “efeito de retorno bastante perverso” (Ziegler, 1999, p. 27), o qual consiste em que os Estados

²Cuidando deste aspeto, Ferrajoli refere que há “uma ausência de regras, de limites e de controlos sobre os grandes poderes económicos transnacionais” (Ferrajoli, 2003, p. 13); mais ainda, aponta que a globalização implica “um vazio de direito público no qual evoluem livremente formas de poder neo-absolutistas cuja única regra é a lei do mais forte” (Ferrajoli, 2003, p. 13).

em competição, como a colar atrativos às próprias condições, procedem a desregulações que, afinal, atendem aos interesses e especulações do mercado.

Está claro, então, que as multinacionais atendem à “estrutura jurídico-política do local” (Anabela Miranda Rodrigues, 2020, p. 29) onde pretendem deslançar o “investimento e volume de negócios” (Rodrigues, 2020, p. 29) determinantes para a “estabilidade económica e social de determinados países” (Rodrigues, 2020:29), donde a competição global que dita a abertura de vantagens pelos Estados traduzidas em desregulações que, no fim de contas, colocam estes mesmos em condição de submissão e a serviço do poderio das grandes empresas.

Resulta imediatamente apreensível, igualmente, que a assunção de um modelo de Estado — “simples gestor da competitividade económica” (Alves, 2005, p. 28) — que é mínimo ou absenteísta no campo da assistência social e na formulação de intervenções económicas inclusivas de estratos desfavorecidos e promotoras do mercado interno, a assunção deste modelo, estávamos a dizer, produz acentuados nós górdios na ambiência social que repercutem em cheio no sistema penal e processual penal.

Dito de um jato: o acréscimo da pobreza, a explosão meteórica das desigualdades socioeconómicas — fruto da ausência de políticas de inclusão que caracteriza a engrenagem neoliberal, que “os Estados são levados à desmontagem gradativa da rede de garantias da segurança social” (Alves, 2005, p. 211) — desembocam na falta de perspectivas de setores marginalizados e na consequente criminalidade de rua ou de massas³, geradora de forte sentimento de insegurança no conjunto da população que, reagindo passionalmente, demanda a implantação de um Estado punitivo, é dizer, destro na intervenção penal e na perseguição do crime.

A ideia crucial a reter é que o naufrágio do Estado Providência fomentou a exclusão social mundo afora, ou seja, a afirmação da globalização acarretou uma “nova geografia de exclusão social” (Castells, 2012, p. 195) que “compreende vastas áreas do globo” (Castells, 2012, p. 194).

Não à toa, Manuel Castells ensina que este processo de exclusão social determinou a formação de “buracos negros do capitalismo informacional” (Castells, 2012, p. 192), é dizer, a formação de espaços ao redor do mundo nos quais “não há escapatória da dor e da destruição” (Castells, 2012, p. 192) em relação àqueles segmentos e territórios inteiros que são considerados

³ Estamos a aludir à “criminalidade dos que vivem à margem da sociedade e em exclusão social” (Díez Ripollés, 2007, p. 569), ou seja, à “criminalidade habitual de pouca monta, que centra as suas actuações nos crimes patrimoniais” (Díez Ripollés, 2007, p. 569), mediante a prática dos quais as individualidades envolvidas “esperam obter as oportunidades de vida que em geral a sociedade não lhes oferece”. (Díez Ripollés, 2007, p. 569)

irrelevantes pelo capitalismo predatório, aqueles, enfim, que não encontram modo de penetrar no e bem viver o modelo de funcionamento global e competitivo do neoliberalismo.

Logo, é possível concluirmos que a globalização é produtora de “desemprego estrutural” (Alves, 2005, p. 160) e aconselha o “desmantelamento das instituições da previdência social” (Alves, 2005, p. 160), donde a produção de uma criminalidade de rua e, na esteira das consequências deflagradas nesse processo, a formulação de políticas criminais por que o direito penal e o processual-penal são utilizados como varinha de condão a título de a estancar a sangria social existente, donde o discurso de maior expansão e recrudescimento destes sensíveis setores do ordenamento jurídico.

Faria Costa observa a existência de discursos de “menos Estado social” (Faria Costa, 2010, p. 57) e “mais Estado punitivo” (Faria Costa, 2010, p. 57), isto é, um discurso que enaltece a projeção do direito penal e a inserção de um processo penal eficiente num quadro sócio-económico em que o assistencialismo do Estado é sensivelmente mitigado. Esclarece o doutrinador que a pregação de menos intervenção constitui um lado da “posição programática” (Faria Costa, 2010, p. 57), pois que a mesma envolve outro invariável aspeto, traduzido na afirmação de “glória ao Estado punitivo” (Faria Costa, 2010:57).

Do que fundamentalmente se trata é da “demissão do Estado Social” (Bravo, 2008, p. 56) aliada à projeção do expediente punitivo a título de enfrentar problemas que seriam encarados a contento através de intervenções de outra ordem, vale dizer, de matiz assistencial e promotora de melhores perspectivas substanciais, intervenções, em suma, que reajam aos efeitos colaterais funestos da mundialização da economia⁴.

Neste sentido, as políticas de “*seguridad nacional*” ou “*seguridad ciudadana*” (Muñoz Conde, 2011, p. 115) — de entre outras designações utilizadas mundo afora — constituem válvula muito comum por via da qual Estados autoritários — ou em quadras autoritárias de Estados de Direito — restringem direitos fundamentais à larga em prol de uma maior eficácia frente à desordem, à insegurança, enfim, frente a pretextos que em comum ostentam consigo o gérmen da periculosidade e da violência.

Deveras, o “atual discurso político” (Militão, 2015, p. 142) aborda o fenómeno da criminalidade em linguagem que põe em destaque a “criminalidade violenta” (Militão, 2015, p. 142) e o “terrorismo” (Militão, 2015, p. 142) — quanto a este último, sobretudo na sequência dos ataques de 11 de setembro de 2001 —, não havendo nesta mensagem referências às “causas

⁴ A constatação acabada de referir é bem traduzida pela inteligência de Pérez Cepeda, segundo a qual “una de las consecuencias de la globalización es que los estados nacionales ya no gobiernan, sino que sólo gestionan las consecuencias negativas del proceso de globalización económica”. (Cepeda apud Sanz Mulas, 2012, p. 124).

económicas, sociais, culturais e políticas” (Militão, 2015, p. 142) que subjazem à realidade criminosa, a qual, sem detença, é tratada sob uma “perspetiva essencialmente moral” (Militão, 2015, p. 142), para cujo enfrentamento é preconizado um sistema securitário e pronunciadamente punitivo.

Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar cuidam do “discurso público de segurança cidadã como ideologia” (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2003, p. 59), o qual, permeando o imaginário coletivo e constando no fraseado demagógico dos políticos, apela para políticas criminais dotadas de especiais sancionamentos penais e redução de garantias processuais penais.

Semelhante discurso pressupõe uma difusão da insegurança catapultada pela grita popular e pela atividade dos meios de comunicação social, fatores que, provindos de um sentimento ubíquo e vago de insegurança, conferem ao direito penal a correção dos efeitos daninhos causados pelo funcionamento neoliberal da economia; o medo, pois, vem servindo de esteio à exasperação da normativa penal e à tessitura de pacotes político criminais nos quais a segurança pública é mitificada e tida como alvo a ser atingido a qualquer preço.

Sob tal compreensão, a constatação empírica de que o nível de criminalidade vai em aumento ou mesmo a mera sensação subjetiva de insegurança são bastantes para assentar que o vulto ameaçador que ronda a vivência coletiva é o oráculo de definição⁵ das estratégias político criminais e nada mais ostenta relevância, sendo prescindível ou substituível, portanto, o legado proveniente do sistema de direitos humanos que caracteriza nossa tradição jurídica clássica.

Ora, é razoável intuir que a expansão do direito penal e a redução automática de normas processuais de feitiço garantista não rendem o efeito de um elixir mágico que tudo transforma e tutela — “o aumento do rigor do Direito Penal é marcante” (Hassemer, 2008, p. 298) nos dias que correm, “mas sua capacidade de resolver os problemas a que é chamado não está provada” (Hassemer, 2008, p. 298) —; a citada ideologia da segurança urbana e o discurso político que a canaliza, portanto, não constituem chave de solução adequada frente ao complexo panorama criminológico que de facto desafia o nosso tempo e põe as políticas criminais mundo afora em polvorosa⁶.

⁵ Ilustrativamente, pode-se dizer que “o poder punitivo é projetado midiaticamente em nossos dias com o caráter de um ídolo onipotente (falso Deus) capaz de resolver todos os problemas e eliminar todo o indesejado.” (Zaffaroni, 2020, p. 23).

⁶ Com penetração, Luiz Flávio Gomes constata que sempre foi muito conveniente o emprego da “forma mais econômica e, muitas vezes, mais demagógica (simbólica) de dar uma resposta estatal popular (ilusória) ao problema da delinquência” (Luiz Flávio Gomes; Raul Cervini, 1997, pp. 38-39), tal resposta pressupõe a mitificação do sistema penal, que não considera a complexidade do fenómeno, um fenómeno para cujo enfrentamento é mister um conjunto de soluções que reúnam estratégias diversas, como exemplo, a conjunção de “políticas econômicas justas” (Gomes; Cervini, 1997, pp. 38-39) com a reconfiguração de setores do ordenamento

Ao invés, a alimentar-se tal perspectiva, poderá estar-se a formatar um “estado de polícia sob a forma de ditadura da segurança urbana” (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2003, p. 59) que desfere “graves ameaças ao estado de direito contemporâneo” (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2003, p. 59) e não percebe o flagelo da concentração de riqueza em meio à crise do Estado Social de Direito, donde o delineamento de um gendarme policial voltado à perseguição dos excluídos.

A esta luz, não surpreende a consideração doutrinal que, tratando do sujeito considerado nocivo ao contexto social, assevera que o “Estado punitivo” (Faria Costa, 2010, p. 66), acionado nesta condição, “diaboliza” (Faria Costa, 2010, p. 66) os que “as circunstâncias da vida encaminharam para a senda da chamada carreira criminosa” (Costa, 2010, p. 66).

Na continuação de seu estudo, Zaffaroni, em *Globalización y Sistema Penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana* (1997, p. 18), ensina que superada a chamada “ideologia de guerra” da “seguridad nacional” (Zaffaroni, 1997, p. 18) — vigente à época da Guerra Fria em América Latina e orientada contra os que se opunham aos valores do capitalismo —, levantou-se uma “nueva etapa de dominación planetária” (Zaffaroni, 1997, p. 18), a já citada “ideología de la seguridad urbana” (Zaffaroni, 1997, p. 18), que impõe um “control social punitivo” (Zaffaroni, 1997, p. 18) em face dos excluídos dos benefícios da economia globalizada.

Assim, conforme entende o autor acima, o sistema penal emergente da globalização avança o seu controlo social no sentido de atingir os excluídos do cenário de competição capitalista — “incapaces de competir debido a su desorden y menor nivel moral” (Zaffaroni, 1997, p. 19) —; tendo tal sistema como “instrumentos ejecutivos” (Zaffaroni, 1997, p. 19) as agências policiais “o las militares en función exclusivamente policial” (Zaffaroni, 1997, p. 19)⁷.

Toda a análise que aqui desenvolvemos é discernível a partir da súmula segundo a qual o “afastamento do Estado do setor social” (Lopes JR., 2015, p. 42) demanda um “Estado (mais) penal para conter a decorrente marginalização social” (Lopes JR., 2015, p. 42), desconsiderando-se, a esta luz, que “la mejor Política criminal es una buena Política social”

penal e processual penal tidos por vetustos. A professar semelhante sentido, vai a linha exposta por Zacharias Toron, segundo cujo parecer “a boa política criminal” é a que mantém laços “com medidas de caráter econômico e social que, atuantes a médio ou longo prazo, têm o condão de incidir sobre as causas da criminalidade.” (Toron, 1996, p. 143).

⁷ Nieves Sanz Mulas compartilha da compreensão citada e, observando uma “metamorfosis del Derecho Penal” promovida na era da globalização, observa que a mesma é calibrada para “gestionar mayores niveles de exclusión y de conflictividad social” (Sanz Mulas, 2012, p. 124), fazendo-o, nota a autora, mediante a exasperação do controlo dos extratos desfavorecidos pelo modelo econômico neoliberal. Por outras palavras, o aparato penal é tomado como ferramenta de combate ao fenómeno da “criminalidade dos excluídos” (Bravo, 2008, p. 56).

(Muñoz Conde, 2011a, p. 869), ou seja, uma política traduzida num conjunto de expedientes estaduais que promovam uma “*más justa redistribución de la riqueza*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 869) no campo-da-vida em que operante a economia e a vivência social⁸.

A lógica que está por trás desta realidade é trivial: “aqueles que não possuem capacidade para estar no jogo” devem ser — pelas mãos de um “Estado Penitência” — “detidos e neutralizados”, já que é mais útil e menos dispendioso “excluir e encarcerar do que restabelecer o status de consumidor” (Lopes JR., 2015, p. 41-42) mediante o implemento de políticas públicas de viés social.

Uma política criminal assim edificada é expressão do “velho mecanismo do bode expiatório” (Ferrajoli, 2003, p. 15), já que descarrega sobre o dorso dos pequenos delinquentes — os estratos desfavorecidos do tecido social — as “inseguranças, as frustrações, e as tensões sociais não resolvidas” (Ferrajoli, 2003, p. 15) pela inteligência neoliberal dos mercados. Numa ilustração, diríamos que o sistema penal — musculado, definido em tom securitário — surge à luz para recolher o pó e, assim, tornar factível o teatro neoliberal em cujo enredo as lógicas do mercado são as únicas protagonistas.

Alberto Silva Franco, a este propósito, é incisivo: o braço forte do direito penal — e a redução de direitos e garantias processuais penais, acrescentaríamos à lição do autor —, mesmo à custa de importantes normativas jusfundamentais, tem o objetivo de “difundir o medo e o conformismo” (Franco, 2000, p. 209) no espírito dos “descartáveis do fenómeno globalizador” (Franco, 2000, p. 209), punindo-se penalmente com o escopo de sancionar “a falta de lealdade ao sistema de mercado” (Franco, 2000, p. 209) e, dizendo-o com precisão, despersuadir perturbações a este mesmo esquema económico.⁹

Assim, ante a premissa de que “é mais fácil alterar as leis do que alterar as realidades que lhe subjazem” (Germano Marques da Silva, 2006, p. 301), estamos a assistir o desenho de uma nova configuração do sistema penal e processual-penal que, se não for bem observada pela dogmática respetiva, corre o risco de infundir uma normativa predestinada exclusivamente à segurança pública e coisificadora do ser humano, uma normativa que, em nome da eficiência

⁸ É, pois, de salientar a sugestão que preconiza a identificação dos fatores que aconselham uma “mudança de paradigma penal” (Valente, 2017, p. 77), ou seja, a busca da perceção das situações fáticas problemáticas desde as quais é proposta a dita mudança paradigmática; assim, antes de alterar-se o modelo penal, deve ser indagado se “a ausência de intervenção do Estado nos problemas económico-sociais” (Valente, 2017, p. 77), a “anomia societária face à onda criminógena” (Valente, 2017, p. 77), de entre outros fatores citados, são, ou não, os verdadeiros fatores dos quais decolam as situações problemáticas em relação às quais é dado ao sistema penal enfrentar em primeira linha.

⁹ Aliás, fala-se mesmo que o “declínio do Estado social” (Franco, 2009: 333) – combinado com a musculatura de um direito penal propenso à “criminalização da miséria” (Franco, 2009: 333) – significou uma “ampla institucionalização da exclusão social” (Franco, 2009: 333).

processual e da punição incontida, relativiza sem a observância de critérios direitos fundamentais que são expressões normativas garantistas do ser humano e herdeiras de nosso acervo jurídico-cultural iluminista.

A referir o contexto acima, afirma-se que a atual quadra político criminal promove um “*desmantelamiento*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 869) dos princípios que cimentam o Estado de Direito; ou seja, os “*tiempos de cólera que vivimos*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 867) — mediante o emprego de “*leyes de excepción que conculcan derechos fundamentales*” (Conde, 2011a, p. 868) — têm sido colocados como justificativas para o levantamento de uma normativa vocacionada à luta — designadamente no contexto dos desafios atirados pelo terrorismo e pelo dito crime organizado, em relação aos quais contramedidas normativas são empunhadas a título de produção de um enfrentamento eficiente.

O que fica dito pode ser bem sublinhado por metáfora que refere a letalidade com a qual efetivamente se atua perante um conjunto de direitos fundamentais no bojo dos pacotes políticos criminais de nosso tempo. É que tal expressão tem o dom de invocar a ideia de um “*Estado de Desecho*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 869) — pois que implodidos direitos jusfundamentais na luta anticrime —, um Estado, enfim, que só é capaz de gerar “*una paz débil y triste*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 869), próxima à paz “*de los cementerios*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 869) e distante de um ideal de promoção de fundamentalidades normativas.

A nosso pensar, a ilustração é bem-sucedida e traduz que o citado “*Estado de Desecho*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 869) — a partir de cujos escombros se intenta atingir segurança pública a qualquer custo — projeta resultados político-criminais nos quais a letalidade desferida contra uma soma de direitos fundamentais é traço marcante e insuscetível de propinar “*una vida civil alegre y confiada*” (Muñoz Conde, 2011a, p. 869).

Aqui chegados, sublinhado um primeiro aspeto que efetivamente encontra assento nas fórmulas de políticas criminais ministradas no espaço mundial globalizado, na sequência do trabalho pretendemos desenvolver que o cenário montado pela globalização — ou antes, o potencial por ela aberto — semeou as condições por via das quais surge a lume a chamada macrocriminalidade ou criminalidade organizada, a qual, como veremos, fez surgir na dogmática penal e processual penal novas reflexões e situações problemáticas a resolver, figurando neste quadro com muita nitidez a equação jurídica que envolve os agentes infiltrados e a restrição operada por tal expediente ao nível do *nemo tenetur*, a qual é o objeto central de nosso estudo e orientará a sequência da exposição.

1.2. CRIMINALIDADE ORGANIZADA: DOS CARACTERES GERAIS À FORMAÇÃO DE ALIANÇAS DELINQUENTES

Como já deixamos entrever, instalado o cenário da economia neoliberal, salta à luz um circunstancialismo propício por amor do qual “*grupos de personas que buscan el lucro económico a través de la comisión de delitos*” (Inchausti, 2001, p. 3) atingem um circuito de operação despidido de limites geográficos, um circuito em que o roteiro de ação criminal pode ser concebido em domínio diferente do paradeiro onde efetivamente é levada a cabo a execução delitiva, um circuito que tem atrás de si “*un entramado de elementos personales, materiales y patrimoniales*” (Inchausti, 2001, p. 03) preordenados ao conseguimento de valores vultosos, não havendo precedentes na história das análises criminológicas a propósito do lucro atualmente enfeixado por tais agremiações.

Com efeito, a voga de um mercado globalizado e as novas tecnologias disponíveis oferecem possibilidades de atuação lucrativa e mundial às estruturas coletivas montadas para a prática de ações nos mais diversos campos de atuação criminoso¹⁰. Dizendo-o abertamente, a nova criminalidade então emergente “pode considerar o mundo inteiro como um terreno de operação” (Anabela Miranda Rodrigues, 2012, p. 50); afirmação que, embora impressiva, não constitui superlativo algum, já que “o enorme aumento de mobilidade e a remoção em grande escala de controlos de fronteiras” (Hobsbawm, 2008, p. 132) por todos os lados dificultaram grandemente a atividade dos governos de “controlar o que entra e sai” (Hobsbawm, 2008, p. 132) de suas respectivas circunscrições; demais disso, a “incapacidade dos Estados para controlar ou até monitorar as transacções financeiras internacionais” (Hobsbawm, 2008, p. 133) é fator que conspira a favor da economia ilegal.

É indubitável que o atual desenvolvimento tecnológico facilitou o acesso ao crime e a sua respetiva expansão territorial, proporcionou a sofisticação de meios e técnicas¹¹ que impregnou a atividade de uma “criminalidade hiper-organizada” (Faria Costa, 2009, p. 137),

¹⁰ É indesmentível que tal fenomenologia extraiu operatividade “da estonteante rapidez do ciberespaço, do anonimato e da desregulamentação que hoje caracterizam o funcionamento dos mercados e as relações económicas mundiais”. (Braz, 2020, p. 300)

¹¹ “Fenómeno facilitado pelo desenvolvimento tecnológico” (Anabela Miranda Rodrigues, 2017, p. 46), o tráfico de pessoas tem extraído proveito e ignição do desenvolvido sistema eletrónico das redes sociais, “cada vez mais utilizadas como instrumentos de recrutamento” (Anabela Miranda Rodrigues, 2017, p. 46) da matéria-prima desse odioso comércio criminoso, ou seja, as vítimas sobre as quais recai a ação delitiva; para mais, a universalização da rede mundial de computadores interligados “permite que os criminosos, que adoptam práticas ilícitas dos mais variados tipos, passem quase despercebidos no meio da multidão de utilizadores da Internet” (Pinheiro, 2002, p. 629-630) – a adoção deste meio tecnológico dispensa a necessidade de comparência física a agências bancárias para a abertura de contas, transferências de importes financeiros, investimentos no mercado de ações empresariais, de entre outras operações que envolvem valores e imprimem dinâmica à economia, tudo a dificultar o rastreamento pelos órgãos da *persecutio criminis* e a catalisar o movimento de empresas delituosas.

uma criminalidade que opera inteligentemente “nos interstícios das relações inter-estaduais” (Faria Costa, 2007, p. 137), donde a transnacionalidade que marca o cometimento de delitos e o potencial daninho de amplo alcance que, inclusivamente, investe sobre a própria qualidade e manutenção da vida democrática dos Estados.

Assim, a reboque das vantagens abertas pelas novas condições da economia mundial, um nicho de mercado exsurge no horizonte de modo a estimular a criação de uma espécie de ponte de ouro em cujo percurso bens e serviços ilegais — como exemplo, o tráfico de estupefacientes, de armas e de pessoas — mostram-se viáveis e disponíveis à atuação organizada e criminosa de grandes “*multinacionales del crimen*” (Blanco Cordero; Sánchez García De Paz, 2000, p. 04). Assim, a via de atuação transnacional oferece um conjunto de facilidades que, em concreto, funciona como um “*imán que atrae a um número importante de grupos criminales*” (Cordero; Paz, 2000, p. 04), os quais antes operavam em rotas meramente nacionais e, nos dias que correm, mercê do magnetismo sobredito, atingem uma dimensão de atuação mundial.

Interessa referir que as estratégias levadas a cabo pelas corporações do crime — as quais iluminam o percurso da citada ponte de ouro — revelam um grau de perspicácia e ótica empresarial assinaláveis; com efeito, a delinquência organizada identifica “*zonas de bajo coste y riesgo*” (Zuñiga Rodriguez, 2006, p. 40) para instalar centros de produção e gestão do objeto criminoso e, em mercados situados em “*zonas de demanda más rica*” (Zuñiga Rodriguez, 2010, p. 40), no afã de contratar preços mais altos, deslancham concretamente o comércio criminoso de início concebido.

Antes de mais, frisamos que a análise a seguir avançada cuidará de “dois níveis distintos” (Rodrigo Carneiro Gomes, 2008, p. 16) nos quais a criminalidade organizada é surpreendida e devidamente estudada; despida de recenseamentos verticais acerca das peculiaridades de um e outro nível de atuação, a pesquisa estará a tratar simultaneamente de uma “criminalidade de sangue” (Carneiro Gomes, 2008, p. 16) — que emprega “o recurso à violência, intimidação, ameaça, violência difusa e estrutural” (Carneiro Gomes, 2008, p. 16) — e de uma “criminalidade do colarinho branco (*white collar crime*)” (Carneiro Gomes, 2008, p. 16) — uma criminalidade, por assim dizer, “sem sangue, mas pela qual todos pagam, com grande alcance e dano social” (Carneiro Gomes, 2008, p. 16) —; enfim, sob designativo comum às duas vertentes, discorreremos sobre as notas de uma e outra que entendermos pertinentes ao propósito aqui buscado.

Numa primeira aproximação conceitual, temos que a “delinquência da globalização” ou “criminalidade dos poderosos” (Silva Sánchez, 2002, p. 80) ostenta dados peculiares,

identificados em doutrina e reconhecidos no bojo de instrumentos normativos (nacionais e internacionais) que cuidam do fenómeno: estamos em face de um conjunto de pessoas que compõem uma estrutura hierarquizada e predisposta à atuação criminosa, quer dizer, organizada para atuar e oferecer “o que é proibido ou o que é moralmente rejeitado (por uma parcela da sociedade) ou o que é escasso no mercado” (Luiz Flavio Gomes, 1997, p. 78); depois, convém logo asserir, a criminalidade da globalização é a proveniente de estratos da sociedade bem dotados economicamente, que desferem agressões avultadas em desfavor de bens jurídicos valiosíssimos que demandam pronta e diligente proteção estatal¹².

Ferrajoli refere os fatores que tornam “gravemente ameaçadora” (Ferrajoli, 2003, p. 11) essa forma de criminalidade: o “carácter organizado” (Ferrajoli, 2003, p. 11) e o facto de a empresa delituosa ser praticada por ou estar apoiada em “poderes fortes, ocultos, por vezes, subversivos” (Ferrajoli, 2003, p. 11), enfim, por “agentes fortes e em posição de domínio” (Ferrajoli, 2003, p. 11)¹³, donde a manifestação do autor no sentido de que o perigo mais agudo provém não dos estratos marginais, antes pelo contrário, são procedentes das “elites dirigentes, económicas e políticas” (Ferrajoli, 2003, p. 11-12). Sobre os efeitos danosos¹⁴ desencadeados

¹² Em virtude da criminalidade organizada, o crime não apenas é perpetrado no desempenho de profissões, para além, “ganha o estatuto de profissão” (Cunha Rodrigues, 1999, p. 09), pois que “deixou de ser um subproduto dos negócios para ser um negócio em si mesmo. Não é estranho à economia: funciona segundo as suas regras, organiza-as e modela-as.” (Cunha Rodrigues, 1999, p. 09). Da condição de “patologia do poder” (Cunha Rodrigues, 1999, p. 09), é alçado à condição de “forma de exercício do poder” (Cunha Rodrigues, 1999, p. 09).

¹³ Vale lembrar que “especificidades de natureza criminológica” (Sousa, 2019, p. 32) da chamada criminalidade económico-financeira têm merecido considerações atentas por parte da doutrina. Como exemplo, o “tipo de agentes individuais” (Sousa, 2019, p. 32) que tem lugar em semelhante estrutura, “por regra bem-sucedidos profissionalmente e integrados socialmente” (Sousa, 2019, p. 32), a delinquirem “num contexto coletivo e de organização (v.g., empresarial)” (Sousa, 2019, p. 32). Por fim, interessa notar que as factuaisidades que se prendem com a criminalidade económica, “embora causem danos económicos infinitamente superiores aos causados pelos crimes patrimoniais tradicionais” (Faria Costa, 2003, p. 82), estas factuaisidades não se fazem acompanhar de “reprovação social” (Costa, 2003, p. 82), faltando-lhes, “de um ponto de vista sociológico” (Costa, 2003, p. 82), uma correlata “estigmatização aos comportamentos” (Costa, 2003, p. 82) que perfazem tais incidências delinquentes.

¹⁴ Cláudia Cruz Santos, em O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo (2000, p. 194), acerca do *white-collar crime*, observa a “especial danosidade social” (Santos, 2000, p. 194) que lhe é característica, pois que o “custo financeiro” (Santos, 2000, p. 194) decorrente desta espécie alcança patamares expressivos que superam os números de “todos os crimes que normalmente são vistos como os crimes-problema” (Santos, 2000, p. 194), ou seja, a criminalidade de alto nível implica vultos de prejuízos materiais muito mais significativos quando comparados com os vultos derivados de infrações típicas da criminalidade de rua, para além de agredir, frise-se tal aspeto, um renque de bens jurídicos normalmente de natureza supraindividual – *ad exemplum*, pense-se nos danos gerados por fraudes constatadas em contratos dos sistemas públicos de saúde e educação; pense-se na avaria social gerada pelas mãos de alianças criminosas que convergem no sentido de promover sonegação de impostos, enfim, sensíveis e transmitidos ao corpo social são os efeitos deletérios causados em um e outro exemplo; Também Manuel da Costa Andrade escreve sobre a “danosidade social particularmente qualificada” (Andrade, 1999, p. 20) desta fenomenologia específica; aduz o autor que o *white-collar* determina “prejuízos avultados que [...] acabam por comprometer drasticamente o desenvolvimento material e cultural dos povos atingidos” (Andrade, 1999, p. 20), exemplificando com a “fraude e o desvio de subvenções” (Andrade, 1999, p. 20) que deságuam na “frustração dos objectivos ou metas a cuja prossecução os fundos estavam vinculados” (Andrade, 1999, p. 20); numa palavra, “as ações ilícitas praticadas pelo delinquento do colarinho branco propiciam a privatização do lucro e a socialização do prejuízo” (Feldens, 2002, p. 140).

pela “criminalidade do poder” (Ferrajoli, 2003, p. 12), diz: tal modalidade criminosa é praticada em detrimento de “bens fundamentais, individuais ou coletivos” (Ferrajoli, 2003, p. 12), de entre os quais sublinha a “democracia” e a “paz” (Ferrajoli, 2003, p. 12), bens supinamente relevantes que, conforme demonstraremos mais tarde, impõem obrigações de atuação estadual no domínio dos meios de obtenção de prova — donde a relevância e a legitimação do instituto da infiltração de agentes no âmbito da citada criminalidade.

Acerca desta espécie criminógena é comum aventar-se sobre as suas práticas e estrutura o facto de não haver uma única “base territorial fixa” (Valente, 2019, p. 26) que lhe sirva de suporte sem o qual inexistiria o motor de arranque da atividade criminal respetiva. Logo, pode-se dizer, a performance da criminalidade organizada é “plurilocalizada” (Valente, 2019, p. 26), desdobra-se em “bases tradicionais nacionais territoriais” (Valente, 2019, p. 25) e em paragens diversas espalhadas ao longo da irradiação de sua atuação e influência. Na prática, bom é repisarmos, é possível que o desenho do enredo criminoso surja na matriz territorial da “operabilidade criminógena” (Valente, 2019, p. 25) e os efeitos deflagrados se façam sentir em espaços outros onde funcionem braços de atuação da macrocriminalidade atuante.

Para termos uma noção mais exata a respeito da “estrutura organizatória” (Faria Costa, 2010, p. 91) desta espécie de criminalidade, é preciso esclarecermos que não estamos perante uma mera “programação artesanal” voltada à obtenção de lucro, antes pelo contrário, os “lucros fabulosos” envolvidos decorrem de um “projecto racionalmente elaborado” e colocado em riste por três grupos, a seguir descritos.

Na síntese de Faria Costa, há um “grupo central ou nuclear” (Faria Costa, 2010, p. 92) que atua com vistas ao abastecimento do mercado criminoso, para isto operando “o transporte e a distribuição dos bens ilegais” (Costa, 2010, p. 92); um segundo grupo, não menos essencial à “teia” criminoso (Costa, 2010, p. 92), é o encarregado de atrair “protecção institucional” (Costa, 2010, p. 92) ao clã delinquente; finalmente, um setor do agrupamento que “funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano” (Costa, 2010, p. 92), cuja função é escoar para o mundo da economia legal o montante do capital adquirido pela tração delituosa — naturalmente, refere o autor a atividade de branqueamento ou lavagem das somas granjeadas.

Em texto já antigo da literatura portuguesa, Ferreira Antunes descreve as funções desempenhadas no bojo das estruturas do crime organizado. Assim, refere que num primeiro segmento estão os “operadores criminais de 1º nível” (Antunes, 1992, p. 65), isto é, aqueles que desempenham atividades que viabilizam capitais à corporação — o autor alude a um “bombeamento” (Antunes, 1992, p. 65) de capitais que gera uma “acumulação primitiva”

(Antunes, 1992, p. 65) de valores —; a seguir, os “operadores criminais de 2º nível” (Antunes, 1992, p. 65), que praticam a atividade de lavagem dos valores oriundos da engrenagem ilícita; por fim, os “operadores criminais de 3º nível” (Antunes, 1992, p. 65), ou seja, os que se ocupam — através da “técnica da infiltração” (Antunes, 1992, p. 65) — de escalar patamares do edifício público para tornar possível o emprego de capitais sujos em actividades lícitas, desígnio que só é implementado mediante ajustes que propiciam um “controlo directo” ou “indirecto” (Antunes, 1992, p. 65) das atividades do Estado.

Assim, percebe-se que o roteiro e atividades concebidos nos grêmios criminosos obedecem a uma “divisão direcionada de tarefas” (Mendroni, 2002, p. 15) que é levada a efeito com cálculo e escrúpulo, imperando nesta sede que “cada etapa deverá ser desempenhada pelo respectivo executor com habilidade própria e conforme as ordens passadas pela gerência” (Mendroni, 2002, p. 16), ou, noutro dizer, os papéis são distribuídos pelos “*cerebros de la organización*” (del Pozo Pérez, 2023, p. 274) em função de “*las aptitudes de cada uno de los individuos*” (del Pozo Pérez, 2006, p. 274) que estão adstritos à comandância do grupo e às regras internas do código ou gramática de regência do mesmo.

Aliás, é recorrente observar-se que tais atividades e enredos criminosos são concebidos e atuados por profissionais tecnicamente especializados, os quais têm à mão a sofisticação oriunda de tecnologias que propiciam a eficiência da avançada criminosa e a sobredita atuação plurilocalizada das corporações.

De facto, no espaço mundial em que desfila a atuação dos delinquentes organizados, observa-se a formação de “*multinacionales del crimen*” (Blanco Cordero, 1997, p. 216) no bojo das quais adotam-se parâmetros operacionais próprios do “*mundo de la industria*” (Blanco Cordero, 1997, p. 216) e dos negócios, vindo daí o “perfeccionismo” (Faria Costa, 2009, p. 142) de seus membros e o “lugar de relevo absoluto” (Faria Costa, 2009, p. 142) conferido à eficiência ao nível das atribuições exercidas.

Pensamos que o complexo e subtil *modus faciendi* desta específica realidade criminógena dá lastro ao traço identificativo consubstanciado na “multiplicidade de disfarce e simulação” (Valente, 2019, p. 26) das organizações criminosas, pois que o “modus operandi não identificativo e invisível de todas as suas ações” (Valente, 2019, p. 27) é forjado na ambiência de um aparelho em que técnicas de ponta são aplicadas segundo o desempenho de um segmento pessoal dotado de atribuições delimitadas e prosseguidas com otimização.

Naturalmente, tal segmento pessoal — tecnicamente muito bem municiado — avança o compasso criminoso da organização de modo a dissimular o empreendimento levado a efeito, que é fundamental “para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta

dos crimes que pratica e dos membros que a compõem, principalmente de seus líderes” (Fernandes, 2008, p. 245). Nesse rumo, estratégias plurais são mobilizadas, distinguindo-se nesta faixa de ação o investimento de numerários expressivos em setores legais da economia, que o objetivo fulcral é reciclar os valores amealhados com o crime mediante atividades ditas de lavagem ou branqueamento dos dinheiros envolvidos, enfim, toda a delinquência é posta em circulação com vistas a tingir o jogo em andamento de uma aparência de legalidade que não oferte pistas às instituições de controlo estatal¹⁵.

E é exatamente o propósito de não oferecer pistas que leva as organizações criminosas a adotarem — “como caução da prossecução das suas actividades ilícitas” (Bravo, 2006, p. 91) — meios que evitem “alarme social ou consequências exageradas e não aceitáveis pelo tecido sócio-económico” (Bravo, 2006, p. 91); para isto, o desempenho especializado do grupo avança o objeto criminoso de modo a mitigar deliberada e estrategicamente o grau de afetação dos interesses implicados, ou, em investida que traduz o grau de perspicácia dos tais entes, propaga os efeitos delitivos sobre um número maior de vítimas, impondo os ditos efeitos — embora acintosamente reduzidos em suas respetivas avarias — a uma parcela mais abrangente de ofendidos, expediente que garante, afinal, “ganhos apreciáveis no total das operações ilícitas” (Bravo, 2006, p. 91) e o referido propósito de encobrimento.

Para ressaltarmos as estratégias e os disfarces próprios da criminalidade dos poderosos, consignamos que esta criminalidade “é cada vez menos um acto e cada vez mais um conjunto de actos imperceptíveis como ilícitos e só a reconstituição do todo revela os traços de cada uma das partes” (Anabela Miranda Rodrigues, 1998-0000, p. 190); facto que repercute no plano da atividade de investigação criminal e que por ora nos conduz à reflexão de que estamos a confrontar uma realidade criminal peculiar, que já não oferta as “três unidades do teatro clássico” (Anabela Miranda Rodrigues, 1998-0000, p. 190) do crime, vale dizer, as coordenadas do tempo, lugar e ação delitivos que orientavam o rumo da diligência investigativa e o tratamento teórico dispensado pela doutrina especializada no tema.

Antes, o crime e os seus protagonistas eram desvendados sob as coordenadas do precitado teatro clássico de estudo e apuramento criminal: nesse âmbito, num dado tempo e

¹⁵ A cavilosa “interposição de pessoas jurídicas, reais ou fictícias” (Sousa, 2019, p. 32), e o modo sofisticado, “cibernético ou altamente especializado” (Sousa, 2019, p. 32), são técnicas de despistamento referidas doutrinariamente que apagam “os vestígios físicos que possam ser recolhidos e examinados” (Sousa, 2019, p. 32) pelos órgãos de controlo. Luciano Feldens cita a “agregação das corporações económicas” (Feldens, 2002, p. 146) enquanto estratégia voltada a conferir um semblante de licitude à carpintaria delitiva então operante; esclarece o autor que uma “rede altamente intrincada” (Feldens, 2002, p. 147) engendra “um rol de operações disfarçadas que, isoladamente consideradas, poderiam não evidenciar ilicitude alguma, mas que unidas em torno do fim a ser alcançado não deixam dúvidas quanto à prática delitiva” (Feldens, 2002, p. 147); tal engendramento, conclui Feldens, afeta uma “ideia de legal business” (Feldens, 2002, p. 147).

lugar, agentes individualizáveis desferiam concretas ações delitivas para o escrutínio das quais o emprego de tradicionais meios de demonstração probatória mostrava-se eficiente. Logo, as provas testemunhais e documentais, ao lado de eventuais perícias ou outros meios tradicionais que se mostrassem pertinentes ao caso penal sob enfoque, em geral eram suficientes ante os rastros deixadas no cenário em que perpetrada a infração criminal.

Hoje, o desafio lançado pela criminalidade da globalização coloca no centro da mesa um complexo delituoso dotado de disfarces e difícil de ser apanhado em sua concretude¹⁶ — que os “cartéis do crime organizado trabalham na clandestinidade” (Ziegler, 1999, p. 23), ou, por outra, os “seus crimes são cometidos na sombra” (Ziegler, 1999, p. 22), visto que estes clãs “odeiam a luz do dia” (Ziegler, 1999, p. 22) —; enfim, a identificação deste complexo delituoso impõe às agências de controle uma fotografia do conjunto de atos levados a efeito com vistas à responsabilização penal das individualidades componentes do quadro maior e nebuloso tido em linha de consideração.

Sucede que o conseguimento do necessário painel das corporações delinquentes e de seu respetivo repertório já não é mais factível pelos tradicionais meios de prova atrás referidos, os quais esbarram em dificuldades em geral insuperáveis que, se não enfrentadas adequadamente, dão lugar a impunidades e lesões sérias a bens jurídicos de indiscutível extração constitucional, vindo daí a indispensabilidade de o Estado dispor de meios probatórios capazes de arrostar as sobreditas dificuldades e inserir um patamar de eficiência na *persecutio criminis* que, ao fim e ao cabo, repercutirá ao nível da proteção dos bens jurídicos acima mencionados¹⁷.

Focalizando a criminalidade que atua sob as vestes da atividade empresarial, Rogerio Schietti Cruz sublinha a “necessidade de modificação da forma e dos métodos de investigação, que não mais podem se circunscrever exclusivamente às clássicas diretivas procedimentais do Código de Processo Penal” (Cruz, 2022, p. 161); de resto, ante a emergência do novo contexto

¹⁶ Faria Costa, numa “linguagem teatral” (Faria Costa, 1999, p. 306), ilustra tal obscuridade, afirmando quanto à existência dos clãs e disfarces por estes urdidos que “a peça existe, é real e até nos toca ou fere sensitivamente” (Costa, 1999, p. 306), todavia, observadas as movimentações do tablado, dificilmente distinguiremos as características das personagens aí atuantes, porquanto tais componentes do conjunto cénico, “num constante jogo de mutações” (Costa, 1999, p. 306-307), são transformadas pelo “autor” da peça (os cabecilhas das organizações criminosas) que, assim, ludibria-nos os sentidos diante da intriga delinquente encenada com arte e bastante engenhosidade.

¹⁷ O mundo de dificuldades existentes ao nível da investigação criminal é captado por Faria Costa, em cuja lição, a cuidar da criminalidade económica que se desdobra por todas as geografias do globo — uma criminalidade “proteiforme e volátil” (Faria Costa, 2003, p. 88) —, aponta que os órgãos de controlo, “pesados e de difícil adaptação ou adequação às novas realidades” emergentes da globalização, estão aquém do potencial operativo dos tais entes delitivos, que se valem dos arsenais potenciados pela informática no domínio de suas transações concretas.

criminológico, apregoa o autor a inserção de agentes nesta labiríntica arena investigatória dotados de “experiência multidisciplinar” (Cruz, 2022, p. 161) e sob “atuação coordenada dos diversos órgãos de controle” (Cruz, 2022, p. 161).

Nesse rumo de ideias, José Braz (Braz, 2010, p. 338) aduz que a criminalidade organizada atira um desafio à dogmática e à investigação criminal, donde a necessidade de a perseguição penal reunir mecanismos ante a emergência destas novas realidades criminógenas para cuja prevenção e repressão criminal é de rigor uma nova utensilagem de meios de obtenção de prova. Ainda, o autor é enfático ao frisar a inadequação dos meios tradicionais — utilizados para fazer face à criminalidade de rua — frente à necessidade de enfrentamento das corporações delinquentes, sendo imperiosa, assim, a fixação de estratégias e metodologias diversas.

Em prosseguimento, propõe um “novo modelo-padrão” (Braz, 2010, p. 338) de investigação criminal ante a opacidade e disfarces urdidos pela criminalidade do poder, tal parâmetro não limita o seu raio de ação à “reconstituição histórica” (Braz, 2010, p. 338) de um facto pretérito — “visão reactiva e retrospectiva” (Braz, 2010, p. 338) —, antes pretende o “conhecimento em tempo real” (Braz, 2010, p. 338) de uma realidade dinâmica e a antevisão de atuações criminais do porvir — “visão prospectiva” (Braz, 2010, p. 338).

Deveras, a complexidade e a opacidade dos criminosos organizados, e os subidos patamares de danosidade que socialmente implicam, impõem “elevados níveis de proatividade” (Braz, 2019, p. 103) à investigação criminal e a formulação de “raciocínio indutivo” (Braz, 2019, p. 103) no circuito desta investigação, tudo com vistas a subsidiar a atividade desenvolvida com a “compreensão do presente” e a “antecipação (...) do futuro” (Braz, 2019, p. 03), enfim, só em tais condições a perseguição penal fará face à “criminalidade inteligente” (Giacomolli, 2015, p. 52) que atua escorada em “técnicas sofisticadas” (Giacomolli, 2015, p. 52) e a escorrer a delinquência de sua pauta num espaço desprovido de limites, uma criminalidade, em suma, que projeta um novo desafio aos Estados e que deles exige novas técnicas e procedimentos que, não dispensados de operarem eficientemente, devem atender às imposições citadas para introduzirem um nível de proteção adequado à *persecutio criminis*¹⁸.

¹⁸ Vai nessa direção o escólio de Camila Bonafini Pereira, cuja crítica aos meios tradicionais de produção probatória encampa a observação de que tais meios submetem a investigação a “uma abordagem reativa ao fato criminoso” (Pereira, 2019, p. 129), ou seja, as forças estatais, dependentes que estão de relatos de vítimas e testemunhas, quando da intervenção destas, se intervenção houver, entrarão a agir já num contexto de prática ou andamento delitivo consumados; por outro lado, defende a autora que as “técnicas especiais de enfrentamento à criminalidade organizada” (Pereira, 2019, p. 129) rendem uma “abordagem proativa” (Camila Bonafini Pereira, 2019, p. 129) às agências de controlo, facto digno de implementação e revelador da indispensabilidade da infiltração policial e de outras técnicas de colheita provatória, que as estruturas criminais organizadas “não podem ser enfrentadas sem que se tenha conhecimento acerca de suas histórias, estruturas, *modus operandi* e objetivos” (Pereira, 2019, p. 129).

Numerosas são as técnicas investigatórias que permeiam os ordenamentos nacionais e internacionais com vistas a cobrir de eficiência a prevenção e a repressão concernentes à criminalidade de alto nível; no âmbito das normativas portuguesa e brasileira destaca-se a infiltração de agentes enquanto expediente absolutamente imprescindível a este enfrentamento político-criminal; mais tarde dedicaremos tópicos a este instituto que bem revelarão a citada imprescindibilidade.

Para já, é importante frisarmos algumas ferramentas que subsidiam a investigação criminal frente às estratégias dos ditos grêmios delinquentes. Neste afã, citemos a entrega controlada (designação portuguesa) ou ação controlada (batismo brasileiro) e a colaboração premiada enquanto institutos previstos nas respectivas normativas processuais. Embora sem desdobramentos a respeito de um e outro instituto, uma menção simples será suficiente para expressarmos o quão convenientes são diante do propósito de desvendar o crime organizado em meio à sua obscuridade característica.

Pela primeira técnica, o órgão investigatório pode “não agir criminalmente contra os agentes infratores no momento em que tem conhecimento da prática de um crime” (Afonso, 2013, p. 75), tendo em mira identificar e responsabilizar um maior número de asseclas que estejam envolvidos na empreitada então sob monitoramento policial. Um exemplo e esclarecemos satisfatoriamente: imagine-se uma rota de tráfico de estupefacientes que atinge cartografias diversas, pois bem, nesta hipótese, retardada a ação repressiva e mantido o trânsito ilícito “sob vigilância policial, sem ser alvo de qualquer interceção” (Afonso, 2013, p. 75), uma soma maior de integrantes do clã poderá ser identificada e conduzida aos autos da investigação então em curso, para além, abre-se a possibilidade de conhecimento de detalhes desse mecanismo delituoso — como exemplo, ajustes concretos das alianças existentes e atalhos conducentes a endereços dantes desconhecidos pela investigação, enfim, as possibilidades abertas à inteligência oficial são copiosas e postam-se enquanto elementos de justificação dos interesses persecutórios.

No tangente à colaboração premiada, temos a funcionar nos autos um dito colaborador ou delator, “visado por um processo criminal” (Brandão, 2019, p. 116) ou investigação em andamento, o qual “dá a conhecer factos penalmente relevantes que poderão determinar a sua responsabilidade penal e a de terceiros” (Brandão, 2019, p. 116) como contrapartida de benefícios previstos em lei que se prendem com o contributo prestado pelo delator no âmbito da persecução penal; aqui, claro está, existe uma “conexão entre os benefícios concedidos e a matéria criminal confessada e delatada” (Brandão, 2019, p. 117), existe, por fim, uma inteligência político-criminal latente, que joga com a perspectiva de benefícios serem ofertados

a membros da atividade delincente que lancem luzes sobre o escuro onde o colégio criminoso investigado atua a coberto da ciência investigatória. Para bem entendermos a admissão político-criminal de tal técnica de obtenção probatória, é preciso reconhecermos que numa grande cópia de situações fáticas a compreensão da cúpula da organização e o comprometimento de órgãos públicos e agentes estaduais só serão possíveis pela inserção no álbum investigativo do componente oriundo da delação prestada por um dos membros já percebido e contactado pelas instâncias de controlo, afinal, a inadmitir-se uma negociação — com a perspectiva de prémios legais, é bem verdade — em tais circunstancialismos, quedariam de todo prejudicados os escopos ligados à perseguição criminal.

A esta hora, pensamos ser importante verticalizarmos o estudo para frisarmos entendimento que, segundo pensamos, é pertinente à macrocriminalidade que estamos a abordar e, de resto, corrobora a ideia do dever estatal de formular instrumentos probatórios adequados face à gravidade acrescida da dita criminalidade dos poderosos.

Nesse rumo, temos que Figueiredo Dias identifica uma “perigosidade especial” (Figueiredo Dias, 2008, p. 17) relativamente ao agrupamento humano que se volta ao cometimento sistemático de crimes. Para o autor, e tal aspeto é aplicável à criminalidade dos poderosos, no interior da organização há sensíveis “transformações da personalidade individual” (Dias, 2008, p. 17) que afetam os membros e os remetem a dissolver os laços que os prendiam “à cultura da legalidade” (Dias, 2008, p. 17), para lá de os orientarem à “interiorização de lealdades subculturais ou contraculturais” (Dias, 2008, p. 17).

Maria Leonor Assunção (Assunção, 2003, p. 96-97) também cuida deste ponto. Refere a autora que a composição interna das organizações criminosas dá lugar a “vínculos estreitos entre os seus membros” — vínculos estes de feição “ideológica ou religiosa” (quanto às organizações terroristas) e “étnica/cultural” (no que tange aos clãs de perfil mafioso) —; assim, continua Assunção, os tais vínculos conduzem à formação de um “centro fáctico” do qual dimanam ideologias e culturas voltadas ao fomento dos interesses íntimos do grupo, os quais, bem se percebe, não se conciliam com a mais comezinha ideia de legalidade e, afinal, acarretam a interiorização pelos seus membros do substrato de ideias aí exaltado.

Prosseguindo, avança a autora que a “pragmática específica” (Assunção, 2003, p. 96) destes grupos envolve a criação de laços com a institucionalidade do Estado que alimenta níveis de impunidade relativamente à sistemática delituosa que põem em rotação, daí a “imagem de facilitação da actividade criminosa e de eficácia” (Assunção, 2003, p. 96) dos meios delinquentes utilizados impressa no espírito de seus membros que é geratriz “de sentimentos de

fidelidade dificilmente permeáveis e, muito menos, substituíveis por sentimentos de fidelidade ao direito e aos valores que ele tutela” (Assunção, 2003, p. 96).

Com efeito, a criminalidade organizada reúne aparato suficiente e um caldo de cultura interno que fazem valer as doutrinas atrás transcritas, donde ser lícito asserir que há nestas corporações uma gravidade acrescida proveniente da assimilação pelos seus membros de um forte ideário de transgressão, gravidade esta que induz à compreensão de que o Estado se vê ligado a um dever objetivo de conceber meios de obtenção de prova que estejam munidos de eficiência e proporcionais à gravidade característica das organizações criminosas.

Para bem firmarmos as considerações que expõem a seriedade da fenomenologia que estamos a tratar, seguimos com Jean Ziegler, o qual, em estudo que descreve a penetrante gravidade da criminalidade organizada, demonstra a princípio que este agrupamento delinquente adota no funcionamento de sua estrutura “a racionalidade da acumulação capitalista” (Ziegler, 1999, p. 19) e uma “hierarquia militar” (Ziegler, 1999, p. 19), significando tais expressões a incorporação pelos “senhores do crime” (Ziegler, 1999, p. 20) de lógicas económicas que são comuns às empresas e aos respetivos propósitos de obtenção de lucro; mais ainda, significa que na consecução dos seus atos há o emprego de disciplina férrea, a qual, como fácil se deduz, envolve o emprego de violência, uma violência, portanto, posta à mercê dos propósitos de garantir o cumprimento das atribuições dos componentes do clã e, afinal, se inadimplemento houver nestas atribuições, tal violência surge para retaliar e impedir eventual produção de prova em detrimento da dinâmica ilícita em marcha.

Mais propriamente, o autor esclarece que “as sociedades democráticas do Ocidente padecem de uma notória deficiência imunitária” (Ziegler, 1999, p. 25) que as tornam suscetíveis ante um espectro de influência que, partindo da atividade dos senhores do crime, cobre diversos âmbitos destas mesmas sociedades.

É que o vendaval globalizante que varre as economias dos Estados é o gérmen que acarreta a referida imunidade deficiente e, por arrasto, torna o cenário da vida das nações realmente suscetível aos ataques e efeitos perversos da “Hidra” (Ziegler, 1999, p. 255) — ou seja, o crime organizado, que é associado ao monstro mitológico dotado de várias cabeças de serpente que se regeneravam depois de juguladas.

No contexto de uma economia globalizada — logo, uma economia em que a desregulamentação dos poderes económicos é a divisa a hastear — não é difícil imaginarmos a existência de uma Hidra a envolver sob a sua força e mediante corrupção numerosos quadros da política que, desvirtuados e a serviço dos senhores do crime, entram a ditar regras no sentido dos interesses do próprio espectro criminoso em causa, tudo em prejuízo, por exemplo, de bens

transindividuais eventualmente ligados à trama criminosamente urdida. Noutra ilustração, a Hidra em tela atira a força de sua influência corruptora sobre órgãos de polícia criminal com o intuito declarado de perverter apuramentos investigativos em trâmite e, assim, evitar o bloqueio de suas lucrativas incidências penais.

E os ataques e efeitos deletérios procedentes da criminalidade dos poderosos ganham ascensão diante de características deste “mundo de sombra” (Anabela Miranda Rodrigues, 2006, p. 23) que conta com a combinação de “numerosos actores organizados em rede ou sistemas” (Rodrigues, 2006, p. 23), atores estes que, conluiados, acertam estratégias as mais diversas e conducentes ao atingimento de propósitos vários.

De facto, neste estado de coisas, grupos criminosos negociam entre si com o escopo de render para a esfera dos próprios interesses a execução especializada de certos segmentos da estratégia maior posta no centro da organização criminal. A título ilustrativo, uma frequente forma de “aliança estratégica” (Cunha Rodrigues, 1999, p. 12) tem em mira a “redução do risco” (Cunha Rodrigues, 1999, p. 12) que impregna o curso normal da engrenagem criminosa levada a efeito; sobretudo em cenários nos quais tal atuação cruza um sem-número de fronteiras e tenciona vencer contramedidas estaduais desfechadas em sua direção, a citada redução dos riscos envolvidos é realmente objeto de barganha especialmente valorado no mercado dos senhores do crime.

Conforme Anabela Miranda Rodrigues, a série de alianças cria verdadeiros “mercados criminais” (Anabela Miranda Rodrigues, 1998-2000, p. 188) onde clãs e mandarins do crime “oferecem e procuram a realização de acções criminosas” (Rodrigues, 1998-2000, p. 188), alianças que, tal como os insumos indispensáveis à sementeira, fomentam um maior e mais rijo poder planetário de natureza criminosa e organizada¹⁹.

Daí vemos que a montagem de redes de cumplicidade dificulta a ótica e a compreensão da atividade de apuramento investigativo — visto que não se está mais à volta de uma tração criminal hialinamente identificável, a atuar com estridência e às claras; pelo contrário, a criminalidade da globalização é fruto de uma atividade subtilmente formulada e organizada, em razão da qual o crime perfaz uma atuação opaca e desferida mediante meios tecnologicamente

¹⁹ A autora fala em ações desenvolvidas no âmbito de “redes difundidas internacionalmente” (Anabela Miranda Rodrigues, 2012, p. 49), as quais são movidas por escopos económicos e aproveitam “as lógicas e as potencialidades da globalização para a organização do crime” (2012, p. 49); exemplificativamente, não é raro células terroristas desenvolverem, “através de estruturas subsidiárias ou associadas” (Braz, 2020, p. 302), traficâncias diversas – de pessoas e/ou de estupefacientes – “como meio de financiamento da sua actividade principal” (Braz, 2020, p. 302), donde falar-se numa “crescente polivalência e flexibilidade das organizações criminosas” (Braz, 2020, p. 302).

sofisticados, uma atuação que avança sobre as soberanias dos Estados através de alianças e que, ao fim e ao cabo, ensombram deliberadamente o horizonte da prevenção e repressão criminal.

Tatiana Bicudo põe em resalto que a “flexibilidade da rede” (Bicudo, 2015, p. 125) urdida pelas grandes corporações transnacionais permite alterações e ajustes na “geometria organizacional” (Bicudo, 2015, p. 125) das sobreditas corporações, as quais, mutáveis e estratégicas, produzem hábeis escapadelas frente ao poder de observação e controlo das agências estatais de segurança pública.

A formação de ajustes no âmbito da criminalidade dos poderosos é bem enfocada pela doutrina de Manuel Castells, o qual afirma que a constituição de “redes globais vem transformando o crime organizado, atribuindo-lhe mais poder” (Castells, 2012, p. 240-241); ainda segundo o autor, a “extrema flexibilidade das redes” (Castells, 2012, p. 240-241) coloca os poderosos senhores do crime em condições de escapar ao controlo das instituições do Estado, as quais, no interior de suas próprias fronteiras, continua Castells, perdem “a capacidade de impor a lei e a ordem” (Castells, 2012, p. 240-241).

O que desejamos frisar é que é possível a alteração da logística do empreendimento delitivo quando o conjunto das condições — em que agem a prevenção e a repressão criminal — é sensivelmente modificado. Note-se bem: quando a atmosfera primitiva, antes condescendente com a faina criminoso, é transformada em meio favorável aos órgãos da perseguição criminal, a organização e o engenho dos senhores do crime estabelecem novas bases de atuação, novas rotas de navegação e vínculos estratégicos²⁰, tudo a redundar, como atrás afirmado, na configuração de um novo desenho geométrico dos modelos organizativos que confunde e desafia a inteligência dos Estados.

Luís Fiães Fernandes ensina que as alianças “são uma forma racional das organizações criminosas reagirem às oportunidades e aos riscos” (Fernandes, 2004, p. 450); as redes lançadas em prol do crime, se nos for dado assim dizer, são instrumentais que rendem proveitos diversos no mar da criminalidade transnacional e organizada, o mesmo é dizer: aumentam a eficiência dos aparelhos delitivos em tela, potenciam os proveitos das respetivas estruturas, resguardam estas mesmas das alças de mira dos controlos estatais eventualmente em vigor, de entre outros possíveis desdobramentos.

²⁰ Enfático a este respeito, João Davin, anota que é característica marcante da delinquência organizada a “adaptabilidade às condições envolventes” (Davin, 2007, p. 9), nomeadamente as condições jurídico-criminais, o que implica dizer que as referidas estruturas procuram a jurisdição de perseguição criminal mais favorável e, mais, onde vigorem penas mais brandas.

Nessa linha de ideias, cumpre deixarmos bem vincado que os vínculos concebidos pelos senhores do crime podem ostentar caracteres diversos e pressupõem dois tipos de ajustes; de um lado, as alianças podem ser episódicas ou de pouca dura, como podem, igualmente, dar lugar à “total integração de uma organização criminosa noutra” (Fernandes, 2004, p. 453); de outro ângulo de análise, os alianças podem ser “estratégicas” ou “táticas” (Fernandes, 2004, p. 453), segundo os termos que adiante descreveremos.

Antes de mais, cumpre esclarecermos: o estudo de tais caracteres ganha pertinência quando observado que a infiltração de agentes encontra suporte de legitimação jurídica precisamente na aferição do potencial de expansão da atividade criminosa e do vulto estrutural do clã delinquente a cujo respeito se pretende investigar com eficiência; para além, a intensidade da lesão ou perigo de lesão desferidos por tais grupos e alianças frente a um conjunto de bens jurídicos valiosos é de ser avaliada aquando da análise da legitimidade do citado meio de obtenção de prova.

Como podemos ver, as diversas alianças bem revelam quanto à configuração do fenómeno criminoso em face do qual está o Estado a lidar e quanto à escala gigantesca de destruição de bens jurídicos que desde a pauta de atuação criminal dos clãs é possível enquadrar, daí a observação de que alianças fortes e espreiadas desafiam mecanismos de obtenção de prova igualmente perspicazes e adequados à dificuldade probatória em vista.

Ainda que muito à ligeira, vejamos os tipos de alianças e alguns exemplos esclarecedores. De largada, há as (a) “alianças táticas” (Fernandes, 2004, p. 453) por via das quais grupos criminosos se aliam com vistas à viabilização e maximização dos proveitos ligados aos respetivos objetos de atuação delituosa. Ilustrativamente, mencionamos a combinação orquestrada por “organizações mexicanas” (Fernandes, 2004, p. 453) e “alguns traficantes colombianos” (Fernandes, 2004, p. 453) que atuavam no território dos Estados Unidos da América. Nesse conchavo, as “organizações mexicanas” (Fernandes, 2004, p. 453) trouxeram para a mesa de negociação “um serviço altamente especializado” (Fernandes, 2004, p. 453) de transporte que provinha do conhecimento que detinham sobre as fronteiras americanas; depois, há as (b) “alianças estratégicas” (Fernandes, 2004, p. 453), de cuja combinação desponta “uma modificação substancial da posição da aliança” (Fernandes, 2004, p. 453) frente aos grupos criminais concorrentes e aos riscos de captura e bloqueio da operação criminosa envolvida.

Num exemplo, pensemos na aliança arquitetada em contexto de disputado mercado de estupefacientes, por amor da qual os grupos criminosos contratantes passam a deter condição crucial de expansão a partir de que lhes é possível o atingimento de maior poderio frente ao elenco de competidores em voga; ou, ainda a título ilustrativo, pensemos na aliança estratégica

que possibilita aos clãs delinquentes consorciados despistar, pelos auxílios recíprocos prestados, o monitoramento do Estado com relação às atuações delitivas então em curso.

Menção destacada merece o branqueamento ou lavagem de capitais²¹, pois, no quadro da macrocriminalidade, é “processo hiper-dinâmico” (Valente, 2005, p. 720) capaz de “metamorfosar o ilícito em lícito” (Valente, 2005, p. 720), isto é, o branqueamento constitui forma de aliança por força de que os ganhos ilícitos de certa organização criminal são reciclados pelas mãos de entes consorciados que, assim, colocam no “circuito económico legal os bens ou capitais de proveniência de condutas criminosas” (Valente, 2005, p. 720), viabilizando assim o lucro obtido pelo serviço do crime, pondo-o indevassável ante a mobilização da atividade dos órgãos de segurança pública, os quais, desaparecidas as pegadas da criminalidade operante, quedam em seus percursos de investigação desprovidos de pistas ou indícios suficientes.

Raúl Cervini cogita a respeito da formação de uma “*red virtual de intercambios o apoyos recíprocos*” (Raúl Cervini, 1997, p. 268-269) na cadeia dos relacionamentos experimentados pelos clãs criminosos. Mais precisamente, o autor afirma que a atuação das tais corporações revela a existência de “*simbiosis entre las diferentes manifestaciones de criminalidad organizada*” (Cervini, 1997, p. 268-269), simbiose que abarca o compartilhamento de métodos e, inclusivamente, quadros pessoais, cujo resultado é o fortalecimento das estruturas envolvidas, uma maior lucratividade e proteção diante da existência de eventuais apuramentos criminais.

Para o autor, concebidas as redes como alavancas de apoio ou funcionamento, formam-se canais chamados de “*networks ilícitos*” (Cervini, 1997, p. 268-269), os quais garantem um “*estándar de fiabilidad ilícita*” (Cervini, 1997, p. 268-269) para todos os clãs envolvidos e incluídos no “circuito clandestino”.

É realmente alvissareiro perspetivar o desempenho da atividade ilícita tendo no horizonte a colocação de bases de “*solidariedad y protección*” (Cervini, 1997, p. 269), máxime

²¹ É a todas as luzes necessária a punição criminal de tal atividade ilícita; devido ao volume expressivo das somas operadas pelos grêmios delinquentes, o reinvestimento (através de alianças criminais) dos valores ilicitamente obtidos no âmbito económico-financeiro “faz nascer desvios e condicionamentos no mercado financeiro, na medida em que pode levar ao controlo de um inteiro sector ou segmento da economia” (Faria Costa, 1999, p. 306), com afetações de grande monta à concorrência que deve existir entre os entes empresariais; mas, para lá dos interesses económicos atingidos pelo branqueamento, ante a faceta despistatória do expediente, “pretende-se também a protecção da administração da justiça, que se torna incapaz de perseguir os responsáveis pelos crimes subjacentes em virtude da acção do branqueador” (Pinheiro, 2002, p. 607), o qual não tem mãos a medir na cobertura prestada à delinquência que se almeja disfarçar; por último e consequentemente, uma patrulha penal e processual penal aqui eficientemente despendida, tutela a “segurança geral da comunidade” (Pinheiro, 2002, p. 607), pois que, “de forma mediata, desincentiva-se a prática dos crimes primários” (Pinheiro, 2002, p. 607), quer dizer, a atividade original levada a efeito pelas organizações criminais.

quando os referidos lastros espraíam-se ao redor do mercado mundial e ofertam qualidades na prestação do auxílio que o tempo e a experiência já vividos viabilizam positivamente.

Tais redes ou alianças, corrido o tempo e a sequência dos enlaces, inspiram confiança recíproca entre os entes e aprimoramento das prestações pactuadas; segundo pensamos, a repetição — colocada em estirões favoráveis de tempo — é condutora de um auxílio marcado por especialidade e lança as bases de uma indiscutível fortaleza a ser desfrutada pelas organizações contratantes.

E nesse contexto de corporações criminosas dotadas de aparelhamento tecnológico e dispostas em rede de considerável envergadura, é colocado na ordem do dia, para lá da disposição de novos meios de obtenção de prova, o tema da cooperação internacional — judiciária e policial — em matéria penal²², que a “soberania dos Estados é beliscada a cada segundo com a criminalidade organizada global” (Valente, 2006, p. 105), donde a conclusão hoje assente de que “a partilha de competências soberanas” (Valente, 2006, p. 105) é o expediente técnico-processual a ser desenvolvido frente ao poder reunido pelos senhores do crime — que expandem os rumos das atividades criminosas e intrigas desenvolvidas e intentam cobrir as pegadas inscritas nas diversas fronteiras por que transitam.

Luís de Lemos Triunfante escreve que a expansão da criminalidade transfronteiriça — e os seus métodos de atuação baseados em alianças, ressaltamos nós — determinou a cooperação entre os Estados e guindou-a ao pedestal de “única forma eficiente para lutar contra uma criminalidade que atravessou as fronteiras nacionais” (Triunfante, 2008, p. 28), que a complexidade do fenómeno delinquente põe em condição de ineficiência os aparatos de controlo que se mostrarem estáticos e desprovidos dos auxílios das cooperações internacionais; em suma, há uma “convicção generalizada de que combater o ilícito global com soluções locais é uma estratégia voltada ao insucesso” (Dias, 2007, p. 17).

Verdadeiramente, uma “*persecutio criminis* burocratizada e doméstica, com emprego de metodologias arcaicas para fazer frente à criminalidade inteligente” (Giacomolli, 2005, p. 51), é uma atividade jurídico-estatal incondizente com a ideia que trabalharemos ao longo da presente pesquisa, a ideia de que “será tanto ilegítima omissão estatal do dever de proteção da sociedade, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, quanto o excesso

²² Inerme, o Direito Penal doméstico dos Estados, “essencialmente ligado ao território e adaptado aos indivíduos isolados” (Delmas-Marty, 2004, p. 290), já não faz face a “redes transfronteiriças” (Delmas-Marty, 2004, p. 290) de criminalidade organizada, donde afirmar-se que a criminalidade organizada determina a dita cooperação e a necessidade de adoção pelos Estados cooperantes de um substrato de “normas comuns, se não totalmente uniformizadas, pelo menos compatíveis entre si.” (Delmas-Marty, 2004, p. 290).

eventualmente cometido em desfavor do imputado, ao argumento de ser devida a proteção penal efetiva de toda a coletividade” (Cruz, 2018, p. 97)²³.

Aqui chegados, exposta uma primeira soma de fatores que peculiariza a atividade e a configuração da dita criminalidade do poder, tudo a implicar um maior nível de gravidade e danosidade dos tais entes em relação a bens jurídicos de iniludível importância jurídico-social, vamos adiantar o estudo e marcar outro conjunto de fatores que corroboram a observação já exposta no sentido de os efeitos malévolos da criminalidade organizada despertarem deveres objetivos de atuação procedimental do Estado — melhor dito, de formulação provatória — ao nível da atividade de persecução penal, pois que nesta sede de atuação jurídica é inconcebível a existência — no sentido de que é ilegítimo, juridicamente reprovável — de mecanismos de obtenção de prova que não atingem um nível de eficiência e que, portanto, não observem o princípio da proporcionalidade na aceção que veda uma proteção deficiente face ao desafio atirado pela criminalidade dos poderosos.

1.3. DAS CONEXÕES MANTIDAS JUNTO AO EDIFÍCIO PÚBLICO AO DESPISTAMENTO VIOLENTO DOS CLãs DELINQUENTES

Daqui seguiremos com a enunciação de critério utilizado pela maioria da doutrina como chave de entendimento à vista de cuja utilização — de entre outros critérios igualmente relevantes — resta configurado à perfeição o fenómeno criminógeno da criminalidade do poder.

Observados os arranjos travados pelos senhores do crime, é hora de fixarmos que a megacriminalidade é também artífice de conexões na urdidura das quais figuram setores do aparelho do Estado e entes delitivos, entes delitivos que, por meio da oferta de vantagens indébitas, imiscuem-se em centros de decisão e atuação do poder público.

Com efeito, os senhores do crime, ou os “homens de trás” (Roxin, 2005, p. 42) — é dizer, os setores dos clãs delinquentes que detêm a “alavanca de comando do poder” e conformam a modalidade de coautoria mediata²⁴ —, estes setores, íamos dizendo, mediante

²³ Na base desta ideia, figura a premissa de que o “Estado de Direito não falha apenas quando ele oprime a liberdade de seus cidadãos, mas também quando ele não garante a sua segurança” (Isensee, Josef, *apud* Baltazar Junior, 2010, p. 225), donde a existência, relativamente à ação estadual, de duas preocupações básicas, quais sejam, “o despotismo e a fraqueza” (Isensee, Josef, *apud* Baltazar Junior, 2010, p. 225), donde, por fim, a inevitável busca de uma via operacional que transite “entre a espada do Estado policial e a cruz do Estado permissivo” (Isensee, Josef, *apud* Baltazar Junior, 2010, p. 225).

²⁴ Segundo esta doutrina, o agente que executa o facto típico é apenas uma “rodinha substituível no mecanismo do aparelho de poder” (Roxin, 2005, p. 42), pois que o comando do fenómeno delinquente reside nas mãos do chamado “criminoso de secretária” (Roxin, 2005, p. 42), ou seja, o dito “homem de trás” (Roxin, 2005, p. 42), que detém o “domínio do facto” (Roxin, 2005, p. 42) e, por vias disso, é punível criminalmente; a bem dizer, a autoria mediata do “homem sentado à secretária” (Figueiredo Dias, 2019, p. 920) pressupõe “centros organizados de poder

braços operacionais que lhes servem de embaixada, cooptam agentes públicos e, por conseguinte, transformam o interesse público tutelável em objeto de barganha e combinações espúrias.

Pois bem, tal investida delitiva é amplamente estudada em sede doutrinária, que geralmente inclina-se a destacar os desdobramentos das perversões geradas pelos acordos espúrios. Ferrajoli, por exemplo, afirma que a criminalidade que envolve os poderes públicos — na qual há “formas variadas de corrupção e de apropriação da coisa pública” (Ferrajoli, 2003, p. 11) — é a “expressão mais degenerada de uma crise do Estado de Direito e da própria Democracia” (Ferrajoli, 2003, p. 11).

Pelo lado da doutrina portuguesa, Guedes Valente é voz corrente sobre os critérios que conduzem à caracterização da delinquência organizada; aludindo ao jogo que é próprio desta espécie de criminalidade, o autor empresta um relevo especial à “forma como se organiza, se integra na sociedade e se entrelaça nas estruturas legais dos Estados” (Valente, 2019, p. 28). Prosseguindo, como a pôr um acento tónico nos efeitos que são largados em desfavor da realidade dos Estados e da vivência social — e que se prendem com os laços umbilicais mantidos pelos senhores do crime junto à estrutura pública —, o autor conclui que a atividade dos clãs delinquentes “mina a saúde das democracias constitucionais” (Valente, 2019, p. 27), para lá de pretender a implantação de uma “nova ordem não jurídica, vazia de valores e princípios” (Valente, 2019, p. 29).

Cuidando das citadas conexões, Abel Fernandes Gomes ensina que a “**conexão estrutural ou funcional**” (Abel Fernandes Gomes, 2000, p. 05) com segmentos do Estado é um “**ingrediente necessário**” (Gomes, 2000, p. 05) que compõe a existência das corporações criminosas e viabiliza-lhes a execução do respetivo repertório delituoso, para além de lhes ofertar impunidade e condições de expansão do poder delitivo.

Para este autor, a fixação de liames junto às instituições estatais é estratégia que rende benefícios no campo da macrocriminalidade atuante, pois que a geração de tais conexões, por caracterizar “interferências mais sutis e discretas” (Abel Fernandes Gomes, 2000, p. 08), que não deixam “pistas tão aparentes” (Gomes, 2000, p. 08), rende à “operacionalidade” (Gomes, 2000, p. 08) da organização perspectivas mais favoráveis — em substância: pavimentam um caminho mais seguro e propício ao desenvolvimento do empreendimento em marcha.

(...) estruturados hierarquicamente e dotados de forte disciplina interna” (Dias, 2019, p. 920), centros dos quais escorre um “funcionamento quase automático” (Dias, 2019, p. 920) de seus membros, os quais “reagem de forma mecânica às ordens ou instruções dos seus chefes” (Dias, 2019, p. 920).

De facto, a expedição de força ou violência, embora impregne a roda de alguma criminalidade organizada, não é preferível à criação de vínculos ao redor do setor público, visto que os enlaces de corrupção deixam pistas menos ostensivas e são eficientes do ponto de vista dos efeitos alvejados, sendo razoável assentar que a prática de violência suscita alarmes indesejados em setores do tecido social e no próprio setor institucional que em derredor atua.

No painel de possíveis corrupções, ações e planos diversos são esboçados com vistas ao atingimento dos propósitos que agitam os vínculos cravados nas antessalas do poder. Assim, uma primeira modalidade, a “inserção direta” (Abel Fernandes Gomes, 2000, p. 11), inclui a introdução de profissionais — isto é, quadros ligados aos homens de trás, integrantes efetivos do grupo criminal — no seio do aparelho do Estado com o escopo de orientar o desempenho de competências públicas à prossecução dos fins designados pelas empresas criminosas; outro plano de inserção direta muito frequente é o que introduz estes mesmos profissionais em círculos de competências a fim de recolherem informações que contribuam para a atividade dos capitalistas do crime ou mesmo lhes garantam condições de impunidade.

Laura Zúñiga Rodríguez descreve a investida através da qual sujeitos que “*están al servicio de las organizaciones criminales*” (Zúñiga Rodríguez, 2020, p. 186), mas que não são membros efetivos das mesmas, visto que mantêm “*actividad legal en paralelo a su actividad delictiva*” (Zúñiga Rodríguez, 2020, p. 186), prestam utilidade “*dentro del ejercicio de sus actividades profesiones*” (Zúñiga Rodríguez, 2020, p. 186). Assim, “*policías, militares, jueces, fiscales, abogados, aduaneiros, empresarios, políticos, asesores*” (Zúñiga Rodríguez, 2020, p. 186), de entre outros profissionais, a pretexto de atenderem o exercício de seus ofícios respetivos, em verdade atuam em comissão do crime organizado.

Neste caso, as conexões existem e são materializadas por “*colaboradores de distintas profesiones*” (Zúñiga Rodríguez, 2020, p. 186), os quais, sem tomarem parte no grupo criminoso em causa e sem o levantamento de suspeitas a respeito, dão curso ao desempenho habitual de suas respetivas atribuições de modo a semearem nos órgãos estaduais em que pontuam oportunidades e benefícios referíveis aos interesses dos criminosos de secretária.

Do que vem exposto, ainda com a autora sobredita, percebe-se que há problemas maiúsculos a comprometerem os interesses públicos envolvidos, pois que “*por detrás de las cortinas*” (Zúñiga Rodríguez, 2020, p. 186), sob o argumento de cumprirem suas profissões, os chamados colaboradores realizam, na cidadela do próprio Estado, interesses que tocam o grupo criminal que nos bastidores figura.

Por certo, nas investidas acima citadas, é difícil ao controlo institucional perceber a tendência ilícita concebida no corpo das estruturas públicas, na medida em que, como já o

dissemos, os figurantes atuam como se estivessem a compor uma cenografia onde o cumprimento das leis é o interesse alvejado; pelo contrário, em causa está uma vitrina em que são postas aparências de legalidades, vigendo no campo da realidade dos factos o concerto ilícito e farsesco que conspira contra o cumprimento legal.

Não admira, portanto, que a sequência desta cenografia criminosa, se nos for dado assim dizer, tende a seguir no tempo imperceptível e, sobretudo, a arrastar consigo uma soma de lesões ou perigos de lesões a bens jurídico-penais de grande tomo, repercutindo, inclusivamente, no contexto da investigação criminal, já que os senhores do crime ou os homens de trás mantêm-se encobertos e as atividades que lhe dizem respeito igualmente seguem disfarçadas e sem estrondo a propagandear-lhes o uso.

Acerca do que estamos a tratar, é conveniente aprofundarmos: os colaboradores atrás referidos podem revestir a condição de agentes ou autoridades públicas que diretamente participam de ações criminosas no seio das instituições que integram; nesta espécie de plano de ação, o ato que reverte em benefício do clã é obra imediata da autoridade ou agente estadual que, inseridos em compartimentos do edifício público, simulam o exercício regular do poder com os pés bem fincados no submundo delinquente em que tomam assento.

Neste quadro, logo se deduz: os projetos escusos da macrocriminalidade impregnam o exercício das atribuições em princípio tendentes à tutela dos interesses coletivos. Mais: nas instituições já corrompidas, é difícil entrever a dose de ilicitude existente em meio ao complexo de atribuições públicas que, neste contexto infectado, é convertido em mera aparência e atalho direcionado à prática de crimes.

Assim, ajustada a corrupção, a atuação da função pública converte-se em moeda de troca ou mercadoria que, como vimos, vai repercutir a favor dos senhores do crime; neste âmbito, a contraprestação devida por estes é a oferta de vantagem indevida que funciona como verdadeiro adimplemento correlacionado ao pacto firmado que logra o arrendamento de espaços em prol de ilicitudes geradoras de efeitos desastrosos.

Aspeto importante a ser tratado aquando do enfrentamento da matéria é o relativo aos meandros que conduzem ao acerto de corrupção entre os grupos organizados e determinados quadros do Estado. **Mario Chiavario**, ao referir o poder dos clãs de atingir as **“fibras mais íntimas”** (Chivario, 1994, p. 28), o **“coração”** (Chivario, 1994, p. 28) mesmo das instituições do Estado, destaca a **“degeneração das relações entre o mundo da política e o mundo dos negócios”** (Chivario, 1994, p. 28) como porta de entrada que, a instaurar o **“sistema da propina”** (Chivario, 1994, p. 28), põe *vis-à-vis* figuras de proa de partidos políticos e empreendedores privados.

Logo se vê, tal nível de infiltração penetra o setor público pelo engenho e poder económico dos clãs que, ao aproveitarem as perversões do processo político, acomodam-se a bordo das estruturas do Estado para viverem a jeito de verdadeiros parasitas, uma vez que extraem benefícios deste com danos destilados à coletividade e a diversos interesses públicos; mais, a conexão mencionada, própria de concertos que pretendem longos estirões de tempo, pressupõe um grau de intimidade entre as partes que redundam em duas alas de conclusão: a) de um lado, há um maior comprometimento dos interesses públicos abalroados e infirmados pelo pacto, ou melhor, há um maior potencial de dano a ser desferido contra a coletividade, já que quanto mais justo o enlace, maior também é a efetividade dos adimplementos combinados e cumpridos com rigor — numa palavra: há um ganho de especialização que o tempo e o ajuste íntimo propiciam; b) de outro, tal ajuste repercute no incremento das dificuldades ocasionadas à investigação criminal, que a intimidade gerada pelos laços apertados, longe de tramar os jogos da ilicitude sob holofotes e mediante pirotecnia, age no cerne de círculos reservados e sombrios e sem a inscrição de indícios a favorecerem o controlo estadual.

Emblemático e sempre versado em doutrina é o caso das conexões que envolvem juízes criminais e demais atores do sistema de persecução penal que, pervertidos no exercício de suas funções, adotam decisões favoráveis a integrantes de organizações postas sob a mira de processos em andamento; conforme Hassemer, tais perversões são indicações eloquentes da influência exercida pelo crime organizado sobre o **“braço”** (Hassemer, 1994, p. 58-59) mobilizado para a atividade de perseguição penal, de modo que, sublinha o autor, quando este resultar **“tolhido ou paralisado”** (Hassemer, 1994, p. 58), **“quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento de violações penais”** (Hassemer, 1994, p. 59), então, à vista deste quadro, é possível caracterizar o fenómeno e enquadrá-lo na categoria do crime organizado.

Não é difícil imaginar semelhante nível de comprometimento dos citados atores estatais. Desde a prolação de decisões favoráveis, passando pela omissão cúmplice de órgãos policiais e adulteração das provas existentes e levadas aos fólios do processo, é rico o conjunto de possibilidades abertas aos atores que protagonizam o exercício da perseguição criminal do Estado; um conjunto, pois, pleno de possibilidades e convenientemente aproveitado pelos grupos organizados, os quais, calculadamente, procuram constituir um **“aparato de segurança”** (Castells, 2012, p. 216) que lhes sirva de escudo ou anteparo inexpugnável.

Aspetto ainda a considerar é que os **“agentes responsáveis pelo cumprimento das leis”** (Castells, 2012, p. 216-217), recrutados pelas mãos dos criminosos de secretária, inserem-se numa condição de comprometimento difícil de ser apagado, pois que, firmados os laços de

clientelismo, **“incluídos na folha de pagamento da organização”** (Castells, 2012, p. 216-217), os agentes ou autoridades corrompidos **“entram no sistema”** (Castells, 2012, p. 216-217), em suma, **“tornam-se prisioneiros para o resto da vida”** (Castells, 2012, p. 216-217), dado que no subterrâneo deste tipo de criminalidade retaliações em potência naturalmente seguem o rasto de quem se vincula à maquinação criminoso e, de seguida, apresenta ganas de deserção.

De facto, vige no mundo dos clãs delinquentes uma **“sistemática eliminação física ou intimidação de eventuais depoentes com vista à obtenção da impunidade”** (Sandra Oliveira e Silva, 2011, p. 286); aliás, acresce dizer que tal sistemática relaciona-se com a existência de degraus hierárquicos em vista dos quais o **“acesso a informações relevantes”** (Sandra Oliveira e Silva, 2011, p. 286) é limitado ao núcleo de comando da coletividade organizada, donde os segmentos colocados na periferia do grupo — os quadros distantes dos homens de trás — não terem, por norma, ciência do receituário que é concebido pelo escalão principal.

Inclusivamente, interessa notar: os ditos homens de trás geralmente não são ostensivos — referimo-nos às suas identidades —, o que implica dizer que normalmente são desconhecidos pelos demais componentes do grupo; assim, permanecem numa comandância oculta à volta da qual vige uma máquina criminoso cujos membros executam funções bem definidas nas secções que compõem a estrutura organizada.

Dito isto, é este o aspeto que desejamos deixar bem vincado: havendo eventuais deserções de autoridades ou agentes públicos dantes comprometidos, ou mesmo integrantes do grupo, testemunhas ou vítimas predispostas a atuarem em juízo, um **“muro de silêncio é erguido”** através da **“eliminação física”** ou **“ameaças mais ou menos explícitas”** (Sandra Oliveira e Silva, 2011, p. 286) com o propósito de blindar a atividade criminoso e a identidade de seus líderes²⁵.

O **“temor da vingança”** (Eduardo Araújo da Silva, 2003, p. 43), pois, atua em desfavor da formação de relatos — testemunhas ou oriundos de vítimas e agentes desertores — sobre a existência e demais desdobramentos da criminalidade do poder²⁶, facto que demanda o

²⁵ Eduardo Araújo da Silva aduz que há uma **“cultura de supressão da prova”** (Silva, 2003, p. 42) levada a efeito mediante intimidação de **“fontes testemunhais”** (Eduardo Araújo da Silva, 2003, p. 42) e asseclas da organização criminoso que anunciam inclinação de revelar à investigação informes a respeito da criminalidade organizada em voga; no que tange ao contexto específico do tráfico de pessoas, Anabela Miranda Rodrigues ressalta a especial dificuldade das vítimas enlaçadas pelo aparelho delincente colaborarem com as instâncias de controlo — é que são comuns aqui **“constrangimentos”** (Anabela Miranda Rodrigues, 2009-2010: 580) e **“bloqueios”** (Rodrigues, 2009-2010, p. 580) sobre estas mesmas vítimas, as quais, com **“receios de represália”** (Rodrigues, 2009-2010, p. 581) e emudecidas, não ativam produção probatória contra a criminalidade de que padecem.

²⁶ O subsídio da violência é **“medio de control directo”** e **“indirecto”** (Espinosa de Los Monteros, 2010, p. 43), ou seja, para lá de atingir componentes da organização, envolve **“personas fuera del grupo”** (Monteros, 2010, p.

desenvolvimento e a aplicação de técnicas de infiltração policial conducentes ao conhecimento e enfrentamento adequado da megacriminalidade atuante, técnicas que propiciem à investigação penetrar na hierarquia fechada destes clãs e, com isso, desvendar os secretismos que são mantidos no ápice da cadeia de comando do grupo criminal.

A esta altura da exposição, em condição estamos de concluir pela pertinência da observação doutrinária que assevera redondamente que a existência de agentes públicos ligados à criminalidade do poder torna especialmente difícil a investigação criminal; decerto, atravancada é a investigação, ou cercada de limites inultrapassáveis está, quando verificados os laços mantidos pelos senhores do crime à roda de agentes ou autoridades corrompidos, laços estes que, por força da intimidação e violência existentes, tendem a macular sem solução de continuidade o curso da instituição capturada e a manter sob discrição o elo de falcatruas existente. (Buekenhout, 2015, p. 18).

Semelhante contexto dá pasto à ideia de que a complexidade que demarca a criminalidade organizada — bem como a gravidade dos efeitos que são lançados à vivência social e que desafiam a integridade dos Estados e dos regimes democráticos — é suficiente argumento jurídico para instaurar outro polo de discussão, qual seja, a legitimidade do emprego de meios de obtenção de prova eficientes e ao mesmo tempo mais restritivos de direitos fundamentais das pessoas investigadas.

A seguir, enfrentaremos este polo de discussão, não sem sublinhar a necessidade de escrever-se a temática num quadro jurídico onde pontuam duas normativas de fundamental relevo e timbradas pela peculiar força normativa constitucional, é dizer, os direitos, garantias e liberdades das pessoas-alvo da investigação e do processo penal, de um lado, e os deveres de proteção estatal frente à especial gravidade relativa à criminalidade organizada, de outro.

43), é dizer, testemunhas, vítimas ou terceiros que não integram a maquinaria criminal. Também **Walter Maierovitch** aborda o ponto. A tratar especificamente das máfias italianas, afirma o autor que a presença de uma **“carga intimidatória”** (Maierovitch, 1999, p. 125) no seio da corporação surte efeitos no plano interno e difusamente, quer dizer, a violência e a intimidação atuam sobre os membros da organização, que assumem previamente um **“programa delinquencial”** (Maierovitch, 1999, p. 25) e a este permanecem ligados, e sobre terceiros não vinculados ao grupo, **“aos cidadãos comuns, não agregados”** (Maierovitch, 1999, p. 25); no texto, a respeito desta última hipótese, retrata-se a situação de moradores “já submissos” ao raio de influência e intimidação de clãs específicos, os quais permanecem em silêncio e a não coadjuvarem eventual investigação criminal em curso, tal submissão constitui a **“solidariedade pelo medo”** (Maierovitch, 1999, p. 125) que impede ou dificulta o conhecimento a respeito da estrutura delitiva operante.

2. DAS COORDENADAS FUNDAMENTAIS ENFORMADORAS DE UMA POLÍTICA CRIMINAL POLIVALENTE AO POPULISMO-EMERGENCIALISMO PROCESSUAL PENAL

2.1. DAS FORÇAS PROCESSUAIS EM DISPUTA EM MEIO A UM GARANTISMO INTEGRAL

Por agora, é importante fixarmos algumas linhas conceituais desde as quais esforçaremos o andamento da exposição. Este segmento do trabalho é especialmente relevante porque servirá de substrato teórico que interferirá no desenvolvimento que devotaremos à infiltração de agentes e ao imbrincamento estabelecido entre este meio investigativo e o *nemo tenetur se ipsum accusare*.

A primeira nota digna de destaque concerne à ótica com a qual compreenderemos o expediente da perseguição penal do Estado, aqui apresentado como um múnus que tem inscrito em seu figurino dogmático-normativo dois escopos de indesmentível significado jurídico-político: de um lado, o escopo de resguardar os direitos, liberdades e garantias de quem encarna a condição de pessoa-alvo da ação persecutória criminal; de outro, os interesses afetos ao *ius puniendi* do Estado, interesses que pressupõem a obtenção da verdade processualmente válida a respeito da incidência penal discutida no decurso do processo ou cogitada no ambiente da investigação criminal; rente a este último aspeto, é comum dizer-se que o apuramento da verdade durante o trâmite do caso penal é o percurso necessário para o atingimento da justiça no caso concreto e para o alcance da pacificação social que restou abalada com o cometimento delitivo — por evidente, estes últimos intentos também são conseguidos pela prolação de sentenças absolutórias que reconheçam a inocência de quem outrora foi indigitado como autor provável de crime.

Tal definição de escopos é usualmente tratada em doutrina e figura como entendimento maioritário desde o qual são iniciadas as análises sobre a totalidade dos institutos processuais penais. Castanheira Neves, como exemplo, já expunha a “válida conciliação de dois princípios ético-jurídicos fundamentais” (Neves, 1968, p. 07), quais sejam, o “princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos” (Neves, 1968, p. 07) submetidos à perseguição penal e o “princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica” (Neves, 1968, p. 07) — este último, pode-se dizer, a traduzir a tutela do “sistema de valores ético-jurídicos [...] que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal” (Neves, 1968, p. 07) —; em face de tais diretrizes, escreve o autor, o conduto persecutório significa uma

“garantia jurídica dos cidadãos” (Neves, 1968, p. 08) e, à uma, “instrumento jurídico para uma válida e eficaz luta contra o crime” (Neves, 1968, p. 07), vindo daí a compreensão de que o veículo processual transporta uma “relação de tensão” (Gössel *apud* Sardinha, 1989, p. 146) que põe “a tarefa do Estado de combater eficazmente o crime” (Gössel *apud* Sardinha, 1989, p. 146) defronte à salvaguarda das faculdades jusfundamentais de quem está a ocupar o posto de sujeito-alvo da atividade persecutória.

Talvez com maior poder de síntese, Rogerio Schietti Cruz esclarece acerca das funções do processo penal de modo a organizá-las em três frentes de aplicação e estudo dogmático. Nessa toada, assevera que “proteger a liberdade de quem é objeto da persecução penal” (Cruz, 2020, p. 320) mediante a fixação de regramentos à ação persecutória exsurge numa primeira e natural consideração; a par disso, alude à função de “permitir a justa incidência do direito penal” (Cruz, 2020, p. 320) através do apuramento da verdade que subjaz ao caso posto sob escrutínio, por fim, refere a função de manutenção da “ordem jurídica” (Cruz, 2020, p. 320) e da “paz pública” (Cruz, 2020, p. 320), função esta destinada a “assegurar o convívio harmônico das pessoas e o respeito ao Estado de Direito” (Cruz, 2020, p. 320).

Na voz da doutrina portuguesa contemporânea, outro não é o entendimento imperante. Nesta dicção, enjeita-se a conceção de um processo penal radicalmente apegado à “defesa do arguido” (Valente, 2006, p. 18), tão-pouco admite-se a estruturação do mesmo com base unicamente na “defesa exacerbada da comunidade” (Valente, 2006, p.18), que a via de entendimento a seguir, segundo a proposta que hastearmos ao longo deste estudo, compreende o instrumental processual como um “campo de tensão bipolar entre dois fins de igual valência” (Sandra Oliveira e Silva, 2011, p. 288), fins estes que chamam a terreiro, veremos oportunamente, um empenho bivalente do intérprete-aplicador da normativa processual penal, ou seja, um empenho vocacionado ao resguardo dos direitos fundamentais das individualidades sob perseguição penal e, mais ainda, atento à condução de um processo eficiente e conectado à dimensão objetiva da jusfundamentalidade em voga, nomeadamente aos deveres de proteção de bens jurídico-penais de cuja tutela o ordenamento punitivo está incumbido e, para isso, não prescinde da funcionalidade polivalente do apetrecho processual penal²⁷, enfim, a proposta ou medula espinhal da presente pesquisa segue que “o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis [...] à prossecução

²⁷ Ada Pellegrini Grinover parece apontar neste sentido ao asserir que “o pensamento social da comunidade democraticamente estruturada” (Grinover, 1976, p. 67) demanda um modelo processual-penal que “não aniquile a liberdade individual nem a personalidade ética, mas tampouco renuncie às condições indispensáveis para realizar uma função da comunidade” (Grinover, 1976, p. 67).

do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos” (Figueiredo Dias, 1983, p. 206), para mais, ele impõe igualmente “a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal” (Dias, 1983, p. 206).

Do lado da doutrina brasileira, Aury Lopes Jr. advoga uma “noção de simultaneidade” (Lopes JR., 2010, p. 93-94), isto é, a compreensão de que, no funcionamento do sistema penal, a ideia-força “repressão” (Lopes JR., 2010, p. 93) não inviabiliza o sentido das “garantias processuais” (Lopes JR., 2010, p. 93); como dito, é exatamente este o sentido que iremos palmilhar: um sistema penal dotado de “poder persecutório-punitivo” (Lopes, JR., 2010, p. 93) — munido de instrumentos de obtenção de prova hábeis e proporcionais — e “limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais)” (Lopes, JR., 2010, p. 94)., que “o processo penal deve ser concebido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e também de busca da realização das consequências previstas na lei penal” (Fischer;Pereira, 2020, p. 68).

Do que fica dito, pode-se dizer que o processo penal lida com duas “*grandes fuerzas*” (Guzmán Fluja, 2006, p. 199) que, no espaço de ação dos institutos processuais, marcam posição e despertam um trabalho de contínua harmonização entre as mesmas, que nenhuma ostenta “*a priori*” maior importância na interseção de que são artífices²⁸; a primeira força é a ligada ao Estado enquanto detentor do “*ius puniendi*” (Fluja, 2006, p. 199), a qual inclina-se a conferir maior eficiência à repressão da criminalidade; ao seu lado, o sistema jusfundamental das pessoas-alvo da *persecutio criminis*. Por importante, anote-se que, em razão do natural entrelaço entre uma e outra, e porque “*ambas son constitucionalmente fines dignos de protección*” (Guzmán Fluja, 2006, p. 200), surge a tarefa de conciliá-las e aplicá-las conjuntamente na praxe processual.

Um parêntese e avançamos o estudo. É indubitável que a delimitação destas forças é levada a efeito ao nível da legislação processual penal e da atividade interpretativo-aplicativa de tal acervo normativo; em ambas as instâncias urge a tarefa de acomodação das intencionalidades acima referidas em termos bem ponderados e polivalentes; polivalentes no sentido de que devem portar a aptidão de aplicar os citados vetores conjuntamente, sem a exclusão na fórmula normativa então concebida de uma ou outra grandeza. Em similares palavras: o operador do sistema deve infundir simultaneamente estas grandezas na malha normativa processual penal e na norma de decisão concreta de que lançar mão, de jeito que em

²⁸ Por outras palavras, quiçá mais ilustrativas, a normativa processual penal deita o curso operante de suas normas rente à funcionalidade do sistema penal substantivo, “*del que recibe el encargo de averiguar los delitos y castigar a los culpables*” (Muñoz Conde *apud* Ramalho, 2017, p. 183), e, simultaneamente, junto ao vigor do Direito Constitucional, que lhe determina “*límites en esa actividad investigadora y enjuiciadora, inspirados em los derechos fundamentales*” (Muñoz Conde *apud* Ramalho, 2017, p. 183).

uma e outra aplicação a tela proposta encerre um colorido que dê ressonância aos vetores que aí estão a comandar a arte de moldar e aplicar a normativa processual penal.

Acerca desta malha normativa, não poderíamos deixar de consignar o papel proeminente desempenhado pela “constituição processual criminal” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 515), ou seja, pela normativa que a própria Constituição introduz no âmbito da disciplina das grandezas que enformam o processo penal. Aqui, e as Constituições portuguesa e brasileira dão bons exemplos disto, é pacífico que “os mais importantes princípios materiais do processo criminal” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 515) constam no corpo da superior disciplina constitucional, a qual efetivamente cuida de traçar cláusulas que revertem em “garantias de defesa” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 516), garantias que, bom é reconhecê-lo, equilibram o andamento processual em cujos passos devem estar condensados os interesses ligados aos *ius puniendi* e o “princípio da protecção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 516).

O que desejamos deixar bem vincado é que a tessitura normativa processual penal envolve avanços rumo à perseguição penal e delimitações estratégicas que propõem direitos de defesa ao sujeito-alvo da mesma; por diferentes palavras, no âmbito dessa tessitura consta a inscrição de fronteiras por onde é permitido (e exigível) a ação persecutória atuar e a introdução de limites infrangíveis (o respeito à eminente dignidade humana dá bom exemplo) que obstem o seguimento do agir estadual; tecnicamente falando, ao lado dos tais limites infrangíveis, temos a estipulação de atribuições e poderes de agir em prol dos órgãos de controlo (a infiltração de agentes testifica o que queremos dizer) que abrem restrições na “protecção dos direitos fundamentais do cidadão” (Faria Costa, 1998, p. 187), direitos fundamentais que, a despeito de constituírem um dos fins da perseguição criminal, não são fins absolutos marcados pela impossibilidade de sofrerem limitações em seus modelos garantísticos, donde a normativa infraconstitucional e a própria Constituição desenharem restrições aos ditos direitos a fim de cobrirem interesses dignos de tutela, quais sejam, “a descoberta da verdade material, a aplicação de uma pena ao culpado” e o “restabelecimento da paz jurídica” (Costa, 1998, p. 188) instabilizada pelo cometimento criminoso.

Desde tal mirante compreensivo, fica fácil enxergar que os princípios jurídicos que “traduzem e enunciam as opções normativas fundamentais que a organização positiva do processo é chamada a cumprir” (Neves, 1968, p. 28-29), estes princípios, íamos dizendo, despertam na ambiência onde exercem disciplina colisões e disputas contínuas por espaços de influência entre as duas grandezas processuais atrás referidas; nesta disputa, é bem de ver, em razão da idêntica valência acima referida, “cada um desses princípios será concretamente

limitado pelos termos em que tiver sido também reconhecido o princípio oposto” (Neves, 1968, p. 30), não cabendo na empreitada hermenêutica desta específica colisão uma “admissão pura” (Neves, 1968, p. 30) de uma das normas em liça — ou seja, de uma das grandezas processuais —, que o razoável objetivo a ser implementado traduz-se na aplicação equilibrada que enxergue no centro da balança jurídica pesos e reflexos oriundos das linhas de força que esforçam e estruturam a totalidade da normativa processual penal²⁹.

Prosseguindo, é tempo de verificarmos que a literatura jurídico-penal é pródiga ao designar as forças citadas, as quais efetivamente constituem vetores normativos que balizam este específico segmento penal e processual penal do ordenamento jurídico. Para termos uma noção mais precisa da pluralidade de expressões encontradas no mar da dogmática penal, é útil a colação de Costa Andrade, que, na obra *Sobre as proibições de prova em processo penal*, em densa pesquisa face à jurisprudência alemã em matéria de produção probatória e restrição de direitos fundamentais, enumera um “conjunto de fórmulas” (Andrade, 2006, p. 29) com as quais se apontam os diversos escopos buscados na seara processual penal.

Neste percurso, nota o autor que a jurisprudência alemã referencia a “realização efectiva da justiça penal” (Andrade, 2006, p. 29) enquanto “transcendente interesse do Estado de Direito” (Andrade, 2006, p. 29) que é de ser considerado de parceria com o rol de direitos, liberdades e garantias jusfundamentais do sujeito-alvo da atividade persecutória; para mais, cita as expressões “justiça funcionalmente capaz” (Andrade, 2006, p. 29) e “luta eficaz contra o crime” (Andrade, 2006, p. 29-30) como denotativas de importante linha de força que caracteriza o compasso persecutório-estatal³⁰.

²⁹ Dito de outro modo, a disciplina e a aplicação concreta da “matéria processual penal” (Figueiredo Dias, 2016, p. 09) têm sempre presente a “clara consciência de que, sempre que se alargue ou estreite a consistência de um direito fundamental processualmente relevante, estar-se-á inversamente a estreitar ou alargar a consistência de direitos fundamentais conflituantes” (Dias, 2016, p. 09), donde a imprescindibilidade de se convocar para a resolução das questões processuais a técnica da “ponderação das valorações conflituantes” (Dias, 2016, p. 09). Tal ponderação ou balanceamento principiológico, veremos mais tarde, constitui expediente interpretativo com base no qual se estabelecerá uma “relação de precedência condicionada entre os princípios” (Alexy, 2014, p. 96), uma relação que pressuporá que o órgão decisor, sempre com base no caso concreto e na carga normativa em jogo, fixe “condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro” (Alexy, 2014, p. 96) naquela particular situação de embate processual-penal.

³⁰ Flávio Cardoso Pereira emprega termos semelhantes aos citados. A ressaltar uma “*tensión de fuerzas*” (Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 39) — que “*deben ser llamadas a armonizarse en pro de un proceso penal justo y equilibrado*” (Pereira, 2016, p. 39) —, alude às garantias individuais ao tempo em que refere “*el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito*” (Pereira, 2016, p. 40), termos que, *grosso modo*, podem ser reconduzidos às ideias de eficiência do conduto processual e resguardo de garantias jusfundamentais da pessoa-alvo. Em distinta ótica, Figueiredo Dias aduz que a “defesa da capacidade funcional de administração da justiça penal” (Figueiredo Dias, 2020, p. 584) não consubstancia uma finalidade processual propriamente dita, antes equivale a “um requisito ou condição” (Dias, 2020, p. 584), é dizer, “um conjunto de possibilidades práctico-sociais [...] de realização do processo” (Dias, 2020, p. 584), um conjunto, enfim, que propicia a “consecução *in casu* das suas finalidades” (Dias, 2020, p. 584-585).

Isto posto, é mesmo seguro afirmar que tais linhas de força derivam de uma expressa normação constitucional e, inclusivamente, internacional; assim o afirmamos, esclarecemos desde logo, diante das Cartas Constitucionais portuguesa e brasileira, em face das quais surge à luz um direito fundamental à prestação de segurança que pressupõe o escopo de atribuir-se eficiência ao processo penal e à atividade de investigação criminal.

Assim, no que tange à realidade portuguesa, em face da norma inscrita no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição de 1976, o direito à segurança deve ser compreendido como uma espécie de penhor ofertado pelo braço operacional do Estado que pretende assegurar o “exercício seguro e tranqüilo de direitos” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 479), deixando-os a coberto de “ameaças ou agressões” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 479) de quem quer que seja; tal norma jusfundamental “comporta duas dimensões” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 479): a) uma primeira, dita “negativa” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 479), pode ser traduzida no direito de defesa dos membros da comunidade política ante incursões tingidas de ilegalidade e oriundas dos órgãos estaduais; outra dimensão, “positiva” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 479), autoriza a extração de um “direito positivo à protecção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 479); pressupondo esta segunda perspectiva a montagem de um aparato institucional e de um conduto processual eficiente que propiciem um enfrentamento proporcional frente aos fatores criminógenos constatados no tecido social.

Conectado a semelhante ponto de vista, Guedes Valente aduz que a segurança deve ser encarada como “direito fundamental do cidadão [...] garantístico dos demais direitos” (Valente, 2004, p. 79), quer dizer, a segurança é “tarefa fundamental” (Valente, 2004, p. 79) cujo desígnio consiste em viabilizar um ambiente livre de ataques e ameaças e favorável ao concreto desfrute das situações vantajosas derivadas do acervo de direitos fundamentais, um ambiente, em suma, provido de órgãos e procedimentos aptos à persecução de fatores criminógenos que perturbam o convívio harmônico com incidências lesivas sobre bens de indispensável resguardo.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, Scarance Fernandes também reconhece um caráter fundamental a ser atribuído ao direito à segurança, em decorrência do que afirma que “os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes dêem segurança e lhes garantam a liberdade” (Fernandes, 2008, p. 233); assim, a ótica do autor percebe a prestação de segurança inserida num “sistema que assegure eficiência com garantismo” (Fernandes, 2008, p. 233), o que, essencialmente, equivale a atuar o direito penal substantivo num *locus* processual dotado de garantias e direitos às pessoas-alvo da intervenção estatal.

Ou seja, o “binômio” constituído de “eficiência” e “garantismo” (Cruz, 2019, p. 323), a nutrir a um só tempo anseios de segurança pública e tutela de direitos ligados à individualidades sob perseguição penal, este binómio, voltamos a dizer, “é não apenas possível, mas também necessário” (Cruz, 2019, p. 323), donde o expediente persecutório ostentar uma “função dúplice de proteção das liberdades públicas (de inocentes e culpados)” (Cruz, 2019, p. 323) e de atendimento dos “interesses sociais reproduzidos em um processo penal” (Cruz, 2019, p. 324)³¹.

Assim sendo, visto que a viabilização de condições propícias ao usufruto de bens jusfundamentais pressupõe o imprescindível aparelhamento de órgãos estaduais, ações práticas de investigação e políticas criminais que efetivamente atendam ao dever de concretar as aludidas condições, surge a necessidade de previsão de meios de obtenção de provas, de entre outras providências, que subsidiem a investigação e o processo penal com melhores condições para que estes identifiquem e desbaratem as corporações criminosas destrutivas de bens sem os quais em transe se coloca a própria vivência comunitária.

De facto, a investigação criminal e, falando mais abertamente, os meios de obtenção de prova, desempenham um papel importante dentro da perspetiva que acabamos de assinalar. Ora, a investigação criminal, na medida em que funciona em ordem a “fundar os alicerces da realização do Direito Penal” (Alves; Gonçalves; Valente, 2001, p. 25) com o apuramento dos factos penalmente relevantes e de seus respetivos protagonistas, relaciona-se com o vetor normativo que garante ao tecido social “o direito de viver em segurança e numa ordem social e internacional que lhe garanta a efectivação plena de seus direitos e liberdades” (Alves; Gonçalves; Valente, 2001, p. 25), porquanto “permite que a lei penal seja aplicada ao caso concreto” (Alves; Gonçalves; Valente, 2001, p. 25), permite, enfim, o atingimento dos efeitos desejados por esta mesma legislação penal, entre os quais, cumpre dizê-lo, figura a proteção de bens jurídicos³².

Entretanto, as considerações acima não sufragam que o instrumento persecutório está adstrito a funcionar ao jeito do apetrecho bélico posto na dianteira e em combate sanguissedento

³¹A bem dizer, as doutrinas expostas podem ser reconduzidas à ideia-matriz segundo a qual segurança e liberdade são “fundamentos absolutamente essenciais para que todos os outros valores” (Faria Costa, 2007, p. 155) – que acenam para a “prossecução do livre desenvolvimento da personalidade humana” (Faria Costa, 2007, p. 155) – possam ser desfrutados no campo da realidade dos factos, vindo daí a “idêntica valência ou densidade” (Costa, 2007, p. 155) que constitucionalmente é adjudicada a tais fundamentos e o cavalo de batalha aqui mobilizado no sentido de que a aparelhagem processual deve porfiar por promover equilíbrios na disciplina dispensada à totalidade dos institutos processuais penais, afinal, “sem liberdade não há segurança e vice-versa” (Cruz, 2020, p. 321).

³² Basicamente, o que vai acima pode ser bem expresso na compreensão de que “o desenvolvimento autónómico da personalidade humana só será plenamente conseguido se o Homem tiver assegurado, via legislador penal, o mínimo de bens jurídicos material e espiritualmente necessários para a sua realização como ser livre” (Sardinha, 1989, p. 149).

contra a criminalidade organizada, em cuja estrutura os criminosos são encarados como frutos desvaliosos de um útero criminoso a merecerem pronta trucidação e a destituição automática de direitos e garantias ao nível do processo e da investigação criminal. Em absoluto, interessa reavivarmos que “no processo penal não se aplica a lógica de que os fins justificam os meios” (Badaró, 2023, p. 20), ao contrário, pretendendo reunir “condição para a legitimidade do resultado” (Badaró, 2023, p. 20), deve o processo “respeitar os parâmetros constitucionalmente previstos e se desenvolver com a perfeita observância das regras legais” (Badaró, 2023, p. 20).

Assim, a despeito da gravidade da ameaça de que o crime organizado é geratriz, temos para nós que esforços de clarividência devem ser levantados em acordo com a perspectiva de manter intacto o carácter subsidiário e fragmentário do sistema penal face às questões criminais encontradas na fluência do mundo-da-vida, um esforço em cujas linhas imponha-se ao jurista “aprender a analisar os modos sociais de controlar os problemas da criminalidade” (Palma, 2004, p. 53), e a importância de um “estudo interdisciplinar” (Palma, 2004, p. 53) e de uma “política social global” (Palma, 2004, p. 53).

Sobre a subsidiariedade da intervenção penal frente ao crime organizado, indispensável é a proposta que advoga um enfrentamento baseado na inserção de meios técnicos diversos da atuação legislativa que imprime restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos, isto é, em lugar de uma “prevenção normativa” (Hassemer, 2008, p. 308) — implementada mediante a criação de novos modelos incriminadores, endurecimento de penas e “aperfeiçoamento dos instrumentos de investigação” (Hassemer, 2008, p. 308) —, deve o Estado atuar tendo em mira uma “prevenção organizacional ou técnica” (Hassemer, 2008, p. 309), que “pode oferecer alternativas eficazes e condizentes com os direitos fundamentais em todos os campos nos quais a política criminal moderna atua” (Hassemer, 2008, p. 310)³³.

Na doutrina portuguesa, igualmente, afirma-se que “o recurso excessivo ao direito penal material e processual” (Valente, 2009, p. 161) pode ser evitado se ativo estiver “um sério e real controlo e fiscalização” (Valente, 2009, p. 161) de incursões aparentemente lícitas do empreendimento posto em ação pela criminalidade organizada, que o complexo funcionamento do maquinismo delinquente “utiliza as estruturas organizadas legalmente para proliferação dos

³³ Para exemplificarmos o que vem acima, a respeito da incidência de expedientes técnicos na seara da corrupção institucional, inscrevemos a possibilidade de promoção da “detecção precoce do surgimento de processos corruptivos” (Hassemer, 2008, p. 312) através de normativas determinantes de “auditorias internas perspicazes” (Hassemer, 2008, p. 312); mais, o estabelecimento de “rodízio frequente daqueles que ocupam posições sedutoras” (Hassemer, 2008, p. 312) ou mesmo a implantação de um “sistema interministerial de informações que utilize critérios comprovadamente confiáveis” (Hassemer, 2008, p. 312). Mediante tais condições é viável “evitar a corrupção e inibir seu crescimento” (Hassemer, 2008, p. 312) antes que a mesma deite raízes profundas no terreno da institucionalidade e imponha medidas restritivas de direitos.

seus intentos” (Valente, 2009, p. 161), é dizer, os senhores do crime necessariamente transitam por atividades legais e sujeitas à sindicância estadual, como exemplo, as atividades empresariais que recebem os aportes de recursos ilícitos e intentam dotá-los de aparência legal, daí a viabilidade e a preferência de o Estado, antes de proceder ao endurecimento penal, alcançar os passos das corporações criminais quando estes estiverem pelo mundo da legalidade, ou seja, no contexto ou rota de operação de atividades legalmente disciplinadas, o que configuraria uma espécie de estratégia político-criminal no “plano administrativo preventivo e sancionatório” (Valente, 2009, p. 161)³⁴.

Do que fundamentalmente se trata é da implementação de uma política criminal que porte em si a nota da intervenção subsidiária do instrumento penal e de técnicas processuais penais mais invasivas, intervenção que só pode ser levada a campo se ferramentas de outra ordem e menos interferentes não se mostrarem adequadas frente ao desafio que se pretende enfrentar; ao lado disto, estamos a defender uma política criminal que se mostre acompanhada de intervenções estaduais na área socioeconómica, que o mundo da criminalidade organizada — “nas suas raízes e nas suas alucinantes redes de consensos e de chantagens e de reações” (Chivario, 1994, p. 35) — “prospera” (Chivario, 1994, p. 35) em contextos marcados por corrupção institucional e diante de “carências das políticas sociais” (Chivario, 1994, p. 35), donde a necessidade de projeções do Estado de natureza assistencial e de cunho socioeconómico anteriormente a uma política restritivo-normativa na seara penal e processual penal, estas últimas a guardarem, eis tónica que desejamos frisar, uma indispensável subsidiariedade ante as citadas providências estaduais.

Uma aplicação concreta do que se vem de dizer é imediatamente apreensível no contexto da política criminal erguida para o enfrentamento do narcotráfico. De facto, quanto à estratégia a ser desenvolvida no ambiente socioeconómico dos países produtores de estupefacientes, mais especificamente no ambiente dos pequenos produtores que abastecem os narcotraficantes de substâncias proibidas, é mais adequada e premente uma política de viés promocional que atenda à carência económica dos tais produtores ao invés de criminalizá-los em primeira linha.

³⁴ Cremos que em lugar da mobilização preferencial de meios de obtenção probatória hostis às esferas individuais postas no ducto da *persecutio criminis*, é conforme a proporcionalidade – e a subsidiariedade que lhe é ínsita – a assunção de uma perspectiva de análise sobre os fatores que estão a causar “falhas na prevenção da criminalidade” (Valente, 2015, p. 02), como exemplo, a “incapacidade operativa (e quantas vezes incompetência por desconhecimento) dos operadores judiciais na interpretação e aplicação” (Valente, 2015, p. 02) de meios tradicionais e menos interferentes; enfim, advogamos um “juízo prévio científico de subsidiariedade legiferante na aprovação e positividade dos meios de investigação criminal” (Valente, 2015, p. 02) ditos mais restritivos da jusfundamentalidade em voga.

Ou seja, ao invés de uma política ancorada em restrições a direitos fundamentais no enfrentamento do narcotráfico, razoável é a adoção de uma estratégia multifocal que contemple o “*productor campesino*” (Ambos, 2003, p. 43) com vantagens e iniciativas oficiais que o façam substituir o abastecimento ilegal pela produção de produtos legais, como exemplo, o oferecimento de créditos para viabilizar a produção e suportes na infraestrutura (“*caminos de transporte, suministro de agua, electricidad, casas*” (Ambos, 2003, p. 43), tudo no sentido de superar as vantagens da “*comercialización de la coca*” (Ambos, 2003, p. 43) e impedir que os pequenos produtores continuem a subsidiar os narcotraficantes.

É fácil de intuir a chave de solução acima proposta: se a criminalidade dos poderosos tem “dimensões amplas e raízes profundas” (Moccia, 2011, p. 36), é curial a propositura de uma “solução extrapenal” (Moccia, 2011, p. 35) frente ao fenómeno, a qual geralmente “é a mais idônea a resolver o problema *in radice*” (Moccia, 2011, p. 35), pois que o sistema penal não toca o rol de fatores que determinam o surgimento da criminalidade organizada, isto é, não atua ao nível das causas socioeconómicas do fenómeno; sendo assim, deve ser atribuído ao sistema um carácter “residual” (Moccia, 2011, p. 36), contendo-se, pois, uma indesejada “euforia penalística” (Moccia, 2011, p. 36) que pretende lançá-lo em primeira linha no enfrentamento desta específica fenomenologia criminal. (Moccia, 2011:35-36)

De tudo que dissemos se conclui que “as políticas processuais-penais correm [...] num fino arame de equilibrista” (Meireis, 2006, p. 95), pois que, para lá de deverem observar a subsidiariedade acima, tais normativas devem buscar o “óptimo” (Meireis, 2006, p. 95) na esteira de realização de uma e outra função atribuídas ao processo penal e à investigação criminal, não havendo aqui prevalências aprioristicamente definidas, senão dois vetores a merecerem ponderada atenção e desdobramento concreto, que o razoável objetivo a ser atingido é o estabelecimento de uma “zona de equilibrio” (Guzmán Fluja, 2006, p. 206) no manejo do processo penal.

Entretanto, ingentes são as dificuldades que sobem à cena de aplicação jurídica aquando do estabelecimento — ou da busca, melhor será dizê-lo — da citada zona de equilíbrio, a qual, se nos for permitida uma ilustração, repudiará rotundamente que uma das forças em causa predomine num dos pratos da balança em ordem a esboçar um declive desproporcionado e inexorável para um dos lados, um declive, enfim, alheio à eficácia jurídica da força sob restrição.

Diante deste inevitável entrechoque, não pode o intérprete largar do convencimento de que há nessa balança de forças um predomínio antecipadamente assinalado e a pesar na mesma direção em toda e qualquer moldura fática; ao invés, o modelo proposto neste trabalho advoga

a estipulação de equilíbrio entre a “função dos direitos fundamentais como barreiras à ação estatal” (Feldens, 2008, p. 63) e a “função protetiva que o Estado há de exercer” (Feldens, 2008, p. 64) relativamente a bens de igual estatura jusfundamental, bens que, a viger um conduto persecutório desprovido de eficiência, quedariam em situação de proteção deficiente — cenário inadmissível à luz de uma representação estatal tributária da “multifuncionalidade dos direitos fundamentais” (Feldens, 2008, p. 63).

Bem ao contrário, a citada zona de equilíbrio implica, a um só tempo, a evitação de atuações estatais à margem da legalidade e dos parâmetros insculpidos nas Constituições e Tratados Internacionais que prevejam direitos humanos e garantísticos das esferas dos cidadãos; implica, depois, a adoção de procedimentos estribados na consideração de uma “função de protecção activa da Sociedade” (Palma, 2006, p. 107), derivada esta última de um modelo de Estado “não meramente liberal” (Palma, 2006, p. 107), mas sim “promotor de bens, direitos e valores” (Palma, 2006, p. 107) de titularidade transindividual e igualmente sediados nas Constituições e demais instrumentos internacionais vinculantes.

Ora, a assunção de uma visão inclinada a considerar unicamente as normas jusfundamentais individuais — dirigidas à contenção do poder estatal e à salvaguarda dos cidadãos —, com abstração da tutela, “necessária e eficaz” (Andrade, 1992, p. 178), de bens jurídicos “indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada” (Andrade, 1992, p. 178), bens jurídicos, enfim, ditos supraindividuais, uma tal ótica, tornamos a dizer, consubstancia um modelo de “garantismo hiperbólico monocular” (Fischer, 2013, p. 32), suscetível de causar uma “desproteção sistêmica” (Fischer, 2013, p. 31), já que, sob esta criticável luz, “protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais” (Fischer, 2013, p. 31), prescindindo-se de uma proteção eficiente com relação aos “demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional” (Fischer, 2013, p. 31)³⁵.

Antes de seguirmos nosso percurso, uma excursão fundamental impõe-se: temos como fio condutor de nosso estudo uma metodologia que ultrapassa “*el marco del proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo*” (Ibáñez, 2005, p. 60) no campo da intervenção processual do Estado; queremos dizer que temos em mira, para lá do garantismo individual do cidadão face à intervenção penalística estatal, um modelo de aplicação do direito dito polivalente, que consubstancia um “*garantismo dinámico*” (Ibáñez, 2005, p. 60) e

³⁵ Fundamental é reter desde logo que “um unilateralismo sistemático no sentido da protecção do arguido ameaçaria o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos” (Figueiredo Dias, 1983, p. 206), eis uma das bases da compreensão que ora esposamos.

comprometido com o “*establecimiento de un régimen de garantías para la totalidad de los derechos fundamentales*” (Ibáñez, 2005, p. 60), um modelo que, em suma, porque versátil em sua atuação, respeita as balizas “*del juego en materia penal y procesal*” (Ibáñez, 2005, p. 60) e preordena-se à tutela integral do complexo de bens jusfundamentais. A sistemática garantista que temos em mira, enfim, é a que acolhe a “teoria do equilíbrio na tutela de bens jurídicos e na defesa do delinquente perante o *ius puniendi*” (Valente, 2012, p. 109).

Na literatura processual brasileira, é convincente a doutrina de Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, que critica o entendimento míope de que o mecanismo processual penal liga-se unicamente ao influxo de “direitos e deveres de não intervenção em direitos fundamentais de primeira geração” (Fischer; Pereira, 2018, p. 26); a advogar a formulação de um “garantismo penal integral” (Fischer; Pereira, 2018, p. 26), tal doutrina sustenta que o Estado Democrático de Direito está vinculado a pautas normativas que determinam “garantias positivas” (Fischer; Pereira, 2018, p. 25) de atuação estadual no sentido da prossecução de todos os bens e direitos fundamentais que da Constituição dimanam, donde a “obrigação de o Estado agir positivamente para [...] garantir também a proteção dos direitos fundamentais dos demais integrantes da sociedade” (Fischer; Pereira, 2018, p. 26), para além dos direitos individuais que tocam os sujeitos-alvo da marcha persecutória.

O garantismo integral e polivalente acabado de referir pressupõe a essencialidade da tutela estatal em relação a um conjunto seletivo de “bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal” (Figueiredo Dias, 2016, p. 252), ou seja, um conjunto de bens que, por espelharem “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica” (Dias, 2016, p. 252), reclama atrás de si a viabilização concreta da norma jurídica que adjudica à sociedade segurança e eficiência; afinal, a tutela penal erguida ao redor do sobredito conjunto seletivo “seria uma evanescência, um mero sopro de indicações” (Faria Costa, 2007, p. 156) se desprovida em sua arrumação normativa respetiva de uma dose de eficácia, é dizer, uma dose de elementos normativos que na ala processual do sistema viabilize condições de implementação da tutela penal correspondente.

Ou seja, na base do modelo a que aderimos nesta sede — o “*garantismo penal integral y proporcional*” (Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 174) —, figura a premissa de que existem bens jurídicos supraindividuais que “*deben ser igualmente tutelados por el proceso penal*”³⁶

³⁶Dizendo-o por extenso, os “bens jurídicos constitucionais” (Feitoza, 2007, p. 181), como o meio ambiente, a saúde pública e a vida, constituem “fins mediatos especiais ou específicos da persecução criminal” (Feitoza, 2007, p. 181), donde os institutos processuais penais, nas intervenções determinadas sobre as individualidades ligadas à

(Pereira, 2016, p. 174), que o “Estado social de Direito” (Novais, 2006, p. 199), sob o signo de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais — da qual decorrem deveres de atuação e proteção estatais, consoante veremos adiante —, exige “tanto a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais” (Novais, 2006, p. 199) quanto a criação de “condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais” (Novais, 2006, p. 198-199), ou seja, nossa perspectiva é a de um Estado “mínimo na esfera penal” (Ferrajoli, 2002, p. 695) — vinculado à “extensão das vedações legais impostas à sua atividade repressiva” (Ferrajoli, 2002, p. 695) — e “máximo na esfera social” (Ferrajoli, 2002, p. 695 — vale dizer, uma centralidade institucional ligada à “maximização das expectativas materiais dos cidadãos” (Ferrajoli, 2002, p. 695) e à “expansão das obrigações públicas de satisfazê-las” (Ferrajoli, 2002, p. 695).

Aliás, pensamos que é possível ligar tal perspectiva a um segmento específico da doutrina garantista de Ferrajoli, o qual, em o Direito como sistema de garantias (1995, p. 33-34), ao erigir as bases de sua filosofia político-jurídica, assinala que o “Estado Constitucional de Direito” (Ferrajoli, 1995, p. 33) não expede apenas “normas procedimentais” (Ferrajoli, 1995, p. 34) que disciplinam a feitura das leis e demais actos normativos; para além, expede “conteúdos substanciais” (Ferrajoli, 1995, p. 34) que correspondem aos “princípios e aos valores inscritos nas constituições” (Ferrajoli, 1995: 33-34), princípios e valores que, a traduzirem uma jusfundamentalidade que é bidimensional (dizemos nós), condicionam a validade da malha normativa estadual e determinam-lhe o conteúdo.

Ora, a malha ou programação normativa penal e processual penal insere-se neste quadro em que valores e princípios deitam influência e vigor normativo tendentes a delimitação do conteúdo substancial e demarcação dos limites de validade da legislação posta à luz do dia; em substância: é aplicável à política criminal que “todos os direitos fundamentais” (Ferrajoli, 1995, p. 37) — bom é dizê-lo: os “direitos de liberdade” e “sociais” (Ferrajoli, 1995, p. 37) — impõem “vínculos de substância” (Ferrajoli, 1995, p. 37) que permeiam o conteúdo das normas produzidas e determinam os fins para o atingimento dos quais preordenado está o Estado Constitucional de Direito, donde a conclusão que ora esposamos no sentido de que as normas processuais penais arrancam do impulso de um garantismo multidirecional que adstrito está à

perseguição estadual, deverem observar uma “releitura constitucional” (Feitoza, 2007, p. 181) que tome em consideração estes ditos fins específicos ou especiais, “a fim de se adequarem à sua justificação teleológica constitucional” (Feitoza, 2007, p. 181).

proteção simultânea de bens sociais e direitos ligados ao cidadão que figura na ribalta persecutória estadual.³⁷

Duas ilustrações e esclarecemos o ponto. Imaginemos um clã delinquente que coopta operacionais do serviço de saúde com vistas a fraudar licitações e contratos públicos, tudo isto a onerar orçamentos e a interferir na própria qualidade dos tais serviços prestados. Ora, nesta hipótese são nítidos os efeitos desastrosos e as avarias sentidas ao nível dos bens jurídicos entregues à curatela estatal. Aqui, dada a “dignidade penal” (Andrade, 1992, p. 187) e a “carência de tutela penal” (Andrade, 1992, p. 187) dos interesses envolvidos, isto é, a magnitude dos bens e a precisão da intervenção penal, deve intervir a criminalização estatal das condutas fraudulentas e uma investigação criminal e um processo penal eficientes no apuramento do quadro fáctico pertinente.

Ao demais, figuramos o exemplo de uma aliança criminosa no bojo da qual quantias oriundas do narcotráfico são inseridas no sistema económico-financeiro com vistas ao despistamento das autoridades de controlo e ao próprio incremento da atividade delituosa desenvolvida. Aqui, os efeitos deflagrados em despol de bens jurídicos dotados de dignidade penal são igualmente perversos. Primeiro, as quantias ilícitas postas no mercado legal repercutem na competição entre as empresas que atuam no mesmo âmbito; numa palavra: há um desequilíbrio evidente em prol da corporação criminosamente escudada pelo comércio ilegal de entorpecentes que causa reflexos ao nível dos valores e normas relativas à concorrência que é do interesse do Estado preservar. Segundo, os efeitos nocivos no campo da saúde pública determinados pelos narcotraficantes evidenciam a precisão da intervenção penal em meio ao contexto em que atuante a aliança citada. Também aqui é meridianamente clara a necessidade de imposição de um instrumental processual que esteja à altura do desafio proposto pela criminalidade organizada e acumpliciada, quer dizer, é necessária e proporcional a introdução da infiltração de agentes que, imersos no ambiente dos narcotraficantes, recolham informes e possibilitem a atuação do direito penal aplicável à espécie.

A formulação de uma compreensão caolha perante as situações esboçadas supra, que conecte o expediente da persecução penal — única e exclusivamente — aos interesses e normas garantistas individuais, esta compreensão, ante as conhecidas dificuldades probatórias

³⁷ Desejamos ressaltar que “não se pode pois cair no erro de, a pretexto de salvaguardar os direitos do arguido, desleixar a defesa dos direitos fundamentais dos outros cidadãos, sob pena de atrofiamento da Justiça Penal” (Sardinha, 1989, p. 147), ou, dito de outro modo, “o garantismo não pode se focar somente em um dos aspectos da balança” (Mendonça, 2013, p. 187), quer dizer, “não se pode exaltar em qualquer situação o direito de punir nem se pode interpretar as garantias do acusado como um objetivo único a ser perseguido” (Mendonça, 2013, p. 187).

relacionadas à macrocriminalidade, desembocaria num reconhecimento apenas em tese dos bens jurídicos cobertos pela tutela penal, que em concreto a ausência de um eficiente apuramento estatal causaria uma desproteção indevida e um espaço aberto à persistência de incidências criminais de grande monta e especialmente lesivas à vivência social, donde a imprescindibilidade de “um sistema que faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança” (Fernandes, 2008, p. 233), ressaltando-se, naturalmente, a atribuição ao acusado de “todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade” (Fernandes, 2008, p. 233).

Se, de um lado, é crucial a imposição de limites à atuação persecutória em atenção às esferas de liberdade do cidadão, de outro, “o Direito Penal aspira a desempenhar uma função de relevo na proteção de direitos fundamentais” (Palma, 2014, p. 21), proteção que, por óbvio, pressupõe a colocação de uma maquinaria processual expedita e versátil, vale dizer, adequada e capaz de equilibrar os vetores normativos que sobre si exercem força de atuação jurídica.

A concluir o parêntese, temos para nós que é razoável seguir na consideração “*equilibrada y proporcional de todos los intereses jurídicos envueltos en el proceso penal*” (Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 175) e inscritos nas Constituições e Documentos Internacionais vinculantes, quer dizer, os interesses garantísticos-individuais e o direito à segurança da coletividade “*en situaciones provocadas por la actuación de los grandes grupos de delinquentes organizados*” (Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 175).

Adiante pretendemos reatar a temática da aplicação polivalente das normas processuais com mais explicitude e densidade, especialmente os efeitos de tal implementação no campo onde a infiltração policial e o *nemo tenetur* colidem. No tópico seguinte, desejamos ainda abordar o significado da pretendida zona de equilíbrio processual penal, a qual funciona como uma espécie de estribo desde o qual arranca a metodologia polivalente que nesta sede propugnamos, isto é, o garantismo integral e proporcional que opera uma atuação bidirecional do conteúdo normativo enformador das Constituições brasileira e portuguesa.

2.2. DA ZONA DE EQUILÍBRIO PROCESSUAL – A MATRIZ ENFORMADORA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL POLIVALENTE

À partida, cumpre assinalarmos o entendimento de que a dita zona de equilíbrio ou harmonia pode ser vista como uma metodologia jurídica, é dizer, uma metodologia que aponta para um estado de coisas ideal a ser buscado na aplicação de normas integrantes do sistema penal; aplicável ao nosso estudo, indica um horizonte que deve ser observado aquando da

conciliação do exercício das duas forças atrás citadas, conciliação que orienta a interpretação jurídica a envidar todos os esforços no sentido aqui já declinado, ou seja, o sentido da coexistência equilibrada de forças que não se excluem e impõem detido trabalho de conjugação da carga normativa de cada qual.

Scarance Fernandes, embora admita a dificuldade de tradução do decantado “justo equilíbrio” (Fernandes, 2008, p. 231) ao nível da legislação e da própria aplicação concreta do direito, aduz no sentido de que estamos diante de uma “meta, uma diretriz, que deve nortear o processo penal” (Fernandes, 2008, p. 231) e fazer com que o mesmo “não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade” (Fernandes, 2008, p. 231).

Na doutrina portuguesa, Faria Costa reconhece que o conseguimento de objetivos afeiçãoados ao *ius puniend* implica a constrição de direitos fundamentais concebidos e dirigidos à condição de quem é perseguido criminalmente; diante deste quadro, adverte o autor, a elaboração da malha normativa não pode “perder de vista os pontos de equilíbrio” (Faria Costa, 1998, p. 197) que necessariamente devem marcar os institutos que regem a atividade de persecução penal; para isso, ensina que estes “intentos de equilíbrio” (Faria Costa, 1998, p. 197) são levados à prática mediante a introdução de normas no seio da ferramentaria processual que prestigiem o sistema acusatório e que enropeiem a pessoa-alvo com faculdades jurídicas que lhe permitam fazer face à imputação que contra si é desferida — a constituição livre de defensor e a presunção de inocência, para além da estipulação de meios proibidos de prova que balizem a atividade das instâncias de controlo são utilizados como exemplos que logram inserir o sobredito equilíbrio na relação de forças conflituantes experimentadas pelo instrumental processual penal.

Em que pesem as dificuldades de precisão semântica do citado equilíbrio, compartilhamos da perspetiva segundo a qual a contraposição existente entre uma e outra força não é de instaurar uma contemplação pessimista em face do sistema penal; longe disso, a antítese deve ser entendida como um envio permanente ao aperfeiçoamento do sistema, ou, por outra, “*un motor de evolución*” (Silva Sánchez *apud* Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 56) do mesmo, sistema que, por fim, restará costurado pelas mãos de uma metodologia interpretativa sempre inclinada à ponderação dos interesses conflituantes e tendente à conciliação sem apagamentos das forças em disputa.

A temática que ora trazemos à liça, em face do contexto político-criminal contemporâneo, ganha foros de discussão académica de grande tomo. Efetivamente, os desafios atirados pelos criminosos de secretária instauram novas perspetivas a propósito do equilíbrio que se almeja alcançar nas estratégias de prevenção e repressão da criminalidade de alto nível;

mais, tais desafios instabilizam continuamente as noções de equilíbrio que o legislador paulatinamente vai atingindo na sequência da produção da confecção normativa, donde a necessidade de um redobrado e sistemático esforço no sentido da atualização da harmonia que se deve imprimir à normativa pertinente.

Já aqui suficientemente avançadas as superlativas dificuldades encontradas na investigação do crime organizado, pensamos estar também esclarecido que a conceção de expedientes probatórios adequados à superação das mesmas ativa mais significativas restrições ao nível dos direitos fundamentais da pessoa investigada. Postas as coisas neste pé, a questão que surge à luz diz respeito à existência de peculiaridade no concernente ao equilíbrio de que não é lícito desprender-se na lida do processo penal que envolve a sofisticação, o poderio e as estratégias capciosas dos senhores do crime.

Na consideração de tal questionamento, não convém a persistência de dúvida quanto à especialidade do equilíbrio que deve ser instalado aquando do delineamento de políticas criminais tendentes à prevenção e à repressão da criminalidade do poder, ou seja, diante deste particular fenómeno criminógeno, que desperta um “requisitório em favor de uma eficiência processual acrescida” (Figueiredo Dias, 2008, p. 24), particulares devem ser as estratégias colocadas em riste pela ação estadual que pretende atuar na direção do cumprimento de deveres de prestação de segurança, vindo daí, pois, a compreensão que aponta para um novo equilíbrio ante o grau superlativo do desafio proposto, equilíbrio que, bom é repisá-lo, inclina o processo penal ao “tratamento eficiente de formas altamente organizadas de criminalidade gravíssima” (Dias, 2008, p. 23), ao tempo em que o mantém como “um sistema de sólida garantia dos direitos fundamentais do cidadão” (Dias, 2008, p. 23).

Bem vistas as coisas, no campo problemático da criminalidade organizada, soar realmente inteligível que ingentes esforços investigativos sejam postos no sentido do rompimento do véu que cobre a face dos senhores do crime; para este mister, é bem de ver, expedientes sub-reptícios ao nível das organizações delinquentes podem estar na ponta de cálculos e estratégias que visem anular as sombras espessas que servem de toldo e refúgio inexpugnável a estas formas altamente lesivas de criminalidade organizada.

Do que fica dito exsurge que uma apurada metodologia interpretativa deve ser levantada com vistas a atender ao equilíbrio que deve vigor entre os interesses conflitantes em causa, uma metodologia que tome em si que os tais esforços investigativos acendem especiais limitações no âmbito dos direitos individuais dos cidadãos sob investigação.

Figueiredo Dias ao considerar o espectro do terrorismo e da criminalidade organizada, e ao confrontá-lo com a “criminalidade geral” (Figueiredo Dias, 2008, p. 25), entende que “o

ponto de equilíbrio dos interesses conflitantes já deve ser outro, e diferente” (Dias, 2008, p. 25), em face da especial danosidade deixada no asfalto da vida pela criminalidade do poder. Segundo o autor, tal pano de fundo permite e assegura às vítimas (“reais e potenciais, presentes e futuras” (Dias, 2008, p. 25)) um “direito indeclinável a uma protecção reforçada” (Dias, 2008, p. 25) e, por via de consequência, um direito à “intensificação do intervencionismo estadual” (Dias, 2008, p. 25), donde a diversa calibragem do equilíbrio processual que sob este peculiar circunstancialismo deve ser buscada e deslocada no sentido do aparelhamento dos meios persecutórios.³⁸

Flávia Loureiro constata uma nova perspectiva em relação ao equilíbrio que deve vigor entre as grandezas normativo-processuais na trincheira de enfrentamento da macrocriminalidade, ressaltando, ainda, que os direitos dos cidadãos-alvo das medidas — embora sob restrições na materialização da perseguição criminal — não restam “definitivamente cerceados ou comprometidos” (Loureiro, 2009, p. 279) diante dos novos equilíbrios implantados que abrem portas aos interesses da investigação e calibram com peculiaridade as citadas forças normativas. De facto, a autora descortina que o contexto contemporâneo tem enveredado por “tentativas de encontrar novos equilíbrios no processo penal, em que o ponto óptimo se desloca talvez um pouco dentro do campo dos direitos de defesa do arguido” (Loureiro, 2009, p. 279), daí resultando as citadas restrições em prol das demandas persecutórias.

Partindo do reconhecimento do rol de direitos assegurados ao sujeito-alvo do aparato persecutório, José Miguel Sardinha filia-se à ideia do equilíbrio processual ao asserir que “em casos de grave lesão ou grave ameaça de lesão de todo o sistema de direitos fundamentais” (Sardinha, 1989, p. 150), o citado leque jusfundamental não pode funcionar como um “entrave ao exercício de uma eficaz justiça penal” (Sardinha, 1989, p. 150), entrave que comprometeria o desejado “ponto de equilíbrio” (Sardinha, 1989, p. 150), sendo apropositado, pois, o dever de intervir a musculatura estatal — mediante restrições a direitos — de modo a prevenir e reprimir ações delinquentes que ponham em causa “a liberdade e segurança dos cidadãos” (Sardinha, 1989, p. 150).

O que desejamos deixar bem vincado é que o potencial lesivo intrínseco à criminalidade do poder e a pronunciada opacidade de sua estrutura e atuações concretas suscitam deveres de

³⁸ De salientar a precaução do autor quanto à necessidade de preservação (em meio ao calibramento citado) do “núcleo irredutível da dignidade humana” (Figueiredo Dias, 2008, p. 25) — cabível mesmo em face do “criminoso mais brutal e empedernido” (Dias, 2008, p. 25) — e do núcleo essencial da normativa jusfundamental-individual então sob restrição no bojo da perseguição criminal (Dias, 2008, p. 25).

proteção atribuíveis ao Estado que se desdobram em meios de obtenção de prova aptos a aprovisionarem a inteligência e a viabilidade dos trâmites persecutórios diante desta verdadeira Hidra de Lerna da contemporaneidade político-criminal.

Ocorre que o manejo de semelhantes manobras implica um grau de interferência nos direitos fundamentais abalroados que é comparativamente superior em relação ao nível de restrição adotado frente à criminalidade ordinária; daí a constatação encontrada no âmbito da doutrina de que o equilíbrio nestas específicas sedes de enfrentamento político-criminal é diverso e peculiar, valendo aqui deslocamentos ou calibrações ponderadas³⁹ na balança em prol dos interesses investigatórios e a título de cumprimento dos deveres de proteção que inadmitem uma prestação defeituosa, quer dizer, ineficiente do ponto de vista da prevenção e da repressão à criminalidade de alto nível.

De fato, ares criminológicos desafiadores fornecem razões desde as quais serão autorizados particulares regramentos processuais que estejam em condição de subsidiar a eficiência da investigação criminal frente à realidade muito específica que emana da criminalidade organizada, razões estas que deverão ser subtilmente discutidas numa mesa de discussão mediante metodologia interpretativa que atenta estará ao equilíbrio e à necessidade de salvaguarda de ambas as forças em disputa; assim, inadmitidos os ditos regramentos, a conclusão inevitável a surgir arrastará consigo a inexistência de equilíbrio entre as forças, dado que o resultado dos efeitos colaterais daí decorrentes equivalerá à própria destruição da balança pelo acuidade e tática dos senhores do crime, que fariam vigorar uma roda crescente de ilicitudes diante de uma investigação criminal desaparelhada e determinante de uma proteção defeituosa.

A perspectiva que se vem de dizer é a perspectiva de equilíbrio que demanda um ajustamento — sem conseqüente desfalecimento das normativas jusfundamentais individuais — da maquinaria processual ao engenho e tática atrás citados; tal ajuste, na medida em que propicia uma rota de possível andamento investigativo, propicia também um aparelhamento que, afinal, é decorrência de imperativos de tutela que tocam a essencialidade de bens jurídicos em relação aos quais não é lícito ao Estado desprover.

³⁹ Decerto, em presença de uma causa de pedir pontilhada pelas sombras do crime organizado, para haver equilíbrio e a simultânea consideração de ambos os polos processuais, é mister a instalação de um juízo de ponderação tendente ao estabelecimento de medidas em prol dos deveres de proteção estatal, sob pena de a atividade persecutória, já à nascença, não apresentar qualquer viabilidade de prossecução de seus impreteríveis encargos, sujeitando-se, assim, inexoravelmente, ao império e engenho dos clãs delinquentes, inexistindo, nesta textura, bom é compreender, equilíbrio algum, senão o predomínio invariável de um dos pratos da balança, é dizer, o prato reservado à apetência dos senhores do crime.

Agora, “os exemplos históricos de excessos contra direitos individuais em nome dos interesses do Estado” (Eduardo Araújo da Silva, 2003, p. 53) — numa palavra, o tendencial “descontrole no binômio eficiência penal/garantia individual em desfavor do cidadão” (Silva, 2003, p. 53) — recomendam a estipulação de um “ponto de equilíbrio” em cuja fórmula as restrições a direitos fundamentais devem sempre ser vistas como excepcionais; de resto, tal estipulação pressupõe invariavelmente uma criteriosa atividade de ponderação ou balanceamento de bens que tem na base de sua formulação “o dever do intérprete de buscar a harmonização possível entre preceitos constitucionais em tensão” (Souza Neto; Sarmiento, 2014, p. 440), que “as soluções das tensões entre normas constitucionais devem manter, na maior extensão possível, a proteção a cada um dos bens jurídicos envolvidos” (Souza Neto; Sarmiento, 2014, p. 440), eis, em jeito de súmula, a perspectiva que subjaz ao modelo aqui proposto.

Avançando a temática, interessa esclarecermos alguns desdobramentos que surgem à tona quando inobservada a citada diretriz ou metodologia jurídica, ou seja, quando ignorada a zona de equilíbrio ou harmonia processual penal, a qual, como acentuado, “neutraliza-se com a defesa da supremacia da segurança sobre a liberdade ou da liberdade sobre a segurança” (Valente, 2012, p. 109).

José Souto de Moura, ao referir que “a exigência de uma dose de eficácia e funcionalidade na descoberta da verdade” (Moura, 2005, p. 38) coexiste com a “dimensão garantística do processo” (Moura, 2005, p. 38), aduz que o insucesso do processo penal enquanto “meio de realização da justiça penal” (Moura, 2005, p. 39) implica o “descrédito das instituições” (Moura, 2005, p. 39) e, também, a tentação do emprego de “expedientes que façam o que os tribunais não conseguem fazer” (Moura, 2005, p. 39).⁴⁰

Catarina Veiga, antevendo inconvenientes derivados da “preocupação extrema pela garantia sem limites dos direitos de liberdade no processo penal” (Veiga, 2007, p. 1062) — preocupação esta que “impede ou paralisa a conformação e funcionamento” (Veiga, 2007, p. 1062-1063) de um procedimento adequado à “realização célere da justiça penal” (Veiga, 2007, p. 1063) —, preconiza um modelo que tenha em consideração simultaneamente os interesses coletivos e os das individualidades sob perseguição criminal, um modelo, em suma, que encerre

⁴⁰ Alberto Zacharias Toron, embora não atribua efeitos de cura milagrosa ao sistema repressivo, sustenta a viabilidade de “mecanismos de controle” (Toron, 1996, p. 137) e a oportunidade de promover-se um “endurecimento do sistema penal” (Toron, 1996, p. 137); expõe o doutrinador que a ausência destes últimos semearia o risco da “reedição da guerra de todos contra todos” (Toron, 1996, p. 137) e a instituição de “milícias privadas” (Toron, 1996, p. 137), como sói acontecer em sítios periféricos onde veem à luz a “ação dos temíveis justiceiros” (Toron, 1996, p. 138).

uma “concordância prática” (Veiga, 2007, p. 1063) a ser ativada aquando da aplicação dos citados vetores, sem preferências *a priori* estabelecidas.

Em diálogo com os entendimentos supra, diríamos que a atribuição inexorável de peso prevalecente ao vigor normativo das jusfundamentalidades pessoais, independentemente das circunstâncias em causa, essa atribuição invariável, dizíamos, se pressupor o impedimento de técnicas mais apropriadas no ambiente da *persecutio criminis* — e em vista de peculiares fatores criminógenos de grande lesividade social e individual —, tem o condão de positivar uma condição de deficiente proteção estatal frente aos referidos fatores que, imunes à atividade persecutória do Estado, poderão pulular com maior desenvoltura e danosidade social⁴¹.

Assim sendo, importa assumir que, no ambiente persecutório, a função garantística dos direitos não deve “paralisar a acção da justiça” (Gaspar, 2005, p. 261), ou antes, tais direitos não podem ser “instrumentalizados” (Gaspar, 2005, p. 261) em ordem a constituírem “obstáculo a um eficiente combate” (Gaspar, 2005, p. 260) frente à criminalidade altamente organizada e perniciosa (Gaspar, 2005:260-261), que o Estado de Direito — fundado em uma dupla dimensão da normativa jusfundamental — “não exige apenas a garantia de defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de facto” (Machado, 1996, p. 59).

De outro lado, cumpre enfatizarmos, um “Estado interventivo e protector da comunidade” (Valente, 2012, p. 107) não pode nutrir a perspectiva de favorecer o sistema penal com o total “desnudamento dos direitos, liberdades e garantias do cidadão” (Valente, 2012, p. 107), pois que a realização processual-penal não pode abstrair uma soma de normas garantistas que, observadas com escrúpulo, tingem de legitimidade a marcha persecutória e previnem a configuração de um “autêntico terrorismo de Estado” (Moura, 2005, p. 39).

Portanto, assim como a ineficiência do instrumento persecutório deságua em descredibilidade do sistema, “a agressão desnecessária e excessiva de garantias processuais” (Valente, 2006, p. 207) no âmbito do conduto processual igualmente acarreta “uma não aceitação pela comunidade da acção punitiva e uma não asserção plena da paz jurídica” (Valente, 2006, p. 207), donde o lugar cativo das garantias ofertadas ao cidadão durante o transcorrer do processo penal e o cuidado do operador do direito que deve tomar para si que a “eficácia da Justiça” (Germano Marques da Silva, 2001, p. 99) é norma jurídica digna de concreção, só estando coberta de legitimidade tal aplicação, no entanto, “quando alcançada pelo

⁴¹ Melhor exprimir com a frontalidade que o tema merece: o “Estado Democrático tem [...] de garantir” (Figueiredo Dias, 2009, p. 809) o equilíbrio que acima vem preconizado, “ou resignar-se a perecer” (Dias, 2009, p. 809).

engenhos e pela arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa” (Germano Marques da Silva, 2001, p. 99-100)⁴².

Assim, dentro do que se vem de dizer, a focalizarmos agora a etapa de investigação criminal, é indesmentível que a ação policial deve cobrir-se de uma “legitimação social” (Germano Marques da Silva, 2001, p. 86) no cumprimento de suas funções de prevenção e repressão da criminalidade em voga, já que a “a população está disposta a colaborar com uma polícia que lhe pareça claramente legítima” (Silva, 2001, p. 85), ou seja, que desempenhe o mister que lhe é assinalado de modo “tecnicamente eficaz” (Silva, 2001, p. 85) e atento aos termos legais e aos “imperativos morais dominantes” (Silva, 2001, p. 85).

A concluir o tópico, vale condensar todo o exposto na fórmula do equilíbrio que deve incidir sobre o planeamento e a concreção de termos político-criminais amigos de uma prática processual-penal democrática, afinal, “devemos sempre viver em busca de um equilíbrio entre o securativismo e o garantismo para que se concretize a grande função do Direito penal” (Valente, 2017, p. 52), quer dizer, “o equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos” (Valente, 2017, p. 52) e a “defesa do delinquente face ao *ius puniendi*” (Valente, 2017, p. 52), não se mostrando legítimo, nem mesmo face ao poder criminógeno dos senhores do crime, convertermos o já citado equilíbrio numa “vereda fácil e larga” (Faria Costa, 2010, p. 68), ou seja, “a via fácil do endurecimento do direito penal” (Faria Costa, 2010, p. 68); antes pelo contrário, considerada a “via de mão dupla na proteção dos direitos humanos fundamentais” (Streck, 2004, p. 319), é juridicamente exigível um garantismo bidirecional que tenha em linha de conta a proteção do cidadão diante dos “excessos praticados pelo Leviatã” (Streck, 2004, p. 319) e a salvaguarda de bens jurídico-fundamentais mediante uma proteção eficiente que não pode prescindir da tutela oriunda do Direito Penal e de meios de obtenção probatórios igualmente funcionais e eficientes.

2.3. DA NECESSÁRIA CONCORDÂNCIA DOS INTERESSES CONTRAPOSTOS

A exposição precedente deixa manifesto que a perseguição criminal traz em si a dificuldade da “ponderação de valores conflituantes” (Figueiredo Dias, 2004, p. 45), já que,

⁴² Em substância, um sistema processual condutor de “eficiência meramente instrumental” (Wedy, 2018, p. 34), quer dizer, alheia ao arco de garantias individuais, rende efeitos nocivos no âmbito da prática e da discussão jurídicas, pois que conduz ao parlatório do processo penal um debate jurídico carente de densidade e propenso ao “descumprimento de formalidades processuais” (Wedy, 2018, p. 34), um debate, além do mais, que não enfrenta com vigor “as violações de normas legais e o déficit de aplicação do texto constitucional” (Wedy, 2018, p. 34), enfim, num tal contexto, há um “déficit de garantias” (Wedy, 2018, p. 34) caracterizante de um ambiente procedimental marcado por manifesto desequilíbrio.

nesta lida processual, o jurista deve rechaçar interpretações propensas a “absolutizar” (Figueiredo Dias, 2004, p. 45) um ou outro escopo normativo, ou seja, o sentido indicado pelas “exigências comunitárias da repressão do crime” (Grinover, 1976, p. 23) e o da “proteção da esfera de liberdades fundamentais” (Grinover, 1976, p. 23).

Ao acentuarmos a relevância do tema em causa, podemos caracterizá-lo como um autêntico “problema político do processo penal numa democracia constitucional” (Figueiredo Dias, 2016, p. 10), cuja discussão tem como premissa o conflito entre o dever do Estado de “realização de um processo penal eficiente” (Figueiredo Dias, 2016, p. 09) e o “dever estadual de proteção das liberdades das pessoas” (Dias, 2016, p. 09); problema que pressupõe o facto de a ocasional precedência de uma das forças acarretar efeito contrário (de compressão) à força que em sentido oposto debate-se.

Observa-se desde logo que tal problema avoca a conciliação da função de “defesa da sociedade” (Gaspar, 2016, p. 243) — mediante a tutela de bens jurídicos essenciais à vivência desta e que carecem de segurança — com o respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais dos cidadãos, problema este cujo ponto de largada, segundo a perspetiva aqui encampada, orientará o desempenho persecutório à “procura de equilíbrios (balances) e concordâncias práticas” (Gaspar, 2016, p. 243) entre os interesses conflitantes anteriormente indicados, afinal, cremos que em lugar de haver a exclusão de um discurso face à presença do outro, é forçoso firmar que “se não se pode efetivamente exercer a liberdade sem uma certa segurança, de nada vale referida segurança sem que os indivíduos que compõem o grupo social possam exercer sua liberdade” (Bechara, 2011, p. 188).⁴³

Há um pressuposto na base das considerações expostas: a casuística processual penal revela o “carácter irremediavelmente antinómico e antitético” (Figueiredo Dias, 1998, p. 202) das finalidades para as quais o processo penal deve se dirigir. Dizendo-o por extenso: a antítese precitada é determinante da impossibilidade de “integral harmonização” (Figueiredo Dias, 1998, p. 202) dos fins propostos ao desempenho processual, donde a inevitabilidade de o

⁴³ Do exposto fica explícito que existe uma “relação simbiótica entre liberdade e segurança” (Duque, 2015, p. 57), pois que tais valores ou normas jurídicas são “indissociáveis e interdependentes numa sociedade democrática” (Duque, 2015, p. 57), ou seja, inexistente o desfrute de liberdade (e dos demais bens que servem à vivência cidadã) num ambiente desprovido de segurança; sendo lícito também dizer que “não se pode pensar que se vive em segurança numa sociedade onde não esteja garantida liberdade suficiente que permita exercer a capacidade de escolha e de ação individual” (Duque, 2015, p. 57). Também Jorge Bacelar Gouveia professa que liberdade e segurança surgem como “direitos correlacionados” (Gouveia, 2007-2008, p. 28), tal qual “moeda com duas faces”, que “muitas vezes a liberdade dos cidadãos só pode ser verdadeiramente consumada se houver segurança para ser exercida” (Gouveia, 2007-2008, p. 28); de outro ângulo, a segurança “só ganha real valor se for vivida em contexto de liberdade” (Gouveia, 2007-2008, p. 28).

intérprete operar “a concordância prática das finalidades em conflito, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais” (Dias, 1998, p. 202).

Como já vimos à exaustão, essa dificuldade prática de lograr conciliação entre vetores normativos tão divergentes sobe de tom quando em causa estão “os novos e grandes riscos da pós-modernidade” (Anabela Miranda Rodrigues, 2002, p. 550), como exemplo a criminalidade atirada pelos senhores do crime e o terrorismo; neste problemático terreno, os vetores segurança e tutela de direitos fundamentais pessoais do cidadão comparecem enquanto “duas ambições” (Rodrigues, 2002, p. 550) que impregnam o sistema penal, incumbindo a este mesmo sistema constituir um “ordenamento de segurança” (Rodrigues, 2002, p. 550) face aos desafiadores riscos existentes — o que implica um ajuste que “amplie os poderes do Estado” (Rodrigues, 2002, p. 550) — e resguardar as posições jusfundamentais pessoais mediante a estipulação de cláusulas funcionais vocacionadas à contenção do poder punitivo.

O instituto da inserção de agentes no âmbito de tarefas investigatórias constitui exemplo elucidativo desde o qual é possível enxergar a indispensabilidade da concordância prática em meio à coexistência das finalidades perseguidas pelo processo penal.

De um lado, nessas tarefas há o interesse de colher informações e meios de prova acerca da existência de estrutura que organiza e atua engrenagens voltadas ao crime e que causam lesões ou perigos de lesão significativos a bens jurídicos essenciais à vivência social; ainda, há o interesse de identificar os protagonistas e partícipes envolvidos no seio de tais corporações e eventuais alianças criminosas que subsidiam a delinquência em marcha e a revigoram; por fim, o evidente propósito de desbaratar a referida engrenagem e, evidentemente, tutelar os citados bens jurídicos postos sob a incidência da dinâmica delituosa então em operação. Eis uma primeira parcela de considerações que tocam o instituto da infiltração de agentes.

De outro, a infiltração coloca em cima da mesa a comissão de cumprimento dos direitos, liberdades e garantias de quem ostenta a condição de sujeito-alvo da diligência que então se concebe, afinal, é exatamente ao redor desses sujeitos que reside importante escopo processual penal do qual os agentes da ação persecutória não podem se despegar, que aos “atores judiciais e policiais exige-se o respeito e, em consequência, que se assumam como garantes do princípio do Estado de Direito material, social e democrático” (Valente, 2020, p. 756), sob o risco de surgirem à luz procedimentos e ações próprios de um “Estado de polícia contrário aos valores jus internacionais e jus constitucionais” (Valente, 2020, p. 756).

Ora, é evidente que a coexistência dos interesses que subjazem à infiltração suscita a antítese atrás citada; mais, o referido meio de obtenção de prova demanda o “critério orientador

da concordância prática” (Anabela Miranda Rodrigues, 2002, p. 553) para balizar o complexo de restrições que recairá sobre os interesses e desdobramentos normativos aqui em causa.

Queremos deixar bem timbrado que as finalidades processuais conflituantes não são promovidas integral e simultaneamente durante o andamento da infiltração, donde a importância e a utilidade de ser colocado em riste o critério acima com vistas a harmonização das escopos processuais envolvidos no bojo da dinâmica probatória.

Vejamos este ponto com vagar: deflagrada a infiltração, direitos fundamentais do sujeito-investigado são observados e aplicados concomitantemente à efetivação de restrições sobre estes mesmos direitos — limitações que, sublinhemos este aspeto, são promovidas tendo em mira o atendimento de interesses persecutórios; por seu turno, a própria atividade de infiltração que desenvolve o interesse estadual submete-se a regras legais que não dão azo a um poder de investigação ilimitado: a estipulação de prazos e o regramento do decurso da operação bem representam o que se vem de afirmar, quer dizer, promovem o escopo investigatório sob o influxo de limitações legais afeiçoadas aos direitos individuais igualmente sob tutela.

Em essência, o quadro esboçado acima espelha a “qualidade de diretriz metodológica” (Barcellos, 2005, p. 133) de que a concordância prática se reveste, sob a influência da qual o jurista deve buscar “uma mútua compressão das finalidades em conflito” (Figueiredo Dias, 1988-1989, p. 25), de modo que “de cada finalidade há-de salvar-se, em cada situação, o máximo conteúdo possível” (Dias, 1988-1989, p. 25).

Pode-se dizer que a concordância prática encerra a disposição de dar a “*victoria a todos*” (Zagrebelsky, 2009, p. 16) os vetores normativos que, na mesa de discussão, entram num estado de “*inconciliabilidad*” (Zagrebelsky, 2009, p. 16) ou tensão inexorável; neste procedimento, a harmonização é “*altamente deseable en la práctica*” (Zagrebelsky, 2009, p. 16) — por via dela a aplicação do direito promove um “*desarrollo conjunto*” (Zagrebelsky, 2009, p. 16) de princípios constitucionais, evitando-se, assim, a “*amputación de potencialidades constitucionales*” (Zagrebelsky, 2009, p. 16) dignas de apreciação e concreção.

O pressuposto aqui é que a vedação do sacrifício de um dos vetores normativos em tensão decorre do facto de a concordância prática envolver bens em testilha que possuem igual procedência constitucional, circunstância que, ínsita à realidade das forças normativas que movem o processo penal, veda, na operação de concordância, a eliminação de uma grandeza enquanto tal estiver em relação de antítese com a força posta em sentido díspar; ou seja, esta circunstância determina o “estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos” (Canotilho, 2003, p.1.225) entre uma e outra finalidade processual, que o objetivo é a

“harmonização” (Canotilho, 2003, p. 1.225) num campo jurídico marcado por sensível disputa.⁴⁴

Ora, se ambas as forças que constam na balança de aferição ostentam igual estatura constitucional, como temos vindo a sustentar ao longo da exposição, então ao jurista será de rigor a “concreção máxima de cada um dos bens em colisão, sendo que prevalecerá um sem que seja deificado e sem que o outro, bem jurídico sacrificado, seja desnudado e esterilizado” (Valente, 2009, p. 293).

Aqui chegados, restam evidentes a importância e a funcionalidade da concordância prática enquanto método ou “finalidade que deve direccionar a ponderação” (Ávila, 2011, p. 157) de interesses entre si conflitantes; dela derivando um “dever de realização máxima de valores que se imbricam” (Ávila, 2011, p. 157), eis o palco onde atuam as finalidades do processo penal, finalidades que, em última análise, encarnam princípios jurídico-constitucionais de cogente implementação prática⁴⁵; por tudo isto, tal diretriz deverá impregnar o trabalho do intérprete na avaliação dos meios de obtenção de prova invasivos de direitos, intérprete que adstrito estará a conferir lastro a uma “exegese de maximização de cada uma das finalidades sem que as demais se niilifiquem” (Valente, 2020, p. 163)⁴⁶.

A esta altura, precisamos densificar o conteúdo exposto. A diretriz oriunda da concordância prática tem lugar num processo interpretativo e aplicador de normas em cuja cena uma espécie contrarregra jurídico é chamado a dirigir e resolver a vibrante controvérsia instaurada. Aí, dada a conflitualidade entre normativas postas uma diante da outra, um juízo de ponderação é convocado à cenografia do impasse — à testa do qual figura o cânone da proporcionalidade (*lato sensu*), como já veremos — com a dificultosa incumbência de aboletar os interesses conflitantes de modo que seja imposta “a menor quantidade de restrição à maior parte de elementos normativos em discussão” (Barcellos, 2005, p. 136), ou, talvez melhor, neste

⁴⁴ Bem vistas as coisas, a concordância prática pressupõe uma “relação de reciprocidade” entre a proteção despendida de um lado e a restrição casuisticamente operada de outro, quer dizer, os termos da proteção devem ser pensados “no contexto e teleologia do próprio direito fundamental restringido” (Canotilho, 1993, p. 295).

⁴⁵ Na compreensão de Humberto Ávila, extraída da obra *Teoria dos princípios* (2011, p. 134-135), a concordância prática integra o elenco dos “postulados normativos aplicativos” (Ávila, 2011, p. 134); tais postulados constituem “metanormas” (Ávila, 2011, p. 134), ou seja, normas que “instituem os critérios de aplicação de outras normas” (Ávila, 2011, p. 134), de vez que “sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas”; enfim, a concordância prática, porque participa da funcionalidade dos postulados, é sinalizador utilizável pelo julgador aquando da solução da situação conflituosa.

⁴⁶ No fundo, pretende-se que “a actuação (interpretativa e/ou operativa) de qualquer ente estadual não se arrogue da previsão legal pura e crua” (Valente, 2013, p. 455) para daí santificar apenas um dos lados da balança, que a diretriz interpretativa a ser implementada deve buscar a “salvaguarda de todos os bens jurídicos em conflito” (Valente, 2013, p. 455).

palco, diante de “normas de igual valor, [...] deve procurar-se uma potenciação máxima com um sacrifício mínimo dos valores” (Vaz, 2015, p. 126) em disputa.

Sucedem que, em face de numerosas situações inerentes à ribalta processual-penal, o molde técnico que estamos a descrever resta em condição de difícil aplicação prática, a ponto de afirmar-se que “a solução mais adequada pode apontar, não para uma concordância prática, mas sim para a prevalência, pura, simples e total, de um bem sobre o outro” (Novais, 2012, p. 76). O instituto da prisão preventiva serve para analisarmos a problemática. Imposto o decisório de cunho cautelar, o direito de liberdade do cidadão-alvo é atingido de molde a materializar uma cedência de princípio que, concreta e provisoriamente, aparenta estar destituído de rendimento normativo pela ação operativo-normativa de interesses contrários, os quais podem ser, tal como previsto nas legislações portuguesa e brasileira, o interesse de assegurar a aplicação da lei penal e a instrução processual penal, para lá do escopo de resguardar a ordem pública diante de fatores de perturbação de bens jurídicos que, se não acautelados de pronto, estes mesmos bens sujeitos estarão a agressões já então tidas em linha de consideração provável. Ocorre que a destituição momentânea de eficácia é apenas aparente: o regramento que impõe a adução de razões passados noventa dias do ergástulo cautelar bem demonstra que o direito então restringido permanece a atuar sobre o quadro fáctico processualmente em voga e antes submetido à decisão que outorgou precedência a interesses alheios à liberdade.

Como quer que seja, embora seja verdadeiramente muito difícil conceber uma chave de solução que “restringa igualmente” (Barcellos, 2005, p. 137) os interesses antitéticos em choque, dado que “inexiste um instrumento de medida capaz de verificar se há ou não ‘igualdade’ de restrição em relação a todos os elementos normativos” (Barcellos, 2005, p. 137), a estereotipia garantista polivalente aqui apregoada demanda um esforço de intelecção do jurista no sentido de fazer vigorar em simultâneo ambas as forças normativas que no processo penal deitam influência.

Em meio a este complexo debate, trabalharemos ligados à premissa de que há deveres estaduais de proteção de bens jurídico-penais que repercutem de modo a atingir a política criminal dos Estados — uma política criminal que, animada por uma metodologia garantista (polivalente) e adstrita aos tais deveres de proteção, assume a incumbência de normatizar instrumentos investigatórios que estejam à altura do desafio representado pela criminalidade organizada e transnacional. Dada a densidade deste último tópico, pensamos enfrentá-lo mais à frente, após um conjunto de análises que se mostram pertinentes e que de seguida trataremos.

2.4. TÓPICOS DE UMA POLÍTICA CRIMINAL ENDURECIDA E VOLTADA A INIMIGOS

Expostas algumas peculiaridades concernentes aos senhores do crime e às suas formas de atuação destrutivas de bens jurídicos de supina relevância, pensamos estar sobejamente demonstrada a necessidade da presença de uma nova panóplia de meios de obtenção de prova no ordenamento processual penal; com as atenções voltadas para a infiltração de agentes, pensamos que há legitimidade jurídica a envolver esta específica técnica no campo da operação persecutória, havendo, além do mais, a viabilidade de um convívio da mesma com a integralidade do sistema de direitos fundamentais.

Muito embora reconheçamos que a concreção da infiltração desemboca em restrições principiológicas de grande monta, não desconhecemos igualmente que tal expediente cumpre o dever de atuação investigatória eficiente e, sobretudo, pode (e deve) ser operado sem desligamentos que tornem a normativa jusfundamental irrelevante e inaplicável. Numa palavra: é mandatório operar a infiltração diante dos escopos processuais supra indicados sem predominâncias absolutas de um ou outro interesse, sem que haja, pois, o estabelecimento *a priori* de uma prevalência a vincular o operacional da investigação na prática.

Dito isto, na sequência vamos expor algumas abordagens doutrinárias que enfrentam questões fundamentais e que nos auxiliarão a considerar de alto a baixo aspetos da infiltração de agentes, designadamente os aspetos que se prendem com o contexto político criminal em que o dito instituto alcança a normativa processual penal e é efetivamente aplicado.

Nesse rumo, começamos por constatar que a política criminal da contemporaneidade carrega em si apelos de criminalização exasperada e apelos de interferência na seara processual que defluem da insegurança respeitante à criminalidade de rua e da repercussão procedente da criminalidade organizada, esta última vezes sem conta anunciada em termos midiáticos que expõem órgãos e pessoas estatais envolvidos em corrupção; tais apelos constituem um autêntico populismo penal e significam o enaltecimento de demandas essencialmente pragmáticas que parecem apontar para um único alvo, é dizer, demandas que impõem um enfrentamento eficiente — e muitas vezes hidrófobo — da criminalidade dos poderosos e do terrorismo e põem sob a pontaria do processo penal apenas os interesses referentes à segurança pública.

Na prática, os ditos apelos atingem a perseguição criminal de modo a determinar a relativização de garantias penais e processuais penais — “que foram idealizadas para limitar a instrumentalização política do Direito penal” (Bianchini; Gomes, 2002, p. 129) — e conferir uma ampla margem de atuação aos órgãos do poder estatal.

De facto, o rumo expansionista avocado para o direito penal apresenta um “novo paradigma desconstrutor de referências” (Gaspar, 2010, p. 29), no qual predomina a restrição de direitos ligados a “princípios fundamentais que se pensavam sedimentados no património penal” (Gaspar, 2010, p. 29). Em síntese, há uma “fuga para o direito penal” (Gaspar, 2010, p. 30) que carrega a assunção de fins “puramente utilitaristas” (Gaspar, 2010, p. 30) — que os fins ambicionados limitam-se à utilidade da perseguição penal — e ficcionais ou simbólicos — já que não há efetivamente resultados político-criminais benfazejos e concretos extraíveis de tal postura/cultura punitivista⁴⁷.

Explícito a respeito do tema, Jesús-María Silva Sánchez capta bem a tendência sobredita e assevera que as respostas desferidas frente à “delinquência transnacional” (Silva-Sánchez, 2002, p. 77) são concebidas em “termos punitivistas” (Silva-Sánchez, 2002, p. 76) e propõem o levantamento de um apetrecho jurídico-penal voltado à concreção de resultados práticos e eficientes, restando à dogmática não uma formulação científica dotada de “perfeição teórica” (Silva-Sánchez, 2002, p. 76), senão o oferecimento de “bases” (Silva-Sánchez, 2002, p. 76) que confirmem sustento à fuzilaria então concebida. Na prática, do lado da operacionalidade dos órgãos policiais, “a polícia vê significativamente alargadas as suas tarefas e [...] competências, bem como o seu arsenal de meios de invasão e intromissão nos direitos fundamentais” (Andrade, 2022, p. 336) dos destinatários de sua projeção.

Aliás, fala-se que os ditos termos punitivistas não são oriundos da insegurança gerada pela macrocriminalidade; embora reconheça-se uma massiva divulgação provinda dos meios de comunicação social relativamente aos senhores do crime, diz-se que a insegurança que está por trás da combativa normativa penal prende-se com “a criminalidade de rua descontrolada” (Silva-Sánchez, 2002, p. 77), a qual, colada ao escopo de enfrentamento da criminalidade organizada”, rende um “caldo de cultivo” (Silva-Sánchez, 2002, p. 77) que alimenta a exasperação penal⁴⁸.

Desejamos esclarecer o ponto. Por entendermos que estamos diante do rastilho que introduz o problema, importante é analisá-lo com alguma densidade. Nesse sentido, a explicar

⁴⁷ Aliás, vê-se que nos “mecanismos instrumentais e adjectivos” (Gaspar, 2010, p. 33) está o maior risco de restrição de direitos, porquanto a dita cultura securitária embala um discurso que consubstancia uma “meloopia da redução de garantias em nome de uma concepção de segurança” (Gaspar, 2010, p. 34) segundo a qual o atendimento de garantias processuais é incompatível com a eficácia processual-penal, donde a demanda por novos meios invasivos de investigação que, assim, constituem uma “apertada corda” (Gaspar, 2010, p. 34) a envolver o sistema jusfundamental.

⁴⁸ É indesmentível que o tal discurso populista “alimenta artificialmente o medo e a ansiedade dos cidadãos” (Germano Marques da Silva, 2017, p. 171); pior, ao acentuar a ineficiência do sistema de Justiça Criminal, decerto um dos argumentos utilizados na convocação do endurecimento punitivo, “arrisca provocar a quebra de confiança dos cidadãos nos poderes judiciais” (Silva, 2017, p. 171). Por aí se vê a gravidade do fenómeno, pois que a “perda de respeito dos cidadãos no seu sistema de justiça mina a sua eficácia” (Silva, 2017, p. 171).

a existência de uma política criminal exasperada com relação à criminalidade organizada, Maria Lúcia Karam identifica que “amplos setores da esquerda” (Karam, 1996, p. 84) passaram a invocar em seus discursos “poderosos fantasmas” (Karam, 1996, p. 84) — alude à criminalidade do poder — a título de justificar a “intensificação da repressão” (Karam, 1996, p. 84), a qual exsurge, então, no eco de propagandeados “sentimentos de insegurança” e “medo coletivo difuso” (Karam, 1996, p. 84).

No texto, a criticar vivamente as reivindicações oriundas destes setores da esquerda, acrescenta-se que o discurso então estampado entrou a defender “a retirada de direitos e garantias penais e processuais” (Karam, 1996, p. 80) a pretexto de um adequado enfrentamento frente aos “réus integrantes das classes dominantes eventualmente submetidos à intervenção do sistema penal” (Karam, 1996, p. 81). Enfim, o citado discurso deságua em afetação exasperada e, sobretudo, sentida pelas “classes subalternizadas” (Karam, 1996, p. 81), que são as clientes preferenciais e usuais do sistema de justiça penal.

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini esclarecem que o “fenômeno da hipertrofia do Direito penal” (Bianchini; Gomes, 2002, p. 26) é catapultado “por uma dupla fonte de impulso” (Bianchini; Gomes, 2002, p. 26): de um lado, como já vimos linhas atrás, políticas criminais que atacam “as classes marginalizadas” (Bianchini; Gomes, 2002, p. 26), políticas que encampam discursos de intolerância ao crime e a favor da lei e da ordem; de outro prisma, um “clamor geral” (Bianchini; Gomes, 2002, p. 26) — nomeadamente da “esquerda punitiva” (Bianchini; Gomes, 2002, p. 26) — a reclamar a grandes vozes a punição dos poderosos senhores do crime.⁴⁹

Vistas as coisas mais de perto, observados os rastros do crime organizado, as suas imbricações com fatias da institucionalidade estatal e efeitos desastrosos gerados no asfalto concreto da vida, é mesmo seguro assinalar que tal fenômeno criminológico, “conjuntamente com a criminalidade de massa” (Anabela Miranda Rodrigues, 1998-0000, p. 196), desperta “uma transformação da atitude social face ao crime” (Rodrigues, 1998-0000, p.196), de modo que preocupações que se prendem com o anseio de segurança põem “os agentes da

⁴⁹ Anthony Giddens, em *Desvio e criminalidade* (1998, p. 16), anota que houve uma mudança de perspectiva nas “tendências mais liberais ou de esquerda” (Giddens, 1998, p. 16), as quais, antes predispostas a “minimizar a importância do aumento das taxas de criminalidade” (Giddens, 1998, p. 16), à luz do “Novo Realismo de Esquerda” (Giddens, 1998, p. 16), entram a encarecer os interesses ligados à vítima, que “os cidadãos têm o direito de se preocupar” (Giddens, 1998, p. 16) com o efetivo acréscimo da criminalidade, daí a pauta de endurecimento penal e de mitigação das garantias processuais penais que penetra no discurso político destes específicos setores do embate político-partidário.

administração da justiça [...] na boca de cena” (Anabela Miranda Rodrigues, 1998-0000, p.196) e, por arrasto, introduzem um projeto político-criminal endurecido em seus termos.⁵⁰

Prosseguindo, para desenharmos uma ampla paisagem onde possam ser vistas plenamente as manifestações político-criminais contemporâneas, dedicaremos especial atenção às decorrências do fenómeno do terrorismo que, sobretudo após os atentados de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos Estados Unidos da América, tem agitado uma espécie de deriva securitária que estrangula direitos ínsitos à persecução penal e demarca as estratégias de combate ao terrorismo.

A menção ao estrangulamento é procedente e liga-se à realidade de estratégias político-criminais que, de facto, têm esmagado uma soma de princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal e referentes aos sujeitos-alvo da ação persecutória estadual⁵¹, enfim, frente ao desafio atirado pelos grupos terroristas e pela criminalidade de alto nível à realidade da vida, estas mesmas políticas incidem num desvio liberticida em prol da sacralização da segurança dos Estados.

Dito isto, a citada praxe liberticida tem encontrado eco em setores da doutrina que, autointituladas dogmáticas do “Direito Penal do Inimigo” — à testa do pelotão o doutrinador alemão Günther Jakobs —, descrevem e justificam duas tendências normativas já encontradas nos ordenamentos penais dos Estados: de um lado, uma tendência apta a configurar um “Direito Penal do Cidadão”, destinado a “pessoas que não delinquem de modo contumaz por princípio”, donde a manutenção do “status de pessoa” (Jakobs, 2009: 07-08) neste patamar normativo; de outra banda, uma embocadura que consubstancia um “Direito Penal do Inimigo” (Jakobs, 2009: 07-08) — vocacionada a perseguir e neutralizar “indivíduos que delinquem de modo contumaz”

⁵⁰ O aspeto que se quer sublinhar é o seguinte: a opinião pública, açulada pelo populismo penal dos órgãos de notícia e pela demagogia dos políticos, “acredita que a eficácia na e da investigação criminal é a essência de um Estado de direito democrático” (Valente, 2020, p. 1.582), essência a ser perseguida a todo o transe e mediante o braço forte do direito penal, ou seja, através de uma política criminal que tome o sistema jusfundamental – previsto nas Constituições dos Estados democráticos ou em documentos supranacionais – como “um mero bibelô discursivo democrático”(Valente, 2020, p. 1.583).

⁵¹ A doutrina costuma exemplificar esta flama securitária através de referências às providências normativas desfechadas pelo governo estadunidense na sequência do notório atentado terrorista de que foi vítima esta nação; mais especificadamente, alude-se aos largos poderes atribuídos ao Secretário de Defesa que, numa assentada, detém a faculdade de nomear os integrantes das Comissões Militares – os julgadores, acusadores e defensores – que funcionarão no processamento de atos reputados terroristas; ainda, à “instituição de um reexame obrigatório de todas as decisões de mérito proferidas pelas Comissões Militares pelo próprio Presidente da República” (Malan, 2006, p. 232-233) ou, havendo designação deste, pelo Secretário de Defesa, enfim, alude-se a factos extremamente sensíveis que denotam a relativização de princípios caros à processualística de cunho liberal-iluminista; Também a emitir um tom crítico em relação ao “*Military Order*”, um autêntico experimento liberticida norte-americano, Germano Marques da Silva refere a norma que permite a submissão de estrangeiros suspeitos de prática terrorista a “jurisdições especiais” (Germano Marques da Silva, 2015, p. 413) e a “prisões por tempo ilimitado” (Silva, 2015, p. 413). Segundo a voz cortante do autor, tais “disposições criam zonas de não direito ao suspender o estatuto jurídico dos visados que ficam totalmente nas mãos do poder executivo e escapam a qualquer controlo judiciário” (Silva, 2015, p. 413).

(Jakobs, 2009: 07-08), em relação aos quais o direito penal significa “somente coação física, chegando inclusive à guerra” (Jakobs, 2009: 07-08), afinal, sustenta tal viés doutrinal, os cidadãos podem exigir do aparelho estadual “medidas apropriadas” (Jakobs, 2009: 07-08) e belicosas de natureza penal e processual penal.⁵²

É imediatamente apreensível a base da doutrina de Jakobs (2009: 22): quem quer que sonegue “qualquer garantia de que se comportará como pessoa” não pode nutrir expectativas de “ser tratado como cidadão” (Jakobs, 2009, p. 22), para além, sob pena de desrespeitar “o direito à segurança” (Jakobs, 2009, p. 22) dos cidadãos, o Estado deverá empreender “guerra” no sentido de combater⁵³ o inimigo que pratica o desvio penal por princípio e representa séria ameaça à estabilidade das normas e à vivência social e das instituições.

Opinião bastante versada em doutrina é a de Jesús-María Silva Sánchez (2002: 148), a qual, a atribuir diferentes “velocidades” (Silva Sánchez, 2002:148) ao sistema penal e processual penal, argumenta que é possível engatar uma “terceira velocidade” (Sánchez, 2002:148) frente a “inimigos” (Sánchez, 2002:148) (os quais “ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado” (Sánchez, 2002:148)), pela qual a pena de prisão é de ser aplicada em concorrência com “uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais” (Sánchez, 2002:148).

Enfático, Silva Sánchez reconhece estágios desde os quais é factível surpreender a “transição” da condição de cidadão para a condição de inimigo; assim, aduz o autor que “a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (Silva Sánchez, 2002:1498) são índices de uma “dimensão fática de periculosidade” (Sánchez, 2002:149) que devem receber em cheio pronta e eficaz incidência do sistema da inimidade penal.

A respeito do modelo de compreensão proposto por Jakobs, ensina Juarez Cirino dos Santos (2013: 374) que a necessidade de contenção do inimigo decorre de sua “incapacidade de orientação normativa”, a qual inviabiliza em si “atitudes de fidelidade jurídica” e, destarte, frustra sentimentos e expectativas comunitárias de integração de seu comportamento ao ordenamento jurídico vigente, donde a conclusão da referida teoria de que “só tem direito a ser tratado como pessoa quem presta fidelidade à ordem jurídica de modo fiável” (Dias, 2009: 690).

⁵² Traduzindo tal proposta doutrinal, José Luis Díez Ripollés (2007: 577) aduz que “uma atitude persistente de desapego, de distanciamento, face ao ordenamento sócio-jurídico dentro do qual o indivíduo se desenvolve” é o critério fundamental desde o qual serão traçadas as linhas fronteiriças que demarcam as duas expressões de intervenção penal.

⁵³ A tremular esta bandeira de guerra, o Direito Penal do Inimigo adota um caráter “militante”, já que assume o propósito de “neutralizar a perigosidade” de inimigos da sociedade mediante a estipulação de penas que se prestam a mantê-los excluídos da convivência comunitária. (Díez Ripollés, 2007: 576)

A esta luz, os ditos inimigos, quer dizer, “aquele que reincide persistentemente na prática de crimes ou aquele que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado” (Costa, 2008, p. 423) — explicita Nuno Dias Costa —, são merecedores de uma normativa processual que caracterize um “Direito Processual Penal do Inimigo” (Jakobs, 2009:16), o qual se presta a auxiliar a guerra declarada e desenha procedimentos nos quais os acusados são destituídos de direitos, já que “o Estado abole direitos de forma juridicamente regulada” (Jakobs, 2009:16) para despersonalizar as pessoas-alvo da luta que se pretende empreender.

Com o escopo de contra-argumentar esta criticável luz teórica, é preciso afirmar que os modelos de política criminal propostos pelos Estados Democráticos de Direito devem ser confeccionados “no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário” — um e outro inscritos na Constituição —, que a política criminal é “intra-sistemática relativamente à conceção do Estado” (Figueiredo Dias, 2019:40), donde a relação de inerência que deve existir entre os modelos de prevenção e repressão criminal e o sistema cimeiro de direitos fundamentais⁵⁴, donde a inadmissibilidade de a normativa penal e processual penal partir de conceitos à base dos quais conste a ideia de existência de inimigos ou sujeitos que ascendem a estágios de periculosidade e que, bem por isso, merecem uma reação punitiva desligada de parâmetros jusfundamentais, afinal, “qualquer Ordem Jurídica concreta, exactamente por pretender ser Direito, não pode conceber uma qualquer pessoa como seu inimigo, sob pena de deixar de ser, quanto a esta pessoa, Direito” (Fernanda Palma *apud* Rui Pereira, 2007:362).

Ora, a afirmação da eminente dignidade humana “como fundamento [pressuposto], fim e limite de toda ação penal do Estado” (Valente, 2017: 72-73) torna inadmissível a orientação político criminal que pretenda reificar terroristas e integrantes de organizações criminosas a título de combater mais eficientemente estes fatores que positivam maior perturbação e periculosidade social, já que a dignidade humana “impõe aos Estados que tratem os seus membros — todos sem exceção — como cidadãos, melhor como seres humanos” (Valente, 2017: 72-73) dotados de faculdades jusfundamentais que se extraem de previsões normativas substanciais, processuais e penitenciárias.

Assim, “as fundações jurídico-constitucionais do Estado de Direito” devem permear “o aperfeiçoamento dos esquemas organizatórios e funcionais que visam a defesa dos cidadãos

⁵⁴ Contundente, Zaffaroni (2020, p. 100) bem resume o ponto ao asserir que “a norma máxima positiva quer que se ponha uma máscara de pessoa em cada ser humano, que nenhum rosto fique sem máscara, que nenhum humano deixe de ser tratado como pessoa.”

perante os perigos e o combate preventivo da criminalidade” (Canotilho, 2009, 29-30); nesse esforço, incumbe à dogmática perscrutar se há efetivamente um entrosamento entre o programa político criminal e as matrizes normativas que fundam os Estados Democráticos de Direito, sob pena, escreve Muñoz Conde (2012: 66), de o trabalho do jurista transmutar-se num ofício semelhante ao do “simples notário que constata a realidade” sem aprovação ou crítica, hipótese em que estaria esta mesma dogmática, diante da letalidade ínsita ao Direito Penal do Inimigo, a descrever “como funciona uma cadeira elétrica sem se pronunciar a favor ou contra a pena de morte” (Muñoz Conde, 2012:66).

Não incidiremos em semelhante vício. Tampouco afirmaremos a premissa, como o faz a doutrina precitada, a pretexto de justificar as suas bases, de que a precisa delimitação do Direito Penal do Inimigo ao nível do ordenamento positivo é estratégia que tem o condão de prevenir a “contaminação” (Díez Ripollés, 2015, p. 85) do setor do ordenamento penal e processual reservado ao Direito Penal do Cidadão.⁵⁵

Naturalmente, a colocação de uma fuzilaria de meios adjetivo-probatórios propensos ao combate a todo custo de inimigos autoriza a dedução de que as agências do sistema penal utilizarão estas faculdades persecutórias em um crescendo inabalável que, ao fim e ao cabo, tem o dom de semear um contexto securitário onde a invocação do pretexto de combate aos inimigos converte-se numa espécie de trunfo automático — vestido de argumento sedutor e ornamento retórico — que serve ao emprego de investidas incontidas quando estas forem julgadas convenientes, pois que o “autoritarismo está sempre à espreita e muitas vezes revestido de aparente fervor democrático” (Germano Marques da Silva, 2019:285).

Para lá deste razoável prognóstico, é possível ainda compreendermos que a eclosão de uma inimizade penal — melhor: uma “*represión salvaje y desregulada cubierta bajo en noble título de derecho penal*” (Ferrajoli, 2006:24-25) — não só não ostenta legitimidade jurídico-constitucional, como não rende eficácia no campo da realidade dos factos, ou, por outra, rende uma eficácia contraproducente; deveras, ao tocar uma marcha de guerra frente ao inimigo terrorista, “*como gasolina en el fuego*” (Ferrajoli, 2006: 24-25), o Estado acentua os problemas que pretende resolver: a uma, desperta uma “*sed de venganza*” (Ferrajoli, 2006: 24-25) no espírito dos propensos à prática terrorista — isso, em detrimento das vítimas inocentes de tais represálias terroristas —; a duas, leva a opinião pública a apoiar o seguimento de políticas de

⁵⁵ Conforme Zaffaroni (2011: 119), é ilusório pensar que tal delimitação afetará meramente a esfera de “inimigos”; pelo contrário, o conhecimento empírico revela que o “eficientismo penal”, catalisado com vistas ao estabelecimento de guerra, espraia-se na direção da compressão de direitos “de todos os cidadãos”, ou, talvez melhor, o resultado de políticas liberticidas – segundo o testemunho da história – redundará na restrição de direitos “dos mais desfavorecidos e nunca dos detentores de poder material efetivo” (Valente, 2017: 286).

exceção face à emergência em causa; por fim, aumenta o “*caldo de cultivo del fanatismo*” (Ferrajoli, 2006: 24-25): o estampido da guerra é o fim buscado pelas células terroristas, pois que nesta condição beligerante criam ondas vibrantes de entusiasmo e adesão ao redor e dentro de si mesmas.

Também Muñoz Conde (2012: 73) levanta discussão que põe em dúvida a “segurança cognitiva” (Muñoz Conde, 2012:73) anunciada como possível pelos teóricos da inimidade penal; é que o desenho de um direito penal bélico — funcionalmente posto para atingir a “contenção ou redução de níveis de criminalidade” (Conde, 2012:73) — não tem o condão de intimidar “terroristas, narcotraficantes ou membros de associações mafiosas” (Conde, 2012:73), sendo possível, inclusivamente, que a exclusão destes perfis e a consideração dos mesmos como “não pessoas” possam animá-los a atacar os fundamentos do Estado a título de retaliação — então concebida como legítima e concretamente necessária à sobrevivência.

Já a tocarmos o encerramento deste tópico, valendo-nos da imagem de Germano Marques da Silva (2019: 49-50), temos para nós que o caminho a ser trilhado não deve reproduzir um “campo de batalha” (Germano Marques da Silva, 2019:49-50) na trincheira do qual “se mata o soldado que está do outro lado da barricada: o inimigo” (Silva, 2019:49-50), despiando-o de direitos fundamentais que expressam concreções de sua congénita e eminente dignidade humana, dignidade, aliás, que é “o alicerce da própria democracia” (Germano Marques da Silva, 2019:49-50); e, se é correto que “a segurança é o ambiente do Direito” (Miranda, 2003:660) — bem o coloca Jorge Miranda —, no sentido de que os direitos só encontram via de desfrute em condições livres de ataques, esta segurança “nunca pode prevalecer sobre o próprio Direito” (Miranda, 2003:660), ou seja, as condições de sua prestação devem estar embebidas deste.

É evidente que, continuamos com a voz de Germano Marques da Silva (2019:289), se é “absolutamente necessário travar o combate contra a criminalidade organizada” (Silva, 2019:289) e o terrorismo, “é também não menos necessário travar o combate da cultura democrática” (Silva, 2019:289), residindo a dificuldade em encontrar um “novo equilíbrio entre as necessidades da segurança nacional e as do respeito pelos direitos fundamentais” (Amaral, 2003:53), porém esta dificuldade não pode catapultar que é legítimo e jurídico o sacrifício desproporcional de valores jusfundamentais e a coisificação de pessoas em prol do combate a qualquer preço a especiais formas de criminalidade.

À luz da perspetiva à que aderimos, os interesses investigatórios e punitivos afetos ao terrorismo e à criminalidade organizada e transnacional devem ser postos numa “balança de valores” (Amaral, 2003, p. 52) na qual, em conjunto com os interesses que tocam a esfera

jusfundamental das individualidades, restarão sopesados mediante um “mecanismo de ponderação de interesses” (Amaral, 2003, p. 52) encabeçado pelo princípio da proporcionalidade, donde poderemos vigorosamente argumentar que um e outro interesse sujeitam-se a um cadinho de aferição jurídica segundo o qual não se admitem divinizações em uma ou outra esfera de interesses, ou, por outra, não se admite a apoteose da segurança pública em prejuízo do sistema de direitos fundamentais.

Muito pelo contrário, no seguimento do trabalho continuaremos a defender uma compreensão polivalente e multidirecional que toma o instrumento processual penal e o põe no sentido de salvaguardar os direitos afetos às pessoas-alvo e, para mais, os não menos importantes interesses que espelham o vulto e a essencialidade da proteção de bens caros ao convívio social, os ditos bens jurídicos penais que, mediante a previsão de instrumentos como a infiltração de agentes, restam mais eficazmente tutelados frente ao grau de lesividade peculiar consubstanciado pela criminalidade organizada.

Na retaguarda de nossas considerações, a constatação óbvia de que a previsão legislativa de bens jurídico-penais é consectário do dever de proteção de interesses essenciais à vivência coletiva, interesses que, acaso restasse a maquinaria processual desaparelhada ante os desafios criminais hoje existentes, nessa hipótese, dizíamos, estes bens ou interesses resultariam indiretamente desacolhidos debaixo da inércia do Estado de Direito que, do ponto de vista processual, está adstrito à composição de procedimentos que propiciem uma apuração criminal efetiva e, por arrasto, a tutela dos ditos bens jurídicos penais. Por outras palavras e talvez mais abertamente: a hipótese de um processo penal desaparelhado em termos de mecanismos probatórios acarretaria a persistência apenas em tese do direito material positivado, já que o reportado desaparelhamento traria consigo a defunção de condições jurídico-processuais adequadas a propiciar este mesmo direito substancial, facto que conduziria à inviabilidade da proteção ao bem jurídico em causa.

A seguir, numa análise que relacionará o populismo penal à produção de uma normativa de emergência, salientaremos que os citados fenómenos atingem as raias jurisdicionais de aplicação do direito e a própria configuração normativa do instituto da infiltração de agentes, facto que causa perversões concretas ao sistema processual penal e que, por arrasto, nos conduzirá a críticas acerbas e à indicação de sentido contrário a adotar, isto é, o sentido da ponderação de bens encabeçada pela ministração da proporcionalidade na dosagem da infiltração policial face aos macropoderes criminais.

2.5. DAS MANIFESTAÇÕES EMERGENCIALISTAS NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

Um parâmetro expressivo do cenário de emergência — e que serviu de inspiração a Ferrajoli na construção de seu modelo garantista — foi o esboçado em Itália, em cujo contexto de enfrentamento do terrorismo político e da criminalidade organizada levantou-se um veículo punitivo-processual que, a todas as luzes, contrastou com o paradigma clássico e representativo da filosofia iluminista.

Segundo Ferrajoli, um modelo jurídico de exceção — isto é, voltado ao combate da emergência que desafia o Estado e o põe em grande azáfama — outra coisa não é senão “a ideia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal” (Ferrajoli, 2002, p. 650). Ou seja: sob a vigência de contextos aflitivos e invulgares, como os marcados por ações de criminalidade altamente organizada, a dita razão de Estado funciona como um bordão teórico que toma para si a legitimação da punição e do processo penal, destacando-se neste arcabouço um “princípio normativo da política que faz do bem do Estado [...] o fim primário e não incondicional da ação do governo” (Ferrajoli, 2002, p. 650), um fim a ser implementado mediante um gendarme ou direito de exceção posto à margem do Texto Constitucional.

Ainda segundo a compreensão do autor, tal modelo excecional contrasta com a razão jurídica enformadora do Estado de Direito, a começar pela premissa de que o modelo emergencial concebe o Estado como um fim político — “não fundado a não ser em si mesmo” (Ferrajoli, 2002, p. 654) — com fundamento no qual são arquitetados meios jurídicos que, para além de “indeterminados” (Ferrajoli, 2002, p. 654), são “flexíveis, mutáveis e manipuláveis” (Ferrajoli, 2002, p. 654) por esta mesma razão superior na busca de seus respectivos fins políticos, não sendo difícil constatar a gravidade de semelhante constatação quando em causa está a jurisdição penal, a qual, espicaçada pelo critério da razão de Estado, demonstrará uma inclinação a atingir a verdade substancial a qualquer preço, admitindo, para isso, a sujeição dos meios aos fins de apuramento da perseguição criminal no curso de procedimentos ditos inquisitivos.

À luz das Constituições brasileira e portuguesa, visto o pendor jusfundamental que encerram, ambas a preverem o sistema de direitos fundamentais como vértice do sistema e a eminente dignidade da pessoa humana como alicerce de todo o edifício normativo — donde podermos identificar uma “identidade axiológica” (Otero, 2010, p. 22) dos respectivos textos que lhes confere “uma específica identidade individualizadora e caracterizadora” (Otero, 2010,

p. 22) —, à vista destas Cartas, voltamos a dizer, é manifesta a incompatibilidade de uma prática processual penal e de uma dogmática jurídica que se mostrem atreladas às premissas de um emergencialismo que não concebe na armação dos percursos procedimentais limites à atuação estadual e normativas jusfundamentais que tutelem direitos inerentes à dignidade humana.

O presente tópico mostra-se pertinente e atual, pois que o fenómeno da criminalidade organizada “apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo” (Hassemer, 1994, p. 57) por mor do qual são insculpidos meios de obtenção probatória que reforçam o paiol de instrumentos reservados aos órgãos do Estado com vistas ao enfrentamento do desafio atirado pelos senhores do crime, um paiol que concebe no centro das estratégias político-criminais restrições ao acervo de direitos e garantias fundamentais individuais sob o pretexto de municiar de eficácia a perseguição penal frente aos citados fenómenos criminógenos⁵⁶.

Em doutrina, tão frequentes como agudas são as críticas formuladas em torno deste contexto político-criminal dito caracterizador de um “estado de emergência penal” (Canas, 2005, p. 56), um contexto, é bem verdade, que efetivamente repercute em termos de restrições sobre jusfundamentalidades afeiçoadas às esferas individuais submetidas à máquina processual penal; para termos uma ideia do teor destas críticas, veja-se a voz contundente de Guedes Valente que, a tratar da reação estatal⁵⁷ à criminalidade organizada transnacional e ao terrorismo, observa que “os Estados encontram na diminuição ou na quase niilificação [...] de direitos e liberdades e garantias fundamentais pessoais o caminho da eficácia para perseguir e reprimir o fenómeno terrorista e o crime organizado” (Valente, 2020, pp. 10-11).

A título de exemplo, com Vitalino Canas (2005, p. 57), que cuida destas repercussões no quadro do enfrentamento do branqueamento de capitais, tenha-se em atenção a formulação de molduras incriminatórias cujas linhas de definição e tipificação são acintosamente imprecisas — facto que debilita o vigor da legalidade penal e rende uma insegurança jurídica indesmentível —; veja-se, ainda, a dura crítica de Geraldo Prado (2002, p. 135) em relação à

⁵⁶ Em breve síntese, Roxin (2010, pp. 20-21) esclarece que o sistema penal tem reagido à criminalidade gravosa através de três assinaláveis tendências, quais sejam, i) o estabelecimento de um “*Estado de seguridad a través de un endurecimiento de las sanciones*”; ii) a substituição do “*Derecho penal del hecho*” por um “*Derecho penal de carácter preventivo*”, o que é obtido mediante a estruturação de molduras incriminadoras que delineiam estágios prévios (de perigo) à efetivação da lesão que se pretende evitar, numa palavra, prevê-se a punição de comportamentos que põem em perigo bens jurídico-penais com dispensa do encargo provatório em relação ao perigo inscrito na tipologia em causa; iii) finalmente, a instituição de “*intromisión en la esfera privada de los ciudadanos*”, facto que dá ensejo à configuração de um “*Estado vigilante*”, é dizer, um Estado cuja perseguição criminal empreende meios de obtenção de prova especialmente restritivos de direitos e garantias processualmente estabelecidos.

⁵⁷ O autor aduz que um “espírito messiânico de paz pública global e total e de descoberta de uma verdade real” faz rebentar nas malhas da “legiferação penal material e processual” uma artilharia e discurso alheios à configuração de um “Estado de direitos humanos”. (Valente, 2015, p. 02)

inserção da infiltração policial e da escuta ambiental no âmbito das ações de investigação, institutos que, escreve o autor, dificilmente viabilizam um controlo judicial eficaz sobre o andamento das ações do operacional infiltrado e “informações coletadas” (Prado, 2002, p. 135) pela empreitada em curso; ao demais, é contundente ao sustentar a existência de um “cenário comprometido pela violação da intimidade e vida privada” como decorrência da infiltração e escuta deferidas, as quais, enfim, ferem o “direito à autodeterminação informativa” (Prado, 2002, p. 135) dos suspeitos e investigados que se sujeitam à operação dos tais meios criticáveis de ação policial.

Antes de irmos mais longe, alguns esclarecimentos precisam ser postos no centro da discussão. Reconhecemos o desenvolvimento de alterações nas legislações processuais conducentes à intenção de industrializar as instâncias formais de controlo diante de tipologias altamente lesivas e dotadas de singularidades que desafiam a inteligência e a própria aptidão do sistema de justiça criminal no que tange ao mister de aplicação do *ius puniendi*; tal constatação soa-nos indiscutível e é o ponto de partida da trama discursiva deste trabalho; a discussão que enfrentaremos em seguida dirá respeito à compatibilidade de tais alterações com normativas jusfundamentais de dimensão individual — mais especificamente, a infiltração de agentes diante do *nemo tenetur* e a viabilidade de construir-se padrão de raciocínio jurídico apto a embasar as restrições que esta técnica inflige ao citado princípio jurídico.

O foco que pretendemos sublinhar alude ao perigo de a eficácia ser alçada à condição de meta sobranceira das estratégias político-criminais, estratégias que não devem arrastar consigo uma ambição de eficácia descomprometida com valores e normas jusfundamentais relativas ao cidadão que é alvo da persecução penal à qual se intenta acudir.⁵⁸

A exemplificar o que acabamos de dizer, as normativas portuguesa e brasileira que cuidam da infiltração policial seguem, em algumas passagens dos respetivos textos, esta tendência de municiar os escopos investigatórios com prescindência de suficientes suportes normativos afeiçoados ao resguardo dos cidadãos. Nestas sedes específicas de ambos os ordenamentos normativos constatamos manifestações de um emergencialismo penal que merecerão considerações críticas de nossa parte.

⁵⁸ Uma demonstração de culminância neste sentido é encontrada no contexto processual alemão que, em 1998, permitiu “*la escucha de conversaciones privadas en domicilios, otorgando para ello amplios márgenes*” ao apuramento de factos delituosos; embora declarada em 2001, pelo Tribunal Constitucional alemão, a nulidade parcial de semelhante providência probatória, tal exemplo esclarece-nos muito bem relativamente à força que o interesse persecutório pode atingir no espaço do entrecruzamento de interesses sujeito à ação do legislador processual. (Roxin, 2010, p. 25)

No entanto, antes disso, devemos anotar que na raiz de tais manifestações de emergência “há uma insinuação permanente de fraqueza quanto à cultura de normalidade para legitimar a adoção de medidas excepcionais” (Pacheco, 2009, p. 710), daí o estridente apelo a um sistema penal excecional que não se contém nas raias da estratégia inicialmente concebida e segue rumo a uma deriva liberticida que transforma o processo penal em uma “máquina pulsante de ódio” conduzida por “magistrados travestidos de vingadores sociais”. (Khaled, Jr., 2018: 121-122)

Com efeito, a “dinâmica emergencial” (Casara, 2015, p. 201) salta à luz colada a uma estratégia de começo mais restrita na enumeração de suas causas e instrumentos de execução; ocorre que rapidamente ganha impulso e passa a exibir “ares de normalidade” (Casara, 2015, p. 201), quer dizer, o “estado emergencial” (Casara, 2015, p. 201) toma foros de baluarte e entra a vindicar persistência imorredoura no correr do tempo, persistência que, a inserir outras causas e instrumentos diversos no discurso então empunhado, vai implantando na consciência jurídica um viés persecutório amigável exclusivamente de interesses ligados à segurança e ao *ius puniendi*.

O que fica dito é comprovado mediante uma rápida observação da escalada da infiltração de agentes no âmbito do ordenamento jurídico português; tal escalada expõe uma sanha persecutória que cresce em progressão geométrica e torna o que é excecional em pedra angular; deveras, em sua dinâmica ascendente, o instituto da infiltração engrena com a previsão de um “catálogo de crimes muito restrito” (Valente, 2020, p. 1.586) e deslança na sequência do tempo em ordem a compor uma tabela mais encorpada de infrações penais que autoriza a expedição do citado meio de obtenção de prova; ainda, tal escalada prossegue a passo largo e hoje admite a chamada infiltração virtual, perpetrada mediante inserção investigativa em meios informáticos e igualmente causadora de sérias restrições a direitos de estatura constitucional.⁵⁹

Vale dizer que tal proposição é igualmente válida quando tomada a legislação processual brasileira como ponto de observação, a qual, a propósito da infiltração de agentes, de saída previra o citado meio de obtenção de prova apenas na sua modalidade tradicional, isto é, a infiltração levada a cabo por agente policial que, introduzido no seio da criminalidade investigada, entra a colher informações valiosas a respeito do clã e de seus respetivos membros.

⁵⁹ Com suporte na lição de Lucia Zedner, Raquel Duque aduz que o emprego de locuções que evocam contextos excecionais, tais como “guerra, tempos excecionais e medidas de emergência”, carrega consigo a semente do “consentimento da ampliação do poder do Estado, especialmente na sequência de um ataque terrorista”; ademais, permite o “prolongamento das medidas de segurança especiais” caracterizadas para enfrentar a emergência “para além do momento de crise”. Num exemplo, Duque refere as então provisórias normativas britânicas expedidas no ambiente de luta contra o clã terrorista IRA, providência que originalmente previa limitações ao direito ao silêncio dos suspeitos de prática terrorista aquando do interrogatório e julgamento sob o argumento de que a ausência de colaboração dos suspeitos poderia infirmar o trabalho de prevenção do terrorismo. Ulteriormente, relata a autora, estas medidas interinas restam encorpadas pela adição de novos suspeitos de crimes diversos e transformam-se em legislação permanente incorporada ao ordenamento jurídico respetivo. (Zedner apud Duque, 2015, pp. 59-60)

Atualmente, por obra das Leis n.º 13.441 e 13.964/2019, vige a modalidade da infiltração virtual; mais ainda, são reiterados os acréscimos de novos crimes na tabela das infrações penais à vista de cuja suspeita de ocorrência é admissível o instituto da infiltração policial.

É possível afirmarmos que o recorte do contexto europeu dos anos 1980 é demonstrativo da inserção e desenvolvimento crescentes de meios ocultos de prova em cujas vestes são encontrados laivos oriundos de uma “cultura de segurança” sob os auspícios da qual o processo penal convertia-se num “instrumento de ordem pública” posto a serviço do emergencialismo de então, vale dizer, a “guerra às drogas” (Eduardo Maia Costa, 2018, p. 358); donde a feliz expressão de Schünemann que afirma existir uma “metastização fulgurante” (Schünemann *apud* Andrade, 2009, p. 105) dos meios interferentes de obtenção de prova — ou seja, o autor alude ao facto de tais técnicas perceberem avanços na enumeração de suas espécies com o passar dos anos.

Como não poderia deixar de ser, a doutrina passou a especular acerca desta realidade do apuramento processual hoje considerada inexorável, inexorável e ascendente, é bem de ver, pois que “os meios ocultos vieram para ficar” (Andrade, 2009, p. 106) (eis a voz entoada por todos os lados), são indispensáveis e “insubstituíveis na perseguição e repressão de uma nova fenomenologia criminal” (Andrade, 2009, p. 106), uma fenomenologia que, “acoitada em santuários imunes à devassa dos meios tradicionais” (Andrade, 2009, p. 106) de investigação, consubstanciam o emergencialismo do momento e demandam técnicas eficientes e capazes de vencer os obstáculos postos e atrás já suficiente recenseados.

Tais meios são chamados em doutrina de meios ocultos de investigação ou “técnicas especiais de investigação” (Aras, 2011, p. 505), de que a infiltração e a interceção telefónica são exemplos fulgurantes; atendo-nos ao que lhes é essencial, afirma-se que estas técnicas são implementadas às escondidas, ou seja, os alvos que se sujeitam às medidas não detêm conhecimento da manobra investigativa de que são destinatários, e não detêm tal conhecimento porque estes meios pretendem “propiciar aos órgãos estatais o fator surpresa”, que o escopo é superar a “vantagem competitiva” da criminalidade organizada (Aras, 2011, p. 505), a qual converte a opacidade de suas formas em obstrução ao trabalho da *persecutio criminis*; dizendo-o com Costa Andrade (2014, p. 260), tais meios apanham as pessoas a eles submetidas “nas suas formas mais descomprometidas e inocentes de acção, interacção e comunicação”; mais, estas últimas são levadas a agir e pronunciar “coisas que de outro modo não diriam ou fariam”(Costa Andrade, 2014, p. 260). Bom exemplo é a técnica da infiltração policial por mor de que os integrantes de clãs delinquentes mantêm diálogos com o investigador sem atentar para a circunstância de que estão a oferecer informes autoincriminatórios em detrimento de si

próprios; para além, os métodos ocultos, a desempenharem auxílios investigativos no mundo-da-vida, “assumem uma drástica e comprometedora danosidade social” (Benjamim Silva Rodrigues, 2012, p. 15), quer dizer, de suas ações se desprendem “ondas de choque” (Benjamim Silva Rodrigues, 2012, p. 15) que afetam direitos fundamentais dos cidadãos-alvo e de terceiros não investigados, daí a reação da doutrina processual que se desdobra na pesquisa de critérios e ressalvas à utilização dos tais métodos ocultos e especialmente invasivos.⁶⁰

Para termos uma ideia preliminar dos sopros emergencialistas e populistas que põem de pé um autêntico “utilitarismo procesal antigarantista” (Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 208) e que caracterizam alguns impulsos de normatização dos meios ocultos, valha-nos o informe de que a disciplina inaugural da infiltração policial no Brasil, vale dizer, a Lei n.º 9.034/95, hoje revogada, mais especificamente o artigo 2.º, inciso I, julgara dispensável a autorização judicial ante a necessidade de infiltração de agentes com vistas ao desbaratamento das quadrilhas ou bandos sob investigação, facto que redundou no veto presidencial ao citado dispositivo, que não logrou, assim, inserção na malha processual penal brasileira.

Rente à normativa portuguesa aplicável aos chamados agentes encobertos, isto é, a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, destacamos — a título de demonstrar o citado sopro emergencialista — o regramento inscrito no n.º 2 do artigo 1.º que defere a possibilidade de terceiro não integrante dos quadros policiais, sob o controlo da Polícia Judiciária, atuar como lugar-tenente destes quadros e funcionar como agente infiltrado. Tal previsão é bastante temerária e desconsidera desdobramentos ligados aos direitos fundamentais dos sujeitos investigados que, mediante a atuação de terceiro — a lei não prevê um treinamento prévio para o sério cometimento investigativo! — restam totalmente à mercê do propósito investigativo e desamparados de suportes normativos que lhes resguardem mínima proteção jurídica.

Estrategicamente, analisaremos com vagar alguns aspetos emergencialistas das legislações portuguesa e brasileira — no tangente à infiltração de agentes — por ocasião do tratamento detido que dedicaremos a esta específica técnica investigatória. Na sequência do trabalho, quando descortinados estiverem os perfis normativos do referido instituto, melhor

⁶⁰ A tecer críticas aos ditos “métodos expeditos de produção de prova”, Germano Marques da Silva (2019, p. 278) aduz que tais expedientes são motores que cerceiam faculdades jusfundamentais componentes do modelo democrático; nesse diapasão, o autor propõe que “o processo penal comum é geralmente bastante para reagir com firmeza” (Germano Marques da Silva, 2019, p. 277) frente à fenomenologia dos macropoderes delinquentes. A discordarmos parcialmente de tão influente e relevante compreensão doutrinal, ao tempo em que reconhecemos a existência de nódoas emergencialistas nos tecidos processuais confeccionados mundo afora, asseveramos que as regras tradicionais da processualística aplicáveis à criminalidade de massas são inadequadas ao enfrentamento do poderio e engenho dos senhores do crime, donde o cavalo de batalha desta pesquisa que, restrita à análise da infiltração policial, advoga a legitimidade jurídica e a indispensabilidade deste meio expedito e adequado de obtenção probatória.

explicitados estarão os aspetos criticáveis das legislações citadas acerca dos quais entenderemos por bem formular considerações que propugnarão no sentido de um garantismo polivalente.

A jeito de fecho, é oportuno ressaltarmos que um ducto processual democrático e fiador do garantismo bivalente aqui propugnado repudiará uma intervenção legislativa militante e agrilhoadada a um dos pratos da balança; ao invés, o combate a ser desenvolvido é o “combate da cultura democrática: pelo respeito dos direitos naturais e no culto da liberdade”, um combate que merece ser desdobrado com firmeza e inteligentemente, “sem pactos com o diabo” (desligado de punções emergencialistas) “mas também sem recurso a meios diabólicos” (Germano Marques da Silva, 2005, p. 414) (sem o recrutamento de expedientes que façam tábua rasa dos sujeitos-alvo da *persecutio criminis*).

A seguir, desenvolvidos com mais detença os institutos da infiltração e do *nemo tenetur*, e a colisão que entre os quais salta à luz, teremos o ensejo de explicitar a forma por que entendemos factível a implantação de um parâmetro bifronte e de equilíbrio neste específico imbrincamento normativo que, bem observado, poderá servir de modelo às demais interferências investigatórias sobre o conjunto de normativas jusfundamentais que qualificam o processo penal e tutelam individualidades.

3. DO IMBRICAMENTO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL COM O *NEMO TENETUR*: TRATAMENTO DOS IMPERATIVOS DE PROTEÇÃO ESTADUAL EM MEIO AO DEBATE DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS

3.1. DIMENSIONALIDADE OBJETIVA JUSFUNDAMENTAL: PROGRAMAS DE PROTEÇÃO ESTADUAL QUE RISCAM A TEXTURA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

Se bem compreendemos as coisas, um estudo, como o nosso, que procura explicitar a legitimidade jurídico-constitucional da infiltração de agentes ante a expressão normativa do *nemo tenetur*, tal estudo deve largar de considerações doutrinárias que assumem o leque de direitos fundamentais (para lá da função de defesa que transportam consigo) como “fundamentos da ordem jurídica da comunidade que impregnam todo o ordenamento jurídico” e como “directivas constitucionais para toda a actuação do poder político”, a incluir, evidentemente, a atividade dos atores que funcionam ao nível da persecução penal do Estado. (Novais, 2003, p. 65-66)

A bem dizer, tais premissas dogmáticas logram consolidação na esteira do desenvolvimento doutrinal do constitucionalismo alemão, em cujo magistério e jurisprudência constitucional respetiva surge a proposição jurídica de que o sistema de direitos fundamentais comporta uma dimensão ou significado duplo: para além de encampar a outorga de direitos subjetivos de defesa aos indivíduos frente à atuação estadual (dimensão subjetiva), este leque consubstancia “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição” (dimensão objetiva) que deitam influência sobre todos os ramos do ordenamento jurídico e vínculos da vivência social (públicos e privados), para lá de imporem deveres de prestação estadual conducentes à tutela de uma galeria de bens jurídico-constitucionais de essencialidade indesmentível. (Sarlet, 2004, p. 82)

Com efeito, constatado o quadro repleto de injustiças sociais legado pela conceção liberal de Estado — pois, no fim de contas, a “liberdade individual e a concorrência económica não tinham conduzido ao melhor dos mundos”, ao revés, “a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene” —, uma nova compreensão acerca da interveniência/funcionalidade estatal e do significado dos direitos fundamentais perante o Poder Público ganha fôlego no ambiente da inteligência especulativa, daí surgindo uma compreensão crítica segundo a qual a voga de um aparato estatal abstencionista, quer dizer, meramente observador das práticas económicas, arrasta consigo um contexto de estiolamento da eficácia dos direitos fundamentais, donde o desenvolvimento de

estudos doutrinários que originam uma dimensão objetiva a ser atribuída à jusfundamentalidade, compreensão esta que vindica um Estado atuante na criação de condições favoráveis ao usufruto desta mesma jusfundamentalidade. (Vieira de Andrade, 2009: 57)

No fundo, a citada compreensão equivale a considerar que os dispositivos dos quais decolam as normas de direitos fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos” (Vieira de Andrade, 2009, p. 109), enquanto normatividades jusfundamentais que outorgam faculdades jurídicas defensivas ante a projeção do poder estatal, quer dizer, enquanto normas que impõem unicamente abstenções aos poderes públicos frente à autonomia e à propriedade individuais, afinal, “em vez de reduzidos à unidimensionalidade da sua referência subjectivo-individual de étimo liberal, os direitos fundamentais passaram a emergir enriquecidos duma incindível referência sistémico-social” (Costa Andrade, 1984, p. 553); logo, a jusfundamentalidade dita uma ótica sobre si desde o “ponto de vista da comunidade” (Vieira de Andrade, 2009, p. 109), em razão da qual o catálogo jusfundamental é visto como conjunto axiológico-normativo — pedra angular da ordem jurídico-estatal — que impõe a realização dos seus próprios elementos pela ação do Estado e até da própria coletividade, ou seja, tal ótica ou “perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais” projeta uma espécie de “eficácia dirigente” das competências públicas que as vinculam à “obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.⁶¹ (Sarlet, 2004, p. 88)

Vale esclarecermos que a tradicional dimensão meramente subjetiva atribuída aos direitos fundamentais prende-se com a sobredita concepção liberal de Estado concebida na Europa e nos Estados Unidos da América à luz das ideias condutoras do iluminismo e do liberalismo — que impulsionaram a constitucionalização dos direitos fundamentais “numa dimensão mínima, na sua veste de direitos de defesa, com os quais se visava essencialmente garantir uma não intervenção do Estado, preservando espaços de autonomia dos cidadãos” (Gouveia, Jorge Bacelar, 2005, p. 200), que o objetivo do “ideal liberal” (Vaz, 2015, p. 36) consistia no “controlo do poder estatal de modo a desarmá-lo do perigo que ele representava” para a esfera dos interesses burgueses de contratar, empreender comércio e ser proprietário (Vaz, 2015, p. 36).⁶²

⁶¹ Sob tal dimensionalidade objetiva, tem-se que “os direitos fundamentais não são apenas um limite do Estado: são também uma tarefa do Estado”, a este incumbindo “defendê-los e garanti-los”, ou seja, estes direitos não são “apenas um dado a respeitar, são também uma incumbência a realizar”. (Canotilho, Vital Moreira, 1991, p. 105)

⁶² Deveras, a “concepção oitocentista dos direitos fundamentais tomava-os como direitos exclusivamente individuais ou individualistas. Eram direitos do homem, direitos das pessoas singulares e de exercício individual, voltados para a salvaguarda da liberdade pessoal”, donde as expressões tradicionais “direitos individuais” ou “direitos dos cidadãos” (Miranda, 2000, pp 77-78). Quanto ao tema, Canotilho (2001: 111) assenta que segundo a “unidimensionalidade da teoria liberal” de antanho, o sistema jusfundamental sempre foi tratado como “direitos de defesa-distanciação dos particulares ante as entidades públicas agressivas”, derivando daí a miopia quanto à

Ocorre que a veloz sequência dos factos históricos e disfuncionalidades sociais desnudou que a “simples defesa perante ingerências não garante o sucesso de uma realização efectiva das pretensões jusfundamentais”; de facto, inclusive as clássicas faculdades que são dogmaticamente ligadas a este liberalismo de corte burguês já não prescindem de um comportamento estadual positivo que lhes assegure no mundo-da-vida plenas condições de desfrute e exercício, basta pensarmos na ideia aqui já discutida de que a prestação de segurança ao redor do exercício de direitos fundamentais é condição *sine qua non* diante de cujo défice é colocado em xeque o próprio gozo das liberdades ou franquias fundamentais abstratamente previstas, donde a sedimentação da nova perspectiva que ora tratamos que reclama uma leitura da “jusfundamentalidade em íntima articulação com a ideia de deverosidade protectiva”, quer dizer, uma leitura dos direitos fundamentais a reboque da qual emerge uma “imprescindibilidade protectiva” que recai sobre a competência estatal para compeli-la à tutela eficiente dos direitos fundamentais perante agressões ou ameaças oriundas de particulares ou eventos naturais desastrosos ou temerários, impedindo-a de adotar omissão face aos contextos de riscos ou agressões efetivas desferidos contra a intangibilidade de bens jusfundamentais. (Canotilho, 2016, p. 844)

Mais propriamente, esta dimensão objetiva repercute de modo a inserir no feixe de atribuições estatais deveres de prestação em prol de bens jurídicos de valência jusfundamental, bens jurídicos que, já então a contarem com a cobertura prestacional do desempenho estadual, estarão melhor guarnecidos face a agressões de variada espécie e, por conseguinte, suscetíveis de desfrute pelos seus respetivos titulares graças à ação estadual que, longe de um abstencionismo desmazelado, é então erguida à condição de sentinela eficiente.

Rente a este atual estado de coisas, a doutrina logo passou a referir que já não é adequado atribuir ao Estado a condição de “principal detratador” (Sarlet, 2004, p. 93) do sistema de direitos fundamentais, condição que, a considerá-lo aprioristicamente um inimigo⁶³ de autonomias privadas, impunha a precaução derivada das tais faculdades defensivas jusfundamentais; antes pelo contrário, em face dos “imperativos de tutela” (Dietlein *apud* Sarlet, 2004, 93) ou deveres de proteção confiados ao Estado, este último é guindado ao posto de “amigo ou guardião” (Sarlet, 2004, p. 93) da jusfundamentalidade em causa, querendo isto significar que à esfera de

dimensão objetiva ora referida, que enfoca o dever estadual de proteger “os direitos e liberdades dos indivíduos perante as agressões e ameaças de outros indivíduos”.

⁶³ Tal perspectiva, como já dito, encara os direitos fundamentais como direitos de defesa a serem exercidos frente ao Estado, “compreendido como Leviathan, como aquele que tanto sustenta e protege como ameaça os seus cidadãos”. Efetivamente, o “Leviathan foi sempre uma figura de duas caras: o sustento e ao mesmo tempo a ameaça”, daí a funcionalidade defensiva dos direitos fundamentais que “servem para colocar grilhões a este Leviathan”. (Hassemer, 2004, p. 18)

atribuições públicas são acrescentados deveres de atuação e proteção que operam preventiva ou repressivamente, operando, para além, em face de agressões oriundas de particulares ou até de Estados estrangeiros.

É bem de ver que a doutrina, a refletir sobre os alicerces jurídicos dos deveres de proteção, atinge especificações analíticas que aqui não poderíamos negligenciar; primeiramente, digamos com Daniel Sarmento (2006, p. 129), os deveres de proteção a cargo do Estado não constituem propriamente uma novidade no âmbito da filosofia jurídico-política; lembra o autor que já a filosofia contratualista, ao alvorecer do movimento iluminista, concebia e justificava o trânsito do estado de natureza para a sociedade civil desde o critério pragmático da necessidade de proteger o homem ante o comportamento intrusivo do próprio homem — Beccaria, a este propósito, já assentava que “a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares” (1998, p. 64) serve de embasamento ao “direito que tem o soberano de punir os delitos” (1998, p. 64) —; além do mais, afirmam os constitucionalistas em geral que “a obrigação geral de proteção” (Novais, 2003, p. 88) pode ser reconduzida à noção mais ampla do Estado de Direito, porquanto é decorrência de tal construção conceitual o “monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade” (Novais, 2003, p. 88), monopólio que veda a “autodefesa dos particulares” (Novais, 2003, p. 88) e pressupõe uma atuação protetiva do aparato estadual.

Pensamos que tais proposições não infirmam o refinamento dogmático extraído da compreensão objetiva dos direitos fundamentais; ao contrário, enxergamos aí um reforço argumentativo que coopera paralelamente à dimensão objetiva e remete o desempenho estatal a um nível de vinculação ao sistema jusfundamental do qual despontam efetivamente deveres de proteção que se prendem com “os mais diferentes objetos”, ou seja, “tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais” (Alexy, 2014, p. 450), como exemplo, a vida humana, a intimidade e o leque de direitos sociais que imprimem condições fáticas favoráveis ao exercício de faculdades jusfundamentais.

Aliás, ao lado da profusão de bens que inspiram proteção estadual, amplo é também o rol de fatores de risco ou lesão que acordam a previsão dos deveres de proteção, desde a criminalidade altamente organizada, o terrorismo, a ocorrência de catástrofes naturais e o manejo de tecnologias e fontes energéticas de que se desprendem riscos assinaláveis, todos estes fatores são hábeis a convocar o significado objetivo do acervo jusfundamental e a imperatividade da intervenção pública assente nos citados deveres de proteção eficiente.

Nessa ordem de ideias, bom é esclarecer que é muito bem provida a panóplia de meios colocados à mão da intervenção pública e tendentes ao asseguramento da intangibilidade de

bens jusfundamentais; de facto, inexistindo dúvidas acerca dos deveres de proteção, incumbe ao Estado, rente à consideração dos fatores de risco ou agressão inscritos ao nível das relações criadas pelos indivíduos e situações ocorrentes no campo da realidade dos factos, traçar as balizas que irão reger estas situações ocorrentes e as inter-relações dos particulares em meio aos vínculos jurídicos nos quais estes mesmos estão presentes, incumbência que, naturalmente, terá como alvo a preservação e a promoção dos bens jurídicos em causa e postos num estado de risco ou já lesionados efetivamente no âmbito destas relações e situações concretas.

Do que aí fica dito decorre que o regramento a ser levado a efeito é prenhe de possibilidades no que tange ao instrumental a ser utilizado na contraofensiva ao ataque ou risco já posto em curso frente ao bem jusfundamental; quer isto dizer que este instrumental abrange “a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos” (Alexy, 2014, p. 450), enfim, a paleta de ferramentas jurídicas⁶⁴ é diversificada e, por óbvio, a escolha de que se lançará mão deve ostentar compatibilidade com os dados marcantes da situação localizada na catadupa de possibilidades do mundo-da-vida, sob pena de caracterização de uma vitanda proteção deficiente (vedada pelo princípio da proporcionalidade, mais especificamente pela faceta desta norma que interdiz deficits de tutela⁶⁵)

Isto posto, interessa deixarmos bem vincado que por detrás da eleição do instrumental com o qual se busca adimplir o dever de proteção deve vigorar um “programa de tutela” (Brandão, 2017, p. 243) ou “plano de protecção” (Brandão, 2017, p. 243) cuja ideia-guia prende-se com a “adequação e eficácia da protecção” (Brandão, 2017, p. 243) a ser oferecida, a qual poderá resultar inclusive da combinação de meios protetivos que, de mistura, revelem operacionalidade face à tutela do interesse fundamental em jogo. Por exemplo, a deliberação

⁶⁴ É razoável que “sistemas preventivos e sancionatórios” componham a tintura da referida paleta, que “a protecção dos bens e valores constitucionais face a ataques de entidades privadas e pessoas singulares” – como os ataques orquestrados pelos senhores do crime – pode sugerir a estipulação de sanção penal ou de outra ordem como instrumento adequado à prevenção/contenção dessas desvaliosas agressões. (Cunha, 1995, p. 287)

⁶⁵ Por aqui já se vê que o dito princípio da proporcionalidade “possui uma dupla face”, ou seja, de sua normação exsurtem uma linha de “protecção contra os excessos do Estado” (“garantismo negativo”) e uma “preocupação do sistema jurídico” em proteger sem déficit o direito fundamental então precisado de tutela, falando-se neste último caso de uma espécie de “garantismo positivo”, quer dizer, uma perspectiva incidente sobre a atuação estadual que destila critérios sobre a qualidade da tutela ofertada ante o bem carecido de protecção, concluindo-se pela desproporcionalidade da medida atuante na hipótese de semelhante oferta restar deficiente ou inoperante. A bem dizer, este “duplo viés” deriva “da vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição” (à indesmentível eficácia normativa do Texto Maior), facto que condiciona sensivelmente a textura legislativa dos actos e providências incidentes sobre a jusfundamentalidade precisada de tutela. (Streck, 2004, p. 314-315); sem verticalizarmos a análise sobre o ponto, diga-se que este viés positivo da proporcionalidade instaura um controlo conducente a prevenir uma “protección deficiente” que pode decorrer de “una abstención legislativa” ou mesmo “norma legal que no protege el derecho fundamental o que lo protege deficientemente por no favorecer su realización en la mayor medida posible”. (Bernal-Pulido, 2003, p. 801)

pública pode formular a conclusão de que uma proteção eficiente só é atingida mediante o arranjo de uma normatividade punitiva que se faça acompanhar da expedição de atos administrativos complementares à proteção que por meio do sancionamento cogitado é levada a efeito, donde a assertiva geralmente posta de que uma ampla margem de apreciação é conferida ao legislador quanto à escolha do meio com o qual seguirá rumo à segurança perspectivada.⁶⁶

Antes de seguirmos, é preciso centrarmos que o eixo do presente trabalho tem em linha de conta o necessário entrosamento que deve existir entre a tutela penal dos bens jurídicos postos sob o espectro dos senhores do crime e a eficiência da atividade de infiltração enquanto meio de obtenção de prova que permite iluminar um mundo de sombras que conspira contra a tutela dos bens jurídico-penais que o programa de tutela estadual se comprometeu originariamente a efetivar.

Ora, constatado o vulto de destruição de bens jurídico-penais deixado pelo vigor da criminalidade altamente organizada — facto que avoca a lição de que “as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direccionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e para os que violam direitos fundamentais” (Streck, 2004, p. 320) —, é meridianamente claro que a formulação de institutos probatórios caracterizados à nascença pela insuficiência desatende o imperativo de tutela que arranca da dimensão objetiva jusfundamental e impregna a atividade do Estado em todas as plataformas de atuação do mesmo em que são concebidos planos de proteção imprescindíveis à sobrevivência e promoção dos ditos bens jusfundamentais.⁶⁷

Desde tal mirante compreensivo, somos levados a endossar a conclusão de que “a criação de instrumentos de Direito substantivo” (Nunes, 2019, p. 355) tendentes à implementação de uma programação de tutela frente à criminalidade organizada “terá de ser acompanhada da criação de mecanismos processuais que permitam a sua efetiva aplicação, sob

⁶⁶ Evidentemente que os tais “deveres de protecção que impendem sobre os Estados” determinam investimentos necessários em “meios humanos, materiais e financeiros” no contexto de prestação de segurança pública, meios que, por seu turno, ao pavimentarem condições de exercício das faculdades jusfundamentais, dão lugar a um ambiente dotado de “dignidade, liberdade e igualdade” – ou seja, um ambiente a salvo de ataques em que o estado de coisas ambicionado pela normatividade fundamental detenha ocasião de aflorar. (Anabela Miranda Rodrigues, 2017, p. 47)

⁶⁷ É razoável extrair de tal enfoque que “o emprego de regras processuais penais inaptas ao enfrentamento da criminalidade organizada [...] caracteriza uma violação”, ou, mais abertamente, infringe a proibição de atuação deficiente. (Pereira, 2019, p. 142); realmente, é incontestado que semelhante perspectiva integra a compreensão a ser emprestada ao mecanismo processual-penal do Estado, que, “como instrumento para o exercício do dever-poder de punir do Estado”, para lá de “ser pautado por regras que respeitem os direitos dos acusados, há de conter outras tantas pertinentes para estabelecer um standart de eficácia na tutela do dever de protecção” que efetivamente lhe compõe a essência normativa. (Silva Júnior, 2021, p. 225)

pena de se tornarem letra morta” (Nunes, 2019, p. 355), o que implica dizer que o cronograma dos senhores do crime e as particularidades investigatórias que lhes são peculiares avivam deveres de proteção eficiente nos planos material e processual penal⁶⁸, incumbindo ao legislador adjetivo conferir efeito útil às fórmulas concebidas ao nível do direito material, sob pena de a estratégia de proteção esboçada em termos substantivos constituir um “Direito penal simbólico” (Nunes, 2019, p. 355), um direito, em suma, desaparelhado e alheio à perspectiva objetiva dos bens dotados de dignidade penal e precisados de intervenção penalística.

Importa retermos que as considerações acima expendidas constituem vigoroso aporte teórico de que lançam mão o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao conceberem “obrigações processuais positivas” que impõem aos Estados destinatários a confeição de um “mecanismo apto para dar conta do esclarecimento de crimes”, para lá de cometerem o “cumprimento diligente dos atos procedimentais por parte das autoridades investigativas e judiciais” (Fischer; Pereira: 2018, p. 61).

De facto, escorados em cláusulas⁶⁹ que “impõem aos Estados Partes as obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades públicas reconhecidos nas Convenções” (Fischer; Pereira: 2018, p. 59), os citados Tribunais Supranacionais de tutela e garantia dos direitos humanos ditam as referidas obrigações de proceder que colocam na ordem do dia o dever de “assegurar a salvaguarda desses direitos, prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos”⁷⁰ (Fischer; Pereira: 2018, p. 60); em suma, conforme orientação das tais Cortes Internacionais, “a efetivação dos direitos do homem exige tanto uma legislação adequada a promover a dissuasão de atos atentatórios às liberdades fundamentais, como uma atuação efetiva (positiva) na investigação desses fatos” (Feldens, 2008, p. 235).

⁶⁸ De forma um pouco mais analítica: “o dever de proteção poderá levar tanto à criação de tipos penais quanto à introdução de normas processuais que permitam, de forma efetiva, sua aplicação”. (Baltazar Junior, 2010, p. 214); Luciano Feldens (2009, p. 234) fala inclusive num “direito fundamental dos indivíduos à ação policial para defesa de seus direitos e liberdades, atividade para a qual a polícia não goza de discricionariedade na decisão de agir”; na síntese do autor, na constatação de “atentado delituoso” a bem jusfundamental coberto pelos tais deveres de tutela, estes deveres devem avançar no sentido de prescreverem atividade investigatória a cargo dos órgãos executivos rumo à eficiente elucidação factual. Na doutrina portuguesa, Jorge Silva Sampaio (2012, p. 96) é de parecer que “a Administração está vinculada objectivamente a um verdadeiro dever de protecção policial”, pelo que “a polícia carrega agora também uma dimensão de cariz positivo-prestacional”, a ser implementada na condição de “obrigação de protecção pública dos direitos fundamentais dos cidadãos”.

⁶⁹ Referimo-nos aos artigos 1.º e 2.º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e 1.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispositivos que introduzem o assento normativo com suporte em que são erguidas as citadas obrigações processuais positivas.

⁷⁰ São diversos os julgados da Corte de Estrasburgo que, a ressaltarem o relevo da etapa de colheita provatória, ditam a adoção de “todas as medidas necessárias e razoavelmente cabíveis para deslindar de forma pertinente os fatos da causa, e assegurar a coleta de provas, dos elementos indicativos e das circunstâncias importantes ao prosseguimento do processo judicial” (Fischer; Pereira, 2018, pp. 117-118).

Em diálogo benfazejo com o que se vem de dizer, é procedente a observação de que a jusfundamentalidade objetiva descortina uma dimensão normativo-axiológica que comunica às diferentes estratégias de atuação estatal conteúdos substanciais de indispensável produção e promoção jurídica, relativamente às quais não é dado ao Estado abster-se ou decidir com défice, senão agir mediante um projeto de atuação expedita que, preventiva ou repressivamente, através de uma atuação normativa ou concreta do Poder Público, num cenário de investigação e acerto de factos criminosos ou alhures, encarne uma intervenção protetiva dos bens ou interesses jurídicos derivados dos ditos vínculos de conteúdo enformadores da atuação estadual.

No entanto, adverte-nos a melhor doutrina, os deveres de proteção não sobem ao palco da produção jurídico-estatal “diante de qualquer obstáculo aparente ao exercício do direito fundamental” (Feldens, 2008, p. 77), muito menos caracterizam como indispensável e inexorável o instrumento penalístico do Estado. Com efeito, é necessário observar uma soma de critérios que ajudam a definir se está em causa uma imposição substancial de agir que desafia a elaboração e a atuação de um programa de tutela estadual; mais ainda, como já afirmamos, a “remoção de uma eventual barreira ao direito fundamental” (Feldens, 2008, p. 77) pode estar atrelada à articulação de iniciativas de natureza não punitiva, tudo dependendo da configuração da ameaça ou agressão com a qual está a lidar a inteligência dos órgãos estaduais, inteligência que, ao demais, vinculada está à compreensão jurídica⁷¹ de que o direito penal “apenas deverá chamar a si a tutela de certos bens jurídicos [...] quando outras formas de tutela (social ou normativa) se mostrem insuficientes para assegurar a sua proteção.” (Costa, 2017, p. 196).

Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva, por exemplo, sufragam a voz corrente de que a “exigência de protecção estadual” é extraída da análise do patamar de importância na escala de valores jusfundamentais do bem a ser submetido à tutela; “a reversibilidade (natural ou jurídica) da lesão do bem jusfundamental sob ameaça” (Miranda; Silva, 2010, p. 343) e a aptidão do indivíduo passível de ataque para “evitar a lesão ou para se proteger em relação ao agressor” (Miranda; Silva, 2010, p. 343) são também índices bastante eloquentes capazes de trazer à tona as citadas imposições substanciais de agir.

Ocorre que, para lá de identificar a pertinência do dever de proteção, é essencial delimitar a intensidade ou voltagem da intervenção pública programada para a tutela jusfundamental, já que nesta sede não se mostra razoável a colocação de uma atuação

⁷¹ De um jeito assumidamente redutor e simplista: “só se deve recorrer ao direito penal quando a sua intervenção se revelar idónea, porque eficaz na protecção dos bens jurídicos” (Costa Andrade, 1997, p. 201); mais, tal iniciativa deverá ser necessária, entendendo-se como tal “quando não for possível assegurar a protecção dos bens jurídicos por meios menos gravosos para a liberdade”. (Costa Andrade, 1997, p. 202)

defeituosa, como já vimos, antes pelo contrário, apenas “será cogitável como meio de tutela aquele que possa fundada e razoavelmente supor-se constituir um meio idóneo para garantir a integridade do bem jurídico” (Brandão, 2017, p. 256) perante o qual pairam riscos de agressão ou contusões efetivas que lhe diminuam ou aniquilem a integridade. Talvez melhor, há um “defeito de protecção” (Canotilho, 2003, p. 273) — inadmissível à luz da dimensionalidade objetiva — na criação de “medidas insuficientes” (Canotilho, 2003, p. 273) que não geram “uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais” (Canotilho, 2003, p. 273).⁷²

Daí que são igualmente ventiladas em doutrina algumas indicações que auxiliam no cálculo da voltagem protetiva estadual cogitada para entrar em cena. Prosseguindo com Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva (2010, p. 343), vemos que “a probabilidade de consumação da ofensa ao direito fundamental” e o “potencial lesivo de certo perigo ou risco” (Miranda: Silva, 2010, p. 343) são índices que devem entrar na composição da firmeza com a qual se pretende operacionalizar o projeto de tutela concebido, pois que, naturalmente, ante a predição que anuncia ameaças inelutáveis ou agressões dotadas de mais alta lesividade, espera-se uma atuação estatal tão tempestiva quanto rigorosa.

Com as atenções voltadas novamente para o eixo do presente estudo, temos para nós que os critérios postos acima bem apontam a imprescindibilidade de deveres de proteção estadual ou imperativos de tutela fazerem-se presentes ao nível do desafio representado pelas grandes organizações criminosas: primeiro, a galeria de bens jusfundamentais tragados pela voragem desta específica realidade criminal é reveladora de um indiscutível grau de essencialidade de cuja intangibilidade não é dado ao Estado descurar; segundo, os critérios da reversibilidade da agressão infligida ao bem e o da aptidão individual para rechaçar agressões postas em marcha apontam com suficiência a necessidade dos deveres de proteção face à periclitância na qual está imersa o elenco de bens submetidos à descarga ofensiva da criminalidade organizada. Basta pensarmos na reversibilidade dificultosa do comprometimento de estruturas estaduais já incorporadas ao império de grandes clãs delinquentes, ou mesmo os danos causados a vítimas e à saúde pública no âmbito do tráfico de estupefacientes, para além da inaptidão de os próprios membros do tecido social afrontarem com eficiência o poderio de

⁷² O que vai acima remete-nos à estereotípia do “garantismo penal integral” aqui defendido, pois que “o Estado não pode agir desproporcionalmente”, ou seja, “deve evitar excessos” no empreendimento de suas atribuições e “não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional”. (Fischer, 2013, p. 53)

corporações que inclusivamente investem contra a persecução penal de si próprias e empregam retaliações face a qualquer investida contra si desferidas.

A hipótese ventilada acima é encontrada no contexto brasileiro de “exclusão e violência” em que verdadeiros macropoderes fácticos — formados por grupos de narcotraficantes — atingem comunidades inteiras e sentenciam-lhes a supressão absoluta de direitos fundamentais, daí a afirmação de Daniel Sarmento (2006, p. 136) no sentido de que a existência de um “Estado Paralelo” (instituído pelos ditos macropoderes) catalisa imposições de agir que mais não são do que deveres de atuação e tutela decorrentes da dimensionalidade objetiva, deveres estes que, em circunstancialismos equivalentes ao do contexto citado, estarão a dimanar normas jurídico-penais e processuais penais preordenadas à tutela deste ou daquele “pedaço da realidade (...) com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal.” (Costa, 2017, p. 186).

Postas as coisas neste pé, é imediato inferir, a título de fecho da presente seção, que a criminalidade de alto nível, pelo impacto provocado em seara de bens jurídico-constitucionais de indiscutível essencialidade, este impacto, dizíamos, autoriza a verticalidade que assumimos de que a infiltração policial é técnica a ser implementada como programação de tutela que tende à “condução de investigações aprofundadas, céleres e diligentes, tendo como finalidade a tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis ao final do processo”. (Fischer; Pereira, 2020, p. 67).

Finda esta ala de considerações, na sequência trataremos de aspetos mais problemáticos dos deveres estatais de atuação e tutela, aspetos que nos renderão o ensejo de esclarecer acerca da complexidade que envolve a delimitação de intervenções públicas em meio a situações do mundo-da-vida na qual estão aboletados individualidades plurais que, concretamente em estado de antagonismo, são portadoras de atenção estadual e simultaneamente detêm direitos que emanam da jusfundamentalidade.

3.2. DELINEAMENTOS INICIAIS DE UM CONFLITO ANUNCIADO

Chegados a esta altura, importa esclarecermos alguns desdobramentos dos imperativos de tutela que se prendem com os efeitos instalados em presença das individualidades que estão sob o alvo da intervenção protetiva concebida e posta em seguimento prático. No primeiro degrau da exposição que pretendemos desenvolver, é útil a observação de Alexy (2014, p. 456) no sentido de que “o legislador realiza demarcações entre esferas individuais” aquando do desenho da programação de tutela, demarcações que positivam “uma parcela decisiva da ordem

jurídica” (Alexy, 2014, p. 456) e “uma parte essencial da vida social” (Alexy, 2014, p. 456), demarcações que, enfim, a identificarem imperativos de tutela, estabelecem restrições em meio a direitos fundamentais de terceiros que integram o cenário fáctico-jurídico então concebido no trabalho legislativo antecedente à intervenção protetiva.

Ora, é límpido que os imperativos de tutela pressupõem a estruturação legal da forma por que atuará o poder estatal: a colocação do procedimento cabível e eventuais instrumentos acautelatórios de tutela; mais ainda: pressupõem a definição dos fatores de risco e lesão e das próprias condutas providas de corporações privadas e pessoas singulares que detêm a virtualidade de levar a efeito o resultado que se pretende evitar e reprimir. Assim sendo, no desempenho dessa tarefa normativa, avanços e diligências da intervenção protetiva incidirão sobre esferas jurídicas fundamentais de terceiros a título de salvaguarda e promoção de bens caros à comunidade.

Portanto, sublinhe-se a traço grosso, as limitações operadas em atenção aos imperativos de tutela não constituem um “fim-restritivo-em-si”, mas sim têm em vista “conter o exercício dos direitos e das liberdades nos limites constitucionais (e legais) exigidos pela própria coexistência de liberdades” (Feldens, 2008, p. 76), que o objetivo alvejado, embora assuma a compressão de direitos fundamentais no enalço da tutela empreendida, é a afirmação da própria jusfundamentalidade através da contenção de esferas de liberdade e autonomia que, à rédea solta, inviabilizariam o próprio exercício da ordem axiológico-normativa da comunidade.

De facto, no fundo, o recurso à “limitação material dos direitos fundamentais” (Gouveia, 2016, p. 1.005) relaciona-se com o asseguramento da efetividade da norma jusfundamental considerada em sua inteireza, operando-se neste âmbito de discussão a “função comunitária” das restrições sobre a qual nos fala Jorge Bacelar Gouveia (2016, p. 1.006), função que, escreve o autor, surge no contexto em que o exercício de direitos, liberdades e garantias jusfundamentais, frente a um conjunto de “bens ou interesses coletivos identicamente merecedores de tutela”, são “materialmente” (Gouveia, 2016, p. 1006), submetidos à restrição diante do “acatamento de valores comunitários que se lhes impõe de um modo geral” (Gouveia, 2016, p. 1.006)⁷³.

⁷³ A dita restringibilidade parte do facto de que “os direitos, liberdades e garantias não são ilimitados”; logo, sujeitos estão a restrições diante da “conveniência de proteger outros valores igualmente relevantes no plano constitucional” (Gouveia, 2016, p. 1.005); por outras palavras, Jorge Reis Novais esclarece que “perspetivados como um todo”, ou seja, tomados como um conjunto, os direitos fundamentais “podem e devem ceder perante o maior peso de outros bens, interesses ou direitos” (Novais, 2016, p. 150), enfim, e já agora estamos com Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 134), é hermenêuticamente incorreto “falar-se em restrição de um determinado direito fundamental em abstracto” (Canotilho; Moreira, 1991, p. 134), isto é, “fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse constitucional diverso” (Canotilho; Moreira, 1991, p. 134), a restrição só é legítima

Diante do que fica dito não vai nenhuma pretensão de sugerirmos que as restrições levadas a cabo significam uma “funcionalização (e subordinação apriorística) dos direitos fundamentais em prol dos interesses da coletividade” postos sob tutela (Sarlet, 2004, p. 87); com Baltazar Júnior (2010, p. 206-207), reconduzimos semelhante discussão ao debate existente entre as teses “individualista” e “comunitarista” que cuidam de discutir sobre o interesse a preponderar na relação que estabelecem entre si direitos individuais e a dimensionalidade objetiva jusfundamental, nomeadamente os imperativos de tutela que incidem sobre interesses caros à coletividade. Neste debate, portanto, recolheremos os subsídios necessários ao bom esclarecimento do tema.

De acordo com essa classificação, de um lado, temos a “tese comunitarista” que defende a “preferência do interesse da coletividade sobre o direito do cidadão”, ou seja, segundo este ponto de vista, os interesses subjacentes aos deveres de proteção estaduais são dignos de prioridade na colisão que mantêm com os direitos fundamentais da individualidade concorrente; de outra banda, está a proposição atirada pela “tese individualista”, segundo a qual gozam de preferência — quando confrontados com a perspectiva objetiva e os decorrentes deveres de tutela — os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa de quem é alvo da intervenção do Poder Público. (Baltazar Júnior, 2010, p. 206-207)

A definir a posição de Alexy acerca do tema, Baltazar Júnior (2010, p. 208-209) aduz que “a dimensão subjetiva prevalece, *prima facie*, na relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais” (Baltazar Júnior, 2010, p.208-209). Todavia, a prevalência aí tratada não reza uma “preponderância absoluta”, mas sim acusa uma perspectiva liminar que é suscetível de cedência no âmbito da ponderação de bens.

Esmiuçando a temática, Virgílio Afonso da Silva aduz que a dita preferência *prima facie* “vale apenas nos casos de dúvida ou nos casos de razões igualmente boas para cada lado em disputa” (Virgílio Afonso da Silva, 2013, p. 746), porquanto, continua o autor, se a atividade de ponderação compreende que “há razões suficientes para a realização de um interesse coletivo” (Silva, 2013, p. 746), então, no bojo do decisório respetivo, deve ser afirmada a prevalência do interesse público levado em conta e a conseqüente restrição à jusfundamentalidade individual envolvida, donde a possível síntese de que existe um “claro ônus argumentativo que precisa ser levado a sério” (Silva, 2013, p. 746) caso se decida pela limitação de direito da individualidade concorrente.

quando posta para “salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos” (Canotilho; Moreira, 1991, pp. 133-134)

Ou seja, é viável a imposição de restrições a direitos individuais a favor de normativas que tenham o interesse coletivo em primeira linha; entretanto, tais restrições, para valerem juridicamente, devido ao caráter “*prima facie*” a que se fez menção, pressupõem a instauração do método da ponderação de bens, pressupõem, acima de tudo, um “ônus argumentativo” (Baltazar Júnior, 2010, p. 209-210) — exequível mediante a observância do princípio da proporcionalidade — que demonstre o peso prevalente a ser creditado ao decisório de cunho restritivo-individual que se almeja implantar como solução do caso concreto⁷⁴.

Desdobrando tal compreensão e já aplicando-a ao cenário do processo penal, Baltazar Júnior (2010, pp. 210-211) esclarece que “a prevalência do direito individual é o ponto de partida, mas não o ponto de chegada” da empreitada hermenêutico-aplicativa. Especificadamente, o autor refere a desinteligência existente entre o “dever de proteção” — e, por arrasto, a “pretensão de adequado funcionamento da justiça e da segurança” — e os “direitos fundamentais dos implicados no processo” (Baltazar Júnior, 2010, pp. 210-211), situação problemática para cujo equacionamento é necessária a análise das condições fáticas e jurídicas do factualismo em tela, ressalvadas, no entanto, a preferência *prima facie* anteriormente afirmada e o ônus de argumentação que vai onerar o discurso jurídico de quem pretende a restrição em prol do interesse comunitário.

À luz desta compreensão, pois, inexistente uma tabela pré-pronta e conducente à resolução apriorística de conflitos desse jaez, importando, antes pelo contrário, a aferição concreta de critérios como o vulto da ameaça ou da afetação do interesse coletivo sob enfoque, de entre outras avaliações que serão transportadas à metodologia da ponderação ou balanceamento de bens que adiante pretendemos desenvolver miudamente⁷⁵.

Considerando o exposto, vemos com clareza um “problema pluridimensional”, vemos um horizonte jurídico no centro de que uma “relação tripolar cidadão-Estado-terceiro” desafia o operador do direito a considerar “diferentes interesses de liberdade” (Novais, 2003, pp. 92-

⁷⁴ A encampar a doutrina da “precedência *prima facie*” dos direitos fundamentais em relação aos “interesses públicos de estatura constitucional”, Daniel Sarmiento (2017, p. 162) bem resume o ponto: “o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a ‘vitória’ do direito fundamental”.

⁷⁵ Na base de semelhante compreensão, está a ideia de que “não há uma hierarquia formal entre princípios constitucionais”, visto que a solução de conflitos principiológicos passa inevitavelmente pela “ponderação de interesses” cujo resultado “poderá variar em razão das especificidades fáticas do caso”. (Sarmiento, 2002, p. 75); dizendo-o com Vieira de Andrade (2009, pp. 302-303), a dirimição de conflitos desta ordem, isto é, “entre direitos e valores comunitários”, não deve ser operada “sistematicamente através de uma preferência abstracta, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais”; segundo o autor, na solução das conflitualidades emergentes do mundo-da-vida, será imperiosa a tutela “dos diferentes direitos ou valores”, visando a proposta de resolução “harmonizar [...] os preceitos divergentes” sob a consideração do circunstancialismo onde ocorrente a querela.

93), ou antes, diferentes interesses de individualidades concretamente em antagonismo e a projeção de deveres de proteção sobre a situação conflituante em que estão aninhadas estas mesmas individualidades.

É que neste quadro pesa a “incumbência de os poderes públicos protegerem os direitos fundamentais dos particulares face à agressão de outros particulares” (Canotilho, 2001, p. 122), donde a configuração de painel no centro de que uma das individualidades comparece a exhibir a qualidade de detentor do bem jurídico ameaçado ou contundido; ao seu lado, o suposto agressor que mobiliza a função de árbitro do Estado, o qual, sobreposto à condição das partes, julgando procedente o estado de periclitância ou lesividade, vê pesar sobre si o dever de intervir e tutelar adequadamente a jusfundamentalidade em causa, ou, por outra, os diferentes interesses igualmente jusfundamentais em jogo, numa palavra, “cabe-lhe delimitar (definir, concretizar, restringir) os direitos dos particulares [...] e definir regras para resolução dos conflitos de direitos entre os particulares” (Canotilho, 2001, p. 122).⁷⁶

Compartilhando de idêntica ótica, Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva (2010, p. 343) esclarecem que os imperativos de tutela são levados à prática no quadro de uma relação jurídica de “estrutura triangular”: conforme os autores, esta ilustração comporta, na “base do triângulo”, em posições antagónicas, o detentor do bem jurídico em risco ou agredido e a força motriz do perigo ou lesão que instaura o conflito e convoca o Estado — posto no “vértice superior do triângulo” — à condução do impasse. Precisos, apontam os autores que a força motriz (agressora ou periclitante) instauradora dessa conflitualidade pode partir de “sujeitos privados indetectáveis”, “de uma pluralidade indeterminada ou difusa de sujeitos privados”, eventos naturais e, por fim, Estados ou corporações estrangeiras.

Como ilustração do que se acaba de expor, vejamos as relevantes implicações práctico-jurídicas que surgem à luz no desempenho estatal que dos deveres de proteção decorre. De um ângulo, parte o Estado rumo à tutela que é preciso adjudicar a certo titular de bem jurídico sob ameaça ou agressão. Aí, a prestação assume a roupagem de acérrimo guardião da proteção jurídica anunciada, a dimensão objetiva da jusfundamentalidade é acionada e colocada como trampolim ou causa de pedir da proteção que se almeja atingir; de outra parte, a tutela declarada e posta em movimento invade esfera jurídica alheia — ou seja, a esfera donde emanou a lesão ou perigo que pôs em ação a proteção concebida —, causando-lhe forte intromissão restritiva de direitos fundamentais e capaz de caracterizar uma face da estratégia interventiva que, aos

⁷⁶ Não é à toa que “o sentido e necessidade de protecção concretos de um determinado bem” dependem da compreensão “(através de juízos de ponderação, através de restrições legais constitucionalmente admitidas) de outros direitos ou bens protegidos por normas de direitos fundamentais”. (Canotilho, 2001, pp. 121-122)

olhos da esfera sob compressão, terá o significado de uma atuação invasiva, uma espécie de aríete que se aproxima com contundência, donde a invocação, deste lado da relação triangular, de direitos de defesa que oporão resistência ao plano então desferido pelo Poder Público.

Como se vê, o desenho em abstrato e a implementação concreta de imperativos de tutela remetem a um nível penetrante de análise que tem sob consideração duas preocupações básicas e atinentes à aplicação jurídica cogitada ao nível da citada relação triangular, quais sejam, a preocupação de não restringir excessivamente o direito fundamental — aquando da efetivação do programa de tutela — e a de não obrar com defeito na implementação desta mesma tutela; deveras, na medida em que aplica um vigor de tutela de subida intensidade, o Estado estará a afetar especialmente uma esfera de liberdade alheia; idem, ao estabelecer parcimoniosas restrições a direitos que participam de situações carecedoras de proteção efetiva, estará o Poder Público a oferecer em menor voltagem ou sob critérios mais rigorosos a prometida tutela jusfundamental, facto que poderá caracterizar uma contravenção à proibição de atuação deficitária.

Daí que é convocado neste âmbito específico da dogmática o método da ponderação ou balanceamento de bens ou interesses de idêntica estatura constitucional, método este que, sob o influxo da proporcionalidade, frente ao embate de interesses conflitantes, preordena-se à obtenção de uma “norma de decisão situativa” (Canotilho, 2003, p. 1.237), isto é, uma norma jurídica construída de acordo com as especificidades (fáticas e jurídicas) do caso concreto sob apreciação e decisão.

É possível integrar o que vai configurado acima no que Canotilho batiza de “colisão inautêntica” (Canotilho, 2003, p. 1.271) do exercício de um direito fundamental com “bens jurídicos da comunidade” (Canotilho, 2003, p. 1.271), ou seja, considerando a relação triangular atrás indicada, direitos da individualidade que se veem sob compressão — por efeito do adimplemento do dever de proteção — são postos em conflito com “bens jurídicos de valor comunitário” (Canotilho, 2003, p. 1.271) que estão inseridos num dado programa de tutela estadual. Um bom exemplo, fornecido pelo professor de Coimbra, enquadra o atrito entre o bem comunitário segurança pública e a liberdade individual, ensejo em que o intérprete/aplicador será chamado à ponderação dos ditos interesses conflitantes com vistas à construção da norma individual do caso concreto.

Alexy também cuida do tema. Diante da caracterização de colisões entre direitos fundamentais individuais e bens coletivos — chamadas pelo autor de “colisões em sentido amplo de direitos fundamentais” (Alexy, 1999, p. 271) —, o autor alemão propõe o método da ponderação dos interesses conflitantes como expediente jurídico apto a compor a solução do

caso concreto. Na exemplificação tratada no texto, o bem coletivo segurança interna ou pública é geratriz de colisões diante das esferas individuais sobre as quais incidirão as intervenções do Poder Público que estarão a dar cumprimento aos deveres de proteção pertinentes à espécie.

É exatamente este o quadro que teremos pela frente quando da proposição que ofereceremos ao imbricamento da infiltração com o *nemo tenetur*: um embate dotado de estrutura triangular onde deveres de proteção e investigação eficiente são mobilizados pela *persecutio criminis* num campo normativo marcado pelo direito ao silêncio das individualidades suspeitas tocadas pelo referido método de obtenção provatória.

Em termos jurídico-constitucionais, a relação triangular atrás citada dispara a “necessidade de ponderação, de equilíbrio e compromisso entre interesses que se opõem” (Leisner *apud* Queiroz, 2000, p. 68) — e “que se encontram protegidos por normas de idêntico estalão” (Leisner *apud* Queiroz, 2000, p. 68) —, donde a configuração, na expressão de Walter Leisner, de um “Estado de ponderações” (Leisner *apud* Queiroz, 2000, p. 69), que é convocado a assumir a condição de árbitro do conflito. Em nosso estudo, um árbitro a funcionar entre a disputa de duas forças ou grandezas processuais que demandam uma postura metodológica polivalente, um raciocínio ponderativo e tendente ao atingimento de equilíbrio processual penal, tudo mediatizado pelo princípio da proporcionalidade, segundo veremos mais à frente.

Adiante, pretendemos desenvolver mais circunstanciadamente o que ora vai simplesmente referido. Pensamos ser metodologicamente mais proveitoso seguirmos com o tratamento da infiltração de agentes para, por último, demonstrarmos a colisão que este meio investigatório opera na relação conflituosa que mantém com o *nemo tenetur*; neste passo vindouro, forte nos lineamentos dos imperativos de tutela que aqui assentamos, tentaremos demonstrar a metodologia que operacionaliza a ponderação dos interesses jurídicos de que cuidaremos por ocasião da análise da infiltração de operacionais investigativos no seio dos clãs delinquentes.

3.3. DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES: CARACTERES GERAIS

De cima do quadro de considerações exposto, é possível sintetizarmos o objeto da pesquisa em duas alas de observação: a primeira diz respeito à existência de bens jurídico-penais dos quais dimanam deveres de proteção que repercutem ao nível da normativa processual; desde uma ótica técnico-jurídica, esta repercussão traduz que a eficiência da *persecutio criminis* deve ser promovida pelo arcabouço normativo pertinente — sob uma metodologia de aplicação jurídico-processual polivalente, como já vimos —; a segunda retrata

a ideia de que são legítimas as intervenções de infiltrações policiais no submundo da delinquência organizada, delinquência que, transnacional ou doméstica, violenta ou operante no terreno da criminalidade económico-financeira, tem como característica marcante o facto de penetrar no âmago do edifício público e aí estabelecer conchavos e sistemas de corrupção que rendem especiais dificuldades investigatórias e uma periculosidade social estampada na lesão ou perigo de lesão ao citado lote de bens jurídicos penais.

Daqui seguiremos mais detidamente ao comprido da segunda ala em cujo centro de discussão os elementos cardeais da infiltração serão tratados; na base dos conceitos que pretendemos expor, estarão as normativas portuguesa e brasileira que disciplinam o instituto — ou seja, a Lei portuguesa n.º 101/2001⁷⁷, de 25 de agosto, e a Lei brasileira n.º 12.850/2013, de 2 de agosto, em cujos textos colhemos as definições das ações de infiltração e os regramentos básicos que condicionam a validade deste específico meio de obtenção de prova⁷⁸.

Tal percurso liminar é imprescindível diante do plano de nosso estudo que pretende caracterizar o instrumental fornecido pelo dito princípio da proporcionalidade como a chave de interpretação e solução da conflitualidade surgida entre a infiltração e o *nemo tenetur*.

Ora, só uma análise circunstanciada da intencionalidade da infiltração e de sua execução metódica permitirão subsídios à ponderação dos interesses em disputa que atrás referimos, só um preparo conceitual que se mostre esclarecedor acerca deste recurso ensejará a operacionalização da ponderação e o atingimento de uma argumentação razoável e sindicável neste marco problemático da casuística processual penal, afinal, quem opera a infiltração, a forma por que atua e sob quais fronteiras legais são pedras de toque que permearão o equacionamento do sobredito conflito de interesses.

Primeiramente, cumpre esclarecermos que a infiltração de agentes é técnica excecional de investigação que deve ser entendida no quadro dos “meios de aperfeiçoamento da capacidade de produção probatória das agências criminais” (Aras, 2013, p. 513) que dão vazão ao

⁷⁷ É importante consignarmos desde logo que a normativa portuguesa em referência utiliza a locução acções encobertas para referir a infiltração policial tratada adiante. Em que pese tal designação legal, os contornos de um e outro instituto definem estratégias de apuramento investigativo distintas. O agente encoberto é o operacional policial ou o particular que atua sob supervisão da Polícia que, mantidas em sigilo a identidade e qualidade do sujeito em causa, “frequenta os lugares conotados com o crime, v.g., cafés, bares, supermercados [...] e outros lugares abertos ao público”, com o escopo de avistar possíveis suspeitos ou material probatório, “sem, contudo, determinar a prática de qualquer crime ou conquistar a confiança de alguém” (Gonçalves; Alves, 2015, p. 301); aliás, relativamente à sua atuação, verifica-se uma absoluta “passividade” do agente encoberto, porquanto “a sua presença e a sua qualidade é indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos” na paragem onde o mesmo age e coleta provas, “naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisa aconteceriam da mesma forma”. (Meireis, 1999, p. 192)

⁷⁸ A respeito dos citados diplomas, em que pesem as críticas que formularemos acerca deste ou daquele dispositivo, concluiremos no sentido de que apresentam uma roupagem que permite a metodologia do garantismo polivalente que desejamos projetar sobre a temática ora versada.

“princípio da proibição da proteção deficiente” (Aras, 2013, p. 513), já que importa, com suporte em decisão judiciária prévia, a introdução de operacionais no seio de clãs organizados com vistas à colheita de meios de prova mediante a utilização de um disfarce que toca a identidade do agente ligado à estrutura estadual e a funcionalidade que lhe está adscrita⁷⁹.

É que o agente infiltrado — sem revelar a sua condição de operacional da investigação criminal — ingressa na estrutura de grêmios delinquentes e aí atua de modo a estabelecer uma relação de confiança com os membros da corporação para “ter acesso a informações, planos, processos, confidências” (Meireis, 1999, p. 164), enfim, tudo aquilo que reporte à criminalidade sob investigação e que interesse à prevenção criminal e à prova do caudal de crimes e de seus autores e partícipes.

Nessa estratégia, um dos traços fundamentais a considerar é o facto de o agente cobrir a sua atuação de “disfarces, falsas identidades e falsos enredos”, ou seja, “histórias-cobertura” (Aras, 2013, p. 506) que se prestam a angariar palmo a palmo a confiança da pluralidade de sujeitos investigados e a tingir de credibilidade a personagem fictícia que inserida está no giro da atividade criminosa então investigada⁸⁰.

Assim imerso na engrenagem delituosa, a “personalidad supuesta” adquirirá vínculos de confiança e cumplicidade com os asseclas da corporação que lhe permitirão perscrutar “partes de la estructura organizativa” (Zafra Espinosa de Los Monteros, 2010, pp. 70-71) e alcançar informes reservados aos círculos de comandância do grupo, que os integrantes com os quais estabelece diálogo e interação, na crença de estarem ante uma peça da máquina ilícita, facultar-lhe-ão informações referentes à realidade investigada e acessos a nichos secretos que de outro modo escapariam à inteligência dos órgãos de controlo.

Antes de seguirmos, é importante distinguirmos os perfis constantes da legislação portuguesa que autorizados estão a tomar assento nas tarefas de infiltração disciplinadas

⁷⁹ Importante é referir o dispositivo inscrito no artigo 20.º, § 1.º, da chamada Convenção Internacional de Palermo, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado, marco normativo internacional sempre lembrado pela doutrina em cujo bojo figura a previsão de os Estados-Partes adotarem técnicas especiais de investigação ao nível da prevenção e repressão da criminalidade organizada. No dispositivo citado, há expressa referência à atividade de infiltração com fins investigatórios, de entre outros expedientes, exsurgindo daí a necessidade de regulamentação do tal método no âmbito dos ordenamentos processuais domésticos, tudo com vistas a apetrechar as instâncias persecutórias diante do poderio da macrocriminalidade.

⁸⁰ É de rigor que tal personagem mantenha dados compatíveis com os traços que identificam a organização sob investigação, quer dizer, estando em tela um grupo de empresários corruptores da administração pública, a personagem deverá contracenar como se realmente estivesse aclimatado ao tal nicho empresarial delinquente, como exemplo, poderá desempenhar papeis habitualmente cometidos a subordinados que operam as falcatruas e lances delinquentes a serviço de poderosos hierarcas, transitando com desenvoltura no emprego de expressões técnicas e pertinentes ao contexto burocrático-empresarial; na hipótese de grupos narcotraficantes, ainda como ilustração, deverá ostentar familiaridade com a artilharia criminosa em pauta, desempenhando o transporte de estupefacientes ou o estudo de novas rotas de navegação e comércio, de entre outras modalidades de ação compatíveis com o roteiro do grupo. (Zanella, 2016, p. 236)

legalmente. Com base na dicção do artigo 1.º, n.º 2, da normativa citada, são possíveis protagonistas deste meio de obtenção de prova os funcionários de investigação criminal e terceiros — “cidadão particular ou um elemento de outra força ou serviço de segurança, que actue sob o controlo da Polícia Judiciária” (Valente, 2017, p. 572).

A respeito desta dicção legal, no respeitante à possibilidade do emprego de particulares nas referidas tarefas, não faltam críticas de diversos setores doutrinários que apontam a inconveniência de tal previsão e a via aberta a sensíveis traumatismos de direitos fundamentais que na rota da excursão levantada são atingidos em cheio.

É que pairam incertezas sobre a atuação do particular que é inserido na trama organizada com fins investigativos. As dúvidas começam a surgir desde o questionamento da aptidão do cidadão para executar com destreza tarefa tão melindrosa em meio a um cenário prenhe de complexidade que demanda um “alto grado de especialización” (Rizo Gómez, 2018, p. 15) — em outras palavras, o êxito de tal tarefa pressupõe “una adecuada preparación física y psicológica” (Rizo Gómez, 2018, p. 15) do operacional em causa, predicados estes em princípio desligados da figura do particular que não recebeu treinamento precedente para a consecução da empreitada.

Para mais, dado que molduras normativas jusfundamentais de terceiros estão postas em jogo e sujeitas à diligência destes mesmos particulares — presumivelmente desconhecedores “de las reglas básicas del proceso penal y de la limitación de los derechos fundamentales” (Rizo Gómez, 2018, p. 18) implicados em tais tarefas—, afirma-se que não se estará a promover equilíbrio entre a tutela das citadas molduras e os interesses da perseguição criminal aquando da inserção no núcleo investigatório de privados despidos de preparação, ao invés, esta hipótese descortina um vetor normativo securitário que, a um só tempo, privilegia a investigação e negligencia a jusfundamentalidade das individualidades colocadas em pauta.

Temos para nós que “características básicas são exigidas para que um indivíduo permaneça por meses com identidade falsa e prejuízo de vários aspectos de sua vida pessoal” (Zanella, 2016, p. 234); dito isto, soa-nos evidente que o recrutamento aleatório de privados não oferece garantias quanto ao preparo emocional e técnico aqui tão fundamentais; aliás, é por esta exigência de aparelhamento do operacional que a doutrina fala num necessário “treinamento específico” (Zanella, 2016, p. 235) que conduza a uma “capacitação” (Zanella, 2016, p. 235) do agente para a infiltração, treinamento que, inexistindo em relação ao privado, insegurança e riscos acarreta à operação⁸¹.

⁸¹ Everton Luiz Zanella chega mesmo a afirmar que não é concebível uma “operação bem feita sem um treinamento prévio, adequado e rigoroso do agente” (Zanella, 2016, p. 237), cuida-se, assim, de uma “providência

Feito este breve enquadramento, detenhamo-nos em aspetos que conformam o instituto em causa. Assim, a desenvolver faceta essencial desta técnica investigativa, Espinosa de Los Monteros aduz que as “infiltraciones de larga duración” (Espinosa De Los Monteros, 2010, p. 73) encerram na base dos planos que empunham um “doble engaño” (Espinosa De Los Monteros, 2010, p. 73), o qual é avançado através de dois artifícios que devem permanecer colados à atuação do agente durante toda a manobra investigativa: de largada, o engano decorrente da “identidad supuesta” (Espinosa De Los Monteros, 2010, p. 74), ou seja, a utilização de identidade falsa que oculta o real perfil do operacional que atinge a corporação; paralelamente a isso, o artifício consistente na sonegação da “verdadera intención” (Espinosa De Los Monteros, 2010, p. 74) — ou seja, o escopo investigativo — que suscita a infiltração e sobre a qual a estrutura delinquente não tomará ciência. De acordo com a autora, a conjunção de semelhantes artifícios enseja a introdução dos agentes na estrutura organizada e o estabelecimento de relações de confiança e intimidade que redundam na recolha de utilidades probatórias à investigação, daí a feliz expressão de setores doutrinários no sentido de que a infiltração consubstancia uma “mentira viviente” (Espinosa De Los Monteros, 2010, p. 74) que cria oportunidades de recolha indispensáveis em meio à criminalidade de alto nível.

Flávio Cardoso Pereira esclarece o ponto. Ao asseverar que o circuito da delinquência organizada só é penetrável através do recurso à infiltração, reconhece que esta emprega “*técnicas policiales de engaño y simulación*” (Cardoso Pereira, 2016, p. 399) que operam o efeito de encarreirar os integrantes do clã a uma condição de insciência na qual os mesmos, baseados em “*lazos de confianza junto al infiltrado*” (Cardoso Pereira, 2016, p. 399), facultam informações à investigação capazes de elucidar o contexto de criminalidade então sob enfoque.

O panorama esboçado acima consta na síntese de Eduardo Araújo da Silva sobre os caracteres básicos da infiltração; descreve o autor que a doutrina em geral refere a “dissimulação”, o “engano” e a “interação” como elementos fulcrais do instituto; pelas mãos do primeiro o agente encobre a sua condição funcional e os seus reais propósitos ante os sujeitos visados; de seguida, há menção à “encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito” (Eduardo Araújo da Silva, 2003, p. 86); por último, a interação, isto é, a “relação direta e pessoal” (Eduardo Araújo da Silva, 2003, p. 86) entre o operacional infiltrado e os alvos suspeitos sob investigação.

À luz dos diplomas português e brasileiro que tratam do instituto, os ditos elementos fulcrais são transportados à infiltração mediante a “identidade fictícia” (n.º 1 do artigo 5.º da

extremamente necessária, fundamental” (Zanella, 2016, pp. 236-237), uma espécie de condição *sine qua non* da prospeção investigativa tomada em perspetiva.

Lei n.º 101/2001) e a “identidade alterada” (inciso II do artigo 14.º da Lei n.º 12.850) do infiltrado durante o curso da tarefa de investigação, expedientes com suporte nos quais é possível romper a “estratégia de submersão” (Nunes, 2019, p. 342) estabelecida pela delinquência organizada que esconde a montagem criminal das lentes dos órgãos persecutórios, uma estratégia que, ao demais, converte o “tradicional empenho de qualquer criminoso em apagar os vestígios do crime que cometeu numa ciência de supressão da prova” (Nunes, 2019, p. 343).

Postos em campo os referidos expedientes, um grau desmedido de interferência saltará à luz em desfavor dos sujeitos-alvo desta específica técnica investigativa, interessando-nos mais de perto, dado o mote que reservamos à presente pesquisa, a restrição operada ao nível do *nemo tenetur*, o qual é sensivelmente mitigado nas circunstâncias atrás descritas por via das quais as “pessoas visadas em concreto (quantas vezes pessoas terceiras)” (Valente, 2020, p. 161) são apanhadas pelo “meio investigativo sem que tenham qualquer conhecimento e sem que se apercebam dessa intrusão”, quer dizer, estas pessoas são levadas pela ação do infiltrado a produzir “prova incriminatória contra si próprias com uma ausência plena de autodeterminação” (Valente, 2020, p. 161).

Com efeito, inserido o agente no “santuário” dos delinquentes organizados de que nos fala Costa Andrade (2009, p. 536), o infiltrado assiste a “discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso” (Andrade, 2009, p. 536), neste centro nevralgico presencia diálogos que “relatam crimes consumados ou resultam no planeamento e cometimento de novos crimes” (Pacheco, 2009, p. 109), ou seja, em tais circunstâncias, é bom de ver que o agente infiltrado, a contracenar taticamente, “conduz e orienta a conversa, leva as pessoas a dizer ou fazer o que de outra forma não diriam ou não fariam” (Andrade, 2009, p. 537), dinâmica que, de per si, interfere no funcionamento do *nemo tenetur* e que merecerá de nossa parte considerações mais desenvolvidas.

Sobretudo quando desconhecidos os nomes da cúpula da organização, e isto é o que geralmente ocorre neste nível fenomenológico criminal, dado que “a identidade dos líderes e dos membros que ocupam posições superiores na hierarquia é frequentemente mantida no maior dos secretismos” (Nunes, 2019, p. 343), uma atuação expedita do infiltrado, que deve sondar o maior número possível de camadas do clã e de seus integrantes respetivos, reveste-se de importância capital, da qual se espera, aliás, um grau de desvendamento amplo, que inclua os nomes que constam no pico da estrutura e as eventuais conexões desta com setores da máquina pública.

Ocorre que tal prospeção invade o âmbito de proteção do *nemo tenetur*, mais propriamente, de entre outras interferências possíveis, toca a moldura normativa do direito ao silêncio dos suspeitos que com o operacional dialogam aquando das interações e dinâmicas próprias do funcionamento do grupo no qual estes estão imersos. Assim, a instigar a prolatação de manifestações pelos suspeitos ou a simplesmente restringir-se a colhê-las sem mais expedientes, o agente infiltrado estará a interferir sobre o aludido princípio jurídico-constitucional.

E as dificuldades sobem de tom quando observamos mais amplamente e constatamos a “danosidade social polimórfica” que se alastra sobre a feira dos bens jurídicos abalroados pelas ações de infiltração, ações que de facto formam uma “mancha de lesividade” (Andrade, 2009, p. 536) sobre um número indeterminado de pessoas (inclusivamente não suspeitas) e bens jurídico-constitucionais nada negligenciáveis — os exemplos do que se acaba de expor são abundantes e facilmente extraídos do sem-número de situações em que toma assento o infiltrado: quando “convive e partilha da intimidade do suspeito”, quando “tem acesso a informações familiares e pessoais que nunca teria se não ganhasse a sua confiança” (Valente, 2009, p. 170), ao ingressar no domicílio de pessoas investigadas, enfim, o rol de direitos individuais afetados é amplo e a aluvião de situações propícias à avaria é imprevisível⁸².

Como já dissemos, tal facto não passa despercebido pela doutrina e agita uma maré-cheia de críticas que toma o desenho das políticas criminais contemporâneas como objeto; afirma-se que o entrechoque protagonizado pelos vetores normativos “liberdade” e “segurança” conduz os Estados à produção de “normativas que acossam os direitos fundamentais visando ampliar os recursos à disposição da repressão penal” (Prado, 2014, p. 59); mais ainda, afirma-se que os “métodos ocultos de investigação” (Prado, 2014, p. 59) são ferramentas às quais se empresta uma importância ímpar, já que têm o condão de incrementar as pesquisas policiais em detrimento da integridade de direitos fundamentais dos suspeitos e porque não se fazem acompanhar de um nível de detalhamento legislativo que lhes confira “critérios” e “mecanismos” (Prado, 2014, p. 59) aptos a conter os danos desferidos na direção da jusfundamentalidade acossada⁸³.

⁸² Eloquente é o exemplo fornecido pelo método oculto das escutas telefónicas ou interceptações telefónicas (na designação brasileira), as quais promovem o “perigo de enleiar inocentes que caem na rede interceptada”, sucedendo aí “a exposição da intimidade de quem em nada contribuiu para a iniciação da investigação”, isto é, os interlocutores dos investigados. (Valente, 2004: 41)

⁸³ Numa dessas críticas, Hassemer (2008, p. 289) ensina que o foco político-criminal já não se volta ao suspeito individualmente considerado, antes pelo contrário, a preferência é ofertada à “investigação de áreas e setores suspeitos nos quais um ou outro suspeito pode ser encontrado”; mediante uma ilustração, a qual bem retrata a danosidade polimórfica acima referida, compara o autor alemão a investigação a uma espécie de “aspirador de pó”, vez que “suga-se tudo primeiro e depois é feita uma triagem”, ou seja, primeiro promove-se uma devassa

De nossa parte, concordamos em parte com a força das críticas formuladas. Deveras, os métodos ocultos de investigação, concebidos para apetrechar a perseguição criminal diante de uma “nova realidade sócio-criminológica que exige uma abordagem diferente” (Braz, 2019, p. 103), arrastam consigo uma constelação de interferências que atuam sobre funcionalidades normativas de titularidade dos alvos das investigações em curso — e mesmo de terceiros que com estas não se relacionam, como é comum frisar-se —; ao lado disto, é exato afirmar que “todos os direitos fundamentais são limitáveis, não há direitos absolutos”, ou seja, “todos os direitos, dependendo das circunstâncias concretas do caso e dos valores e bens de proteção que se lhes oponham, podem ter de ceder” (Novais, 2006, p. 49).

Ora, ao aliarmos a lição de Jorge Reis Novais de que os direitos fundamentais são “imanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação” (donde a “limitabilidade” (Novais, 2006, p. 50) que lhes é característica), ao aliarmos, dizíamos, esta lição à jusfundamentalidade objetiva que imanta a atividade de persecução criminal — no sentido de que deveres de proteção incidem neste plano da atividade estatal e exercem influência sobre a interpretação da normativa processual penal, daí a “obrigação de o Estado agir positivamente para [...] garantir também a proteção dos direitos fundamentais dos demais integrantes da sociedade, e não apenas daqueles que, por suas ações, possam ter violado o ordenamento jurídico” (Fischer; Pereira, 2018, p. 26) —, temos assim como mola de partida que a danosidade de alto calibre inerente à delinquência organizada é lastro empírico a ser considerado e carregado à mesa de ponderação aquando do atrito característico que se forma ao observarmos as normas garantistas individuais e os interesses afetos à persecução penal.

Queremos expressar o entendimento de que a dita danosidade especial acende a aplicação de imperativos de proteção estadual ao nível da perseguição criminal do Estado, daí a disponibilização de métodos ocultos dos quais a infiltração policial é espécie, métodos ocultos que partem da convicção de que “se as disposições processuais não forem adequadas, pode ser afetada a própria validade efetiva dos direitos fundamentais” (Fischer; Pereira, 2018, p. 34) tutelados pelo ordenamento penal e extraídos de uma leitura sistemática e integral da jusfundamentalidade atuante, daí a possibilidade de a ponderação de interesses conflitantes resultar na limitação de faculdades individuais mediante a estipulação de regras de organização e procedimento investigativo.

A corroborar o delineamento destas regras, é comum afirmar-se que o recurso à infiltração busca suprir a impropriedade dos meios de prova tradicionais ante as grandes

incontida sobre pessoas diversas e indeterminadas, de seguida, verifica-se o material coletado e suscetível de servir à acusação.

corporações criminais e as suas respetivas estratégias de despistamento e mesmo de cooptação das forças e órgãos de controlo, afinal, a permanecerem ativas e ocultas estas forças, permanecerá como corolário a espiral de danosidade que lhes marcam o percurso.

Em face do que fica dito, é lícito acrescentar que não seria possível demonstrar plenamente e trazer à discursividade processual penal a vivência de uma agremiação delinquente transfronteiriça — o que implica dizer, dotada de instrumental tecnológico e financeiro hábil a colocar em prática as estratégias de ocultamento e expansão territorial — senão por meio de uma cooperação interestadual de natureza policial e judiciária e ademais suprida de meios de obtenção de prova dotados de procedimentos e técnicas eficientes; percebida a causa desta verdadeira injunção de compor um ferramental de meios probatórios, percebe-se claramente a projeção da jusfundamentalidade objetiva — leia-se, dos deveres de proteção — sobre a arena da perseguição criminal, projeção esta que vai reclamar uma dose de eficiência e a colmatação de lacunas disfuncionais que dificultam um andamento operacional preventivo e que esteja à altura dos atuais desafios criminológicos existentes.

No entanto, não estamos a sufragar o entendimento de que é mandatário desarmar a proteção jusfundamental dos sujeitos-alvo das técnicas ocultas, um desarme que surgiria automaticamente pela simples verificação de um grupo organizado a constar no polo passivo da demanda penal em trâmite, um desarme, enfim, operado concretamente mediante o apagamento de normas garantistas — como exemplo, o direito ao silêncio — do conjunto de dispositivos processuais por obra das quais é factível estabelecer-se uma zona de equilíbrio processual penal; com Roxin, reafirmamos que o Estado está vinculado ao “*aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano*” (Roxin, *apud* Cruz, 2018, p. 94), ou seja, e já agora estamos com Luciano Feldens, a “aptidão funcional dos direitos fundamentais” (Feldens, 2008, p. 58) escreve no *script* estatal uma “dupla missão” (Feldens, 2008, p. 58), em vista de cujos termos o Estado “deve não apenas respeitar os direitos fundamentais (perspectiva negativa), mas também protegê-los (perspectiva positiva) contra ataques e ameaças de terceiros” (Feldens, 2008, p. 58-59), a incluir, obviamente, as investidas dos senhores do crime sentados à secretária.

E é o propósito de mobilizar esta missão bidirecional que introduz na legislação brasileira limites à ação de infiltração policial, limites estes que pretendem alcançar uma zona de equilíbrio processual no âmago da citada disciplina investigativa; como exemplo, a cláusula do § 3.º, artigo 10.º, que demarca um prazo de até seis meses à citada técnica probatória — sob

a ressalva de que eventuais renovações são possíveis à vista de uma necessidade comprovada⁸⁴; mais ainda, a exigência do mesmo dispositivo legal, precisamente o seu *caput*, de que a infiltração dependerá de prévia autorização do juiz competente — que deverá revestir a forma de decisão circunstanciada e sigilosa, e que deverá escrever por miúdo os limites da intervenção policial, vale dizer, quais atuações estarão facultadas ao infiltrado e quais os direitos fundamentais colocados sob restrição (e em que medida) durante a expedição policial.

À luz da normativa portuguesa, é possível inferir que igualmente vige o propósito de definição de limites e implementação bivalente no curso da operação policial; em que pese não estar previsto prazo máximo de duração da medida, lapso este criticável a todas as luzes e revelador de um veio securitário nada negligenciável, aqui também é previsto um regime de autorização prévia à infiltração (escrito nos números 3 e 4 do artigo 3.º): no âmbito da prevenção criminal, há exigência de prévia autorização do juiz de instrução criminal competente, que decidirá sobre a infiltração após análise da proposta encaminhada pelo Ministério Público; diferentemente, quando a ação for requerida na altura do inquérito, a medida estará dependente de prévia autorização do órgão do Ministério Público, tal decisão “só será considerada eficaz após validação explícita” do juiz de instrução criminal competente, “ou decorrido que seja o prazo de 72 horas [...] sem que seja comunicada recusa” (Daniel Silva, 2013, p. 55) por este mesmo juízo — modalidade de “validação implícita”⁸⁵.

Ainda sobre as referidas autorizações⁸⁶, é voz doutrinária recorrente que estas manifestações deverão levar em conta “todo o circunstancialismo fático descrito” (Daniel Silva,

⁸⁴ Segundo Rogério Greco e Paulo Freitas (2019, p. 134), o prazo aí estipulado “poderá ser renovado tantas vezes quantas sejam necessárias”, que a tarefa de infiltração policial, para atingir os intentos probatórios aos quais está consagrada, pressupõe a conquista de confiança e credibilidade junto ao grupo investigado, facto que demanda naturalmente estirões de tempo variáveis, insuscetíveis de serem previstos em tese, pois que dependem da habilidade do operacional escalado e das circunstâncias e complexidades ligadas ao clã que concretamente se apresentem à atuação policial, donde a manifestação dos autores no sentido de ser inconveniente ao propósito da infiltração a delimitação de prazo diminuto, devendo esta avaliação ser feita dentro do circunstancialismo submetido à apreciação. Quanto ao ponto, Marllon Sousa (2015, pp. 89-90) defende a viabilidade de apenas duas renovações do prazo inicialmente previsto de até seis meses, salientando o autor que, expirado o estirão de duas renovações ininterruptas, cada uma a perfazer o espaço de seis meses, ou a medida já contará com o *quantum* de informações proveitosas à investigação, não se afigurando mais necessária a medida restritiva, ou então “a medida não restou frutífera, não se justificando a manutenção de uma medida invasiva sem quaisquer elementos que a justifiquem concretamente.”

⁸⁵ Guedes Valente (2009, p. 172) desfere contundente crítica a tal previsão legal; segundo o autor, o sinal verde conferido à infiltração deveria ser, em qualquer hipótese, oriundo do magistrado, pois que aplicável neste campo o n.º 4 do art. 32.º do Texto Maior, que sujeita a restrição de direitos fundamentais à autorização judiciária; portanto, prevista a possibilidade de autorização pelo órgão promotorial, configurada está uma rematada “inconstitucionalidade material”.

⁸⁶ Na visão de Benjamim Silva Rodrigues, a “judicialização da autorização da medida” (Benjamim Silva Rodrigues, 2012, p. 34) presta-se a dar concreção a diversos fins: primeiramente, salvaguardar uma “tutela preventiva” (Benjamim Silva Rodrigues, 2012, p. 34) – emanada pela autoridade decisória interveniente – das faculdades das pessoas visadas, afinal, tais pessoas desconhecem a proposta de inserção do meio oculto e aí não podem deduzir refutação; depois, o fim de prevenir o emprego de intrusão “não justificada” (Benjamim Silva

2013, p. 55) na proposta encaminhada ao juízo competente, juízo que procederá em ordem a ponderar os interesses conflituantes e, afinal, se decidir no sentido da infiltração, delimitará os actos facultados ao infiltrado durante a tarefa e os correlatos direitos fundamentais que dali seguirão sob restrição⁸⁷.

Prosseguindo, estes regimes jurídicos, ainda a constituírem limitações em meio aos complexos interesses jurídicos envolvidos, fixam o carácter subsidiário da infiltração em matéria de investigação do extenso rol de crimes que autorizam a adoção deste expediente. Ou seja, as infiltrações somente poderão ser avançadas perante contextos sobre os quais paire um “juízo de suspeita fundado” (Benjamin Silva Rodrigues, 2012, p. 29) dos crimes previstos no catálogo de infracções penais⁸⁸ relativamente às quais o legislador entendeu por bem dotar o respetivo regime investigativo de meios adequados às peculiaridades que dessa realidade criminológica despontam. Ainda, decorre dos citados diplomas que a infiltração deve observar o que Guedes Valente (2017, pp. 567-568) denomina de “princípio da indispensabilidade para a descoberta da verdade” e “princípio da impossibilidade objectiva de obtenção de prova por qualquer outro meio menos oneroso para os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos”, vale dizer, este meio de obtenção de prova, exatamente porque conflita com uma profusão de direitos fundamentais, deve obedecer ao “método constitucional de filtragem das limitações a direitos fundamentais” (Moraes, 2017, p. 303) que as Cartas portuguesa e brasileira assinalam às ditas restrições suscetíveis de ocorrência, é dizer, o chamado princípio da proporcionalidade, o qual, convocado a agir diante da infiltração de agentes, impõe o sentido traduzido por Germano Marques da Silva (1994, p. 31) de que a infiltração legitima-se “quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos

Rodrigues, 2012, p. 34), isto é, o emprego de medida inequivocamente desproporcional ou deslastrada de substrato fático que suscite um juízo de suspeita sério sobre a gravidade do crime a investigar; por fim, é forçosa uma “representação compensatória e protectora do visado contra os prováveis e possíveis abusos das instâncias formais” (Benjamin Silva Rodrigues, 2012, p. 34) que desempenham o mister investigativo.

⁸⁷ Aliás, pesa sobre este decisório um “dever de motivação reforçado” que permita posteriormente aos suspeitos e investigados apreciarem e eventualmente contestarem “os passos lógicos e fundamentos” utilizados pelo decisório ao ensejo da autorização concebida, sendo insuficiente, para o atingimento de tal escopo, o emprego de “fórmulas abstractas, genéricas e inócuas”, enfim, locuções de utilização universal que apenas em aparência enfrentam e dilucidam o caso ocorrente submetido à apreciação. (Caires, 2019, p. 64); neste sentido, em termos esclarecedores, Geraldo Prado (2014, p. 78) pontua que a motivação do decisório deverá indicar os “elementos que convencem acerca da adequação da medida aos fins propostos”; para lá de definir os “meios de execução” da empreitada em tela e respetivas vias de “fiscalização”. Enfim, ainda com Geraldo Prado (2016, p. 146), diremos que “quando o tema a decidir no processo penal cuidar da restrição de direitos fundamentais, incidirá o princípio de fundamentação reforçada em relação aos critérios e requisitos específicos da decisão”.

⁸⁸ Fazemos coro com a ideia que advoga no sentido do carácter “restrito” do citado catálogo, ou seja, reiteramos que a listagem enunciada pelo legislador deverá observar enquanto critério a “gravidade das infracções” e “exigências criminalísticas” que particularizam as investigações destas. (Andrade, 2009, p. 114)

criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar”⁸⁹.

Verdadeiramente, ao lado da proposição de que os direitos fundamentais podem ser submetidos a restrições na mesa de uma ponderação de interesses, como detalhadamente estudaremos adiante, salientamos que o cânone da proporcionalidade funciona como uma espécie de sinaleiro metodológico neste processo de ponderação e aplicação de normas jurídicas em estado de atrito, daí a emergência do método precitado desde o qual busca-se “reduzir ao mínimo as hipóteses em que se pretende limitar o âmbito de incidência dos direitos fundamentais, garantindo, com isso, que tenham a maior extensão e incidência possíveis no caso concreto e em favor de seu titular” (Moraes, 2017, p. 303); tal método, logo à nascença da infiltração, mostra-se imperioso e determinante de uma subsidiariedade normativamente declarada, é dizer, uma subsidiariedade que autoriza o expediente mais invasivo quando outros meios investigatórios — “meios de investigação exposta ou a descoberto” (Andrade, 2011, p. 30) — não se revelarem adequados à complexidade factual em tela, ou seja, na hipótese de inexistirem meios menos interferentes e capazes de espiolhar com eficiência quadros criminais complexos e geradores de uma elevada danosidade social, nesta hipótese, mostrar-se-ão admissíveis as infiltrações⁹⁰.

Eduardo Maia Costa, invocando o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da legislação lusa aqui estudada, ensina que a infiltração submete-se a um rigoroso teste de proporcionalidade que, essencialmente, pode ser comparado à progressão de degraus argumentativos que condicionam a legitimidade do expediente investigativo então cogitado; muito embora esta temática esteja reservada à parte final de nosso estudo, interessa aqui adiantarmos alguns esclarecimentos basilares: à partida, é necessário indagar se o crime para o deslindamento do qual é proposta a infiltração integra o catálogo de infrações penais diante de que autorizada estará a referida

⁸⁹ Com referência às escutas telefônicas, Costa Andrade (2011, pp. 29-30) fornece critérios que assessoram a identificação de situações em que são imprescindíveis e insubstituíveis os ditos métodos ocultos; assim, aduz o autor que “a complexidade criminalística do caso”, a “volatilidade ou consistência das provas já alcançadas ou previsíveis” a propósito da realidade investigada, a “urgência em quebrar eventuais laços de solidariedade” estabelecidos no âmbito de alianças delinquentes e a necessidade de penetração em “santuários imunes à devassa das investigações”, enfim, todas estas indicações, quando descortinarem a inviabilidade ou a insuficiência de técnicas não ocultas, nesta hipótese, subsidiariamente, os meios clandestinos e mais invasivos de investigação mostrar-se-ão legítimos e proporcionais.

⁹⁰ Interessa acrescentar que esta subsidiariedade opera “em cascata”, ou seja, aplica-se sobre os ditos meios de investigação “abertos, não ocultos ou descobertos”, hipótese em que estes, menos interferentes e acaso adequados à sondagem do quadro investigado, gozam de preferência diante dos métodos ocultos; para além, a subsidiariedade é sacada quando vários meios ocultos se mostrarem simultaneamente adequados e proporcionais diante do substrato fático entregue ao trabalho de investigação, nesta circunstância, veda-se “o recurso a um qualquer meio oculto de investigação sempre que seja possível lançar mão de meio menos gravoso e igualmente idóneo (e oculto) para a prossecução dos interesses da concreta investigação criminal”. (Benjamim Silva Rodrigues, 2012, pp. 30-31)

técnica⁹¹; em seguida, verifica-se se a infiltração é “estritamente necessária” e se detém aptidão “para obter resultados profícuos no domínio da investigação” (Eduardo Maia Costa, 2014, p. 361); por último, esta proporcionalidade é dependente da “gravidade concreta do crime investigado” (Eduardo Maia Costa, 2014, p. 362), uma gravidade, enfim, que funcionará como causa de pedir dos interesses persecutórios que demandam a restrição de molduras jusfundamentais.

Acrescentando conteúdo à explanação, assentamos que o método da proporcionalidade segue o curso do agente infiltrado durante todo o empreendimento levado a efeito na órbita do clã criminoso investigado, visto que a estratégia posta em movimento não cessa de afetar as molduras normativas dos investigados com os quais o operacional trava relação; assim, a decisão concessiva da infiltração não constitui um “cheque em blanco” (Inchausti, 2001, p. 140) a permitir um procedimento ilimitado ao agente, antes pelo contrário, deve-se evitar a concessão de “poderes desmedidos ao policial, para evitar que excessos sejam praticados” (Lopes, 2011:506), donde o acerto das legislações portuguesa e brasileira que, versáteis na proteção oferecida, a cuidarem da dinâmica da infiltração, preceituam a elaboração de relatórios de atividades por parte do infiltrado (artigo 3.º, n.º 6.º, da Lei n.º 101/2001, e artigo 10.º, § 5.º, da Lei n.º 12.850) com vistas a garantir a apreciação da proporcionalidade das intervenções que da infiltração decorrem e, portanto, a licitude dos meios de prova carreados aos autos do processo.

E é ainda este o propósito, o propósito de imprimir um garantismo polivalente à infiltração, que entrevemos na observação de Vicente Greco Filho (2014, p. 59) segundo a qual novas informações acrescentadas aos autos sobre o grupo investigado determinam novas apreciações sobre o alcance das tarefas do infiltrado, isto porque os termos da decisão autorizativa, a imporem maiores ou menores limitações ao agente, sujeitam-se a uma cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, à nascença estabelecidos segundo a causa de pedir exposta na representação que propõe a efetivação de tal técnica policial, estes termos podem ser alterados se novos refletores surgirem na boca de cena investigativa e iluminarem circunstâncias desconhecidas que demandem maiores ou menores limitações, daí a dinâmica garantista a ser

⁹¹ Neste degrau de especulação jurídica, é preciso ter presente que não basta a mera subsunção da infração tomada em tese ao catálogo legalmente posto; em síntese apertada, para que a infiltração reste viável do ponto de vista processual é necessário que uma “suspeita fundada em factos concretos e medidos” indique estar em causa uma criminalidade extremamente gravosa, uma criminalidade para o deslinde de que se mostram insuficientes técnicas e meios probatórios menos onerosos, surgindo, assim, a imprescindibilidade e proporcionalidade do meio oculto de investigação proposto. (Benjamim Silva, 2012: 29); na vigorosa síntese proposta por Costa Andrade (2011: 31), trata-se de uma “suspeita do crime (do catálogo) assente em factos determinados”, isto é, “factos portadores de fecundidade heurística bastante para fundamentar a suspeita de crime do catálogo”.

manobra pela autoridade judiciária que elevará ou mitigará os freios da empreitada de acordo com o substrato cognitivo inscrito pelo giro da atividade em andamento, uma dinâmica que terá por trás de si uma persistente atividade de ponderação baseada no método da proporcionalidade, pois que, ensina-nos Jorge Reis Novais, o dito princípio é “referência fundamental do controlo da actuação dos poderes públicos, assumindo, particularmente no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da actuação restritiva” (Novais, 2019, p. 95) em meio a uma mesa de aplicação normativa preñe de complexidade.

A temática da proporcionalidade, ao demais, ora meramente esboçada, assume contornos de fundamental importância aquando da constatação de que o agente infiltrado, com vistas a ganhar a confiança do grupo no qual pretende recolher meios de prova, pode vir a cometer actos descritos como crime, situação em que mais candentemente estará a proporcionalidade de suas atuações em discussão jurídica; contudo, advirta-se que “nem sempre será necessário praticar crimes” no seio da trama delinquente, “pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir” (Pacheco, 2009, p. 126); como quer que seja, adiante abordaremos desenvolvidamente esta questão.

No entanto, antes de mais, pensamos ser metodologicamente útil o esclarecimento de algumas questões que se referem ao decurso da infiltração e à atuação concreta do agente infiltrado, esclarecimentos estes que necessariamente ingressarão na pauta da ponderação à testa da qual pontuará o influxo da proporcionalidade; nesse sentido, é imprescindível distinguirmos a infiltração da provocação delitiva que inquina a prova produzida e constitui ilegalidade insusceptível de gerar proveito jurídico à persecução criminal. Eis o roteiro que, de caminho, desejamos vencer.

3.4. DA FORMA DE ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS

Assumem lugar de centralidade no tema da infiltração a forma por que atua o agente aquando da execução de suas tarefas e o grau de envolvimento do mesmo no organograma em que está inserido; sendo possível proceder em diferentes camadas do grupo, dada a estrutura piramidal do clã, o infiltrado estará a desenvolver as suas funções em setores periféricos da estrutura e mesmo em órgãos que compõem a medula do *script* delitivo então sob os olhos da investigação criminal.

Verdade é que, em função dos compromissos que assume nesta paragem específica, estará mais ou menos entranhado na corporação e ligado à pauta criminoso aí em curso.

Evidentemente, a forma de atuação e os enlaces assumidos pelo operacional perante o grupo determinam situações de interferência na paleta de direitos fundamentais dos sujeitos-investigados que justificam uma explanação mais penetrante de nossa parte.

Com este propósito esclarecedor, é válido deduzirmos alentado estudo de Vanessa Dias Ferreira acerca das diversas roupagens que podem vestir as atuações dos agentes infiltrados, quer dizer, os diferentes modos pelos quais tal agente estabelece conexão com o clã que pretende investigar e desarticular. (Dias Ferreira, apud Oneto, Isabel, 2008)

Com base nessa doutrina, que toma como critérios de classificação o “grau de envolvimento do agente no meio criminoso” e a “duração da operação”, as intervenções são divididas em duas modalidades: as *light cover* e as *deep cover* (Ferreira, apud Oneto, 2008, p. 52).

As *light cover* têm como característica dianteira o facto de não se estenderem por um período superior a seis meses e não exigirem do infiltrado “permanência contínua no meio criminoso” (Oneto, 2008, p. 53), o qual, por sinal, “mantém a sua identidade e o seu lugar na estrutura policial”; essencialmente, semelhante tipologia traduz “um menor grau de planeamento, de supervisão e de experiência” (Oneto, 2008, p. 53) por parte do operacional escalado para o desempenho da função.

De entre esta primeira modalidade de infiltração, destaca-se a *livraison surveillée* — conhecida no direito brasileiro como ação controlada⁹² —, segundo a qual “num procedimento de espionagem” (Oneto, 2008, p. 54), agentes observam “a passagem no território de mercadoria proibida ou de origem ilícita, retardando-se a interpelação dos intermediários a fim de deter os responsáveis pelo tráfico.” (Oneto, 2008: 54).

Vizinha a esta classificação é a referida por Espinosa de los Monteros, a qual alude às infiltrações de “*corta duración*” (Espinosa de los Monteros, 2010, p. 160), isto é, as infiltrações que se resumem a “*contactos más o menos esporádicos, y siempre relacionados con la conducta delictiva*”, inexistindo nesta sede a invasão da “*esfera íntima de la persona*”, dado que não se estabelecem aqui vínculos pessoais e duradouros entre o agente e os alvos investigados.

Diversamente, as *deep cover* apresentam como característica frontal a circunstância de implicarem uma total imersão do agente no seio delitivo investigado, rendendo tal investida um

⁹² Prevista no artigo 8.º da Lei n.º 12.850/2013, a ação controlada, enquanto técnica especial de investigação criminal, “consiste em a Polícia manter vigilância sobre a atividade criminosa, acompanhando-a até o momento mais adequado, ou seja, o mais eficaz, do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”. (Prado, Geraldo; Douglas, William; 2000, p. 57); com efeito, tal instituto “visa proteger o próprio trabalho investigativo”, pois que elide a caracterização de crimes em matéria de atuação do “policial que aguarda, observa e monitora a atuação dos suspeitos e não realiza a prisão em flagrante assim que toma conhecimento acerca da ocorrência do delito”. (Cruz, 2022, p. 156)

estirão de tempo superior a seis meses, período em que o operacional “assume uma identidade falsa e os contactos com o seu anterior meio social e familiar” (Oneto, 2008, p. 53) tornam-se “irregulares ou poucos frequentes” (Oneto, 2008, p. 53) ou mesmo são suspensos em plenitude.

Novamente com Espinosa de los Monteros, temos referência às infiltrações de “*larga duración*” (Espinosa de los Monteros, 2010, p. 160), modalidade através da qual o operacional efetivamente atinge a medula espinhal do grupo e aí passa a cultivar em face dos asseclas “*relaciones de confianza*” (Espinosa de los Monteros, 2010, p. 161), relações estas que abrem uma via mais propícia a intercomunicações e circunstâncias de diversas ordens que redundam num “*plus de lesividad*” (Inchausti, 2001, p. 105) em desfavor das molduras normativas dos membros do clã.

Com efeito, é fácil imaginar que à medida que a confiança no infiltrado sobe em flecha, mais escancaradas estarão as frestas mediante a invasão das quais uma porção de molduras normativas é afetada e domada pelo exercício da investigação. Basta pensarmos na oportunidade oferecida ao agente de ingressar no domicílio das pessoas visadas que, ludibriadas pela *mise-en-scène* então operante, facultam a intimidade do ninho doméstico ao suposto consorte.

Bem vistas as coisas, a infiltração permite concluir que um envolvimento intensivo do agente junto ao clã implica uma restrição avultada de molduras jusfundamentais que transmite um grau de excelência maior ao trabalho investigativo, pois que este maior envolvimento, próprio das *deep cover* ou infiltrações de larga dura, fornecerá um renque de possibilidades e suspeitos igualmente mais significativo ao agente infiltrado, vez que a intimidade e o acesso facilitado no ambiente da organização permitirão diálogos mais abrangentes e um sem-fim de novas rotas de atuação e estratégias ao operacional em tela.

Para ilustrarmos o que fica dito, pensemos no agente que detém um liame de cumplicidade mais consolidado em presença de segmentos do clã que ocupam o ápice da pirâmide delinquente; ora, estabelecido placidamente nesta altura, a gozar da confiança dos homens de trás, à medida que bem desempenhe a sua tarefa, é dizer, à medida que mais destramente avance mediante diálogos por si planeados, mais o agente referido tomará conhecimento dos planos da organização e vínculos espúrios eventualmente estabelecidos com órgãos estatais ou outras empresas criminosas.

Ocorre que este esforço de engajamento do agente, ao lado do volume mais denso de informações e fontes de prova transportado à investigação, determina também o surgimento de riscos de “comportamentos desviantes e de corrupção” por parte do infiltrado, afinal, “esses actos são induzidos pela própria natureza do trabalho de infiltração e pelo ambiente em que ele

se desenvolve” (Ferreira, *apud* Oneto, 2008, p. 59), ou, por outra, o infiltrado, na ambiência em que está visceralmente inserto, se adestrado não estiver⁹³, põe-se em condição de perverter-se e, assim, desnaturar o trabalho despendido, transmitindo, por exemplo, mediante paga, informações ao grupo relativas ao andamento da perseguição criminal em curso, donde o acerto de Fátima Mata-Mouros (2001, p. 108) ao asserir que a infiltração “invade inevitavelmente o campo escorregadio do desvio a qualquer regra”, advertindo a autora que “para meios excepcionais há que tomar cautelas adicionais!”, ou seja, em nossa leitura, as cautelas sobreditas devem traduzir um regramento mais circunstanciado — no bojo da disciplina legal e da decisão autorizadora da infiltração — que cuide de dispensar uma supervisão intensiva em face do operacional e um detalhamento mais preciso das ações facultadas ao mesmo.

Outra não é a lição de Geraldo Prado que, a criticar a “ausência de controle real sobre os agentes encarregados da investigação criminal” (Prado, 2002, p. 134), reconhece que semelhante frouxidão do marco regulatório “atua como forte fator de corrupção e violência, degradando as relações entre a população e as autoridades” (Prado, 2002, p. 134), donde o entendimento do autor que advoga que a motivação das autorizações judiciais haverá de conter a “definição” dos instrumentos de “execução e fiscalização” (Prado, 2014, p. 78) dos métodos ocultos em causa, cerceando-se, assim, as possibilidades de desvios por parte do profissional acionado⁹⁴.

E este terreno escorregadio e fecundo de oportunidades abertas à perversão da infiltração mostra-se mais tangível quando a atividade persecutória confia a tarefa ao desempenho de terceiros relacionados com o meio delituoso investigado, terceiros estes que podem guardar, natural é pensá-lo, “interesses directos quanto ao crime a investigar” (Valente,

⁹³ De lembrar a advertência do Tribunal Constitucional Português que, atendendo ao ambiente da operação e às qualidades intrínsecas do operacional infiltrado, escreveu: “se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas actividades criminosas que investiga”. Nesse sentido, Rogério Greco e Paulo Freitas (2019, pp. 128-129) afirmam que é imprescindível que o operacional escalado para a tarefa “esteja preparado física e, principalmente, mentalmente, para enfrentar os desafios que essa missão irá impor”, daí a necessidade de o agente ser encaminhado a um “treinamento específico, principalmente ligado à sua parte psicológica”, treinamento que haverá de ser preenchido por “candidatos” que ostentem “uma inclinação, uma predisposição natural a esse tipo de atividade”.

⁹⁴ Perspetiva igualmente crítica é a de Juarez Tavares e Rubens Casara (2020, p. 78-79), os quais, atentos aos “espaços discricionários” verificados na normativa brasileira que trata da infiltração policial, censuram a “discricionariedade conferida ao agente infiltrado e a impossibilidade de controle de todas as suas atividades” durante o andamento da empreitada investigatória; de acordo com os autores, tais espaços soam “incompatíveis com uma perspectiva democrática da persecução penal”, que a “discricionariedade tende ao arbítrio”, inexistindo, por fim, persecução criminal “constitucionalmente adequada que não encontre limites rígidos impostos pelo legislador”.

2017, p. 589), situação que lhes enseja a faculdade de, à uma, manipularem as diligências da Polícia e desenvolverem o curso das suas próprias carreiras criminosas⁹⁵.

Duarte Nunes, embora reconheça dificuldades de controlo quanto à atuação de particulares integrantes do “*milieu*” criminoso, para além de identificar possíveis perversões, como a oferta de favores indevidos por parte da Polícia em troca dos serviços prestados pelo infiltrado, admite esta espécie de infiltração e, inclusive, aponta-lhe “importante vantagem”, qual seja, a vantagem de o particular, já adaptado à atmosfera criminal, despertar “menos suspeitas do que uma pessoa desconhecida” (Nunes, 2019, p. 846), donde o ensejo de um maior fluxo de relatos e informações angariados no decurso da operação.

A discordarmos desta última opinião, pensamos que a ausência de preparo específico para o desempenho da função inviabiliza um prosseguimento seguro e controlável desta espécie de infiltração, a qual, aliás, não recebe da legislação portuguesa (que a prevê como de possível utilização) um detalhamento voltado ao necessário treinamento e supervisão do agente privado concebido como possível lugar-tenente da investigação criminal. Assim, e porque entendemos que são fatores que viabilizam e legitimam a infiltração a “*concreta persona propuesta para el desempeño de la función y su grado de preparación*” (Inchausti, 2001, p. 228), cremos que esta modalidade privada de infiltração constitui uma veio securitário digno de severas críticas que não se acomoda à perspetiva de equilíbrio que defendemos.

Ainda tendo como objeto de análise a diligência do infiltrado rente às pessoas suspeitas com as quais mantém interlocuções, cumpre-nos esclarecer quanto à forma por que esta dialogação é concebida e manobrada pelo operacional da investigação. A propósito do tema, a doutrina esclarece que tais conversas envolvem um conteúdo autoincriminatório evidente, para além, esclarece que este conteúdo pode vir à baila espontaneamente ou como resultado de uma astuciosa persuasão do agente que conduz o suspeito-interlocutor à revelação de dados fáticos que, na prática, equivalem à formulação de verdadeiras confissões, dados fáticos que, por fim, são trazidos à tona do diálogo sem estarem acompanhados das ressalvas relativas ao exercício oportuno do direito ao silêncio e do direito de não produção de prova autoincriminatória.

De facto, estabelecida a relação de confiança entre os interlocutores, é natural que a conversação enverede por referências que iluminem o conhecimento do agente sobre os motores delituosos que está a investigar. Assim, desde os planos colocados em ação pela máquina

⁹⁵ Pensemos na situação em que pequeno comerciante de estupefacientes é utilizado pela Polícia para abrir canais (mediante infiltração) junto aos integrantes de estrutura organizada então investigada. Aqui, será indesmentível o interesse do particular relacionado com o meio delitivo em causa, já que a desarticulação do grupo então sob investigação render-lhe-á gatilhos para o desenvolvimento das próprias transações, donde o ensejo de uma atuação comprometida em suas bases e inclinada inclusive à contrafação de provas.

criminosa, passando pelo conjunto de pessoas envolvidas e eventuais alianças delinquentes existentes, tudo é referido e esmiuçado pelo suspeito que, nesse estado dialógico, desconhece a verdadeira qualidade e propósito do agente que lhe dispensa momentaneamente atenção.

A questão que ora colocamos prende-se com a viabilidade probatória dos tais conteúdos autoincriminatórios na hipótese de os mesmos serem destampados graças a “*maniobras capciosas o enganosas*” (del Pozo Pérez, 2006, p. 305) do agente infiltrado que, durante a conversação, adota uma diligência prospetiva frente ao seu interlocutor, dirigindo-o habilmente à revelação dos factos que interessam à investigação.

Guzmán Fluja discrimina as duas situações de possível ocorrência: a) uma primeira hipótese é a do agente que induz ou manobra a conversação “*hacia determinados puntos (los que le interesan para la investigación)*” (Guzmán Fluja, 2006, p. 218); aqui, há uma iniciativa astuciosa do agente que acrescenta um *plus* ao engano original da infiltração posta em curso, ou seja, o operacional adiciona à personagem fictícia inserida no clã um trabalho ativo de convencimento face ao suspeito que orienta este último a sortir a investigação com dados respeitantes à estrutura e prática delitiva; b) a segunda hipótese é encontrada na situação em que o suspeito narra voluntariamente factos esclarecedores e autoincriminatórios diante do agente que, “*manteniendo una posición pasiva o receptora simplemente*” (Guzmán Fluja, 2006, p. 218), não provoca a colheita de informes nem manipula a interlocução mediante direcionamentos capciosos.

Conclusivo, o autor advoga que as interlocuções não podem ir além do “*engaño inicial*” (Guzmán Fluja, 2006, p. 219), ou seja, a personagem fictícia propositadamente montada da qual desponta a relação de confiança e cumplicidade no interior da corporação, já que este engano original não pode servir de cobertura genérica a qualquer atuação cavilosa do infiltrado, vindo daí o entendimento de que somente a segunda hipótese é suscetível de gerar elementos probatórios válidos juridicamente.

Neste exato sentido, Marta del Pozo Pérez (2023, p. 305) só admite como elementos de prova válidos os dados obtidos em conversação marcada pela espontaneidade do relato produzido pelo suspeito, não admitindo, assim, a inserção de estratagemas pelo agente que, assim agindo, interferiria na liberdade de declaração dos sujeitos investigados e infirmaria o valimento do material colhido.

Andrés David Ramírez Jaramillo (2010, pp. 115-116), a endossar esta corrente de opinião, formula exemplo que bem ilustra o carácter prospetivo da diligência do infiltrado em face do suspeito-interlocutor que, impulsionado nesta direção, oferta-lhe declarações autoincriminatórias, situação que, na ótica do autor, inquina a higidez do procedimento e gera

a inviabilidade de valoração judicial do mesmo. Dizendo-o com precisão: refere o autor a conversação oriunda do agente que, através da colocação de perguntas ao suspeito, arranca-lhe a informação de que este detém quantidade de estupefaciente em seu domicílio, daí decorrendo a posterior apreensão da droga por obra de subsequente decisão judicial.

É que o infiltrado, ao desempenhar “*un papel activo con la finalidad de obtener información autoincriminatoria del investigado*” (Ramírez Jaramillo, 2010, p. 112), perguntando-lhe astuciosa e estrategicamente sobre a matéria incriminatória, exerce “*cierta forma de presión sobre la voluntad del investigado*”, daí a incompatibilidade com o *nemo tenetur*, atingido “*en su más alto grado*” (Ramírez Jaramillo, 2010, p. 112), assevera o autor.

Duarte Nunes, em posição divergente, sustenta que é válida e usual a interlocução de agentes infiltrados com membros da agremiação investigada, sem que a transmissão de informações decorrente deste procedimento positive contravenção “às regras formais do interrogatório” (Nunes, 2019, p. 485) — regras estas que impõem a observância de direitos ligados ao *nemo tenetur* —; a embasar o entendimento exposto, aduz que o suspeito “não tem de ser protegido de seus descuidos autoincriminatórios”, e, citando excerto da jurisprudência alemã, pontua que “o processo penal não tem de, nem pode, por razões de fundo atinentes ao Estado de Direito, retirar ao agente o risco de ser condenado”(Nunes, 2019, p. 486).

Pensamos que a questão ora retratada reclama a inserção de linha divisória em meio à complexa atividade designada ao operacional investigativo. Uma linha divisória suficientemente clara que delimite o terreno de operação permitido ao infiltrado quanto à interação dialógica que o mesmo estabelece junto ao interlocutor-investigado.

Temos para nós que a manipulação pelo infiltrado dos rumos dialógicos positiva uma nítida transgressão às faculdades intrínsecas ao *nemo tenetur*, ou seja, o direito ao silêncio e o direito de não ofertar prova autoincriminatória. Como logo veremos, na base desta específica normação jusfundamental figura a ideia-matriz de que ao sujeito-alvo⁹⁶ da *persecutio criminis* outorga-se um espaço de livre avaliação psíquica sobre a conveniência da adição por si de declaração tendente a integrar o acervo probatório, um espaço, enfim, interditado a ingerências

⁹⁶ Seja-nos permitido firmar a premissa dogmático-jurídica de que os suspeitos de prática delitiva são sujeitos processuais portadores de direitos e deveres estabelecidos ao nível legal e constitucional, eis a perspectiva normativa fundamental dos Estados constitucionais democráticos sob os quais “a pessoa humana é e deve sempre ser tratada como um ator ativo — com capacidade de pensamento, de decisão e de influência no andamento do processo-crime de que é sujeito processual”. (Valente, 2019, p. 753); deveras, sob um modelo processual que observa a dignidade da pessoa humana, o suspeito-alvo da perseguição criminal “é um sujeito de direito” em relação a quem “se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar sua versão defensiva”; para além, é-lhe “conferido o direito ao silêncio”, afastada, assim, “qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade”. (Badaró, 2023, p. 46)

estaduais que consubstanciem, por exemplo, manobras cavilosas ou levadas a efeito mediante truculência expedida contra a integridade física da pessoa visada.

Tal questão, à luz do ordenamento jurídico português, convoca o regime das provas proibidas inscrito pelo constituinte originário que, já na programação normativa do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição de 1976, estabeleceu a proibição — enquanto métodos postos à procura de prova — da prática de tortura e coação, para além de assentar que são defesas às instâncias oficiais as ofensas à integridade física e moral, a abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, em resumo, estabeleceu um esboço de expedientes que contrariam um leque de bens jurídico-fundamentais, de entre os quais, é bom frisarmos, a voluntariedade da pessoa sob perseguição penal no tangente à produção probatória que parte de si e toca na direção da arena persecutório-estadual.

Um delineamento constitucional que é desenvolvido pela normativa constante do artigo 126.º do Código de Processo Penal português, *locus* em que restam indicados comportamentos de recolha probatória de cuja constatação exsurge um material eivado de ilicitude e insuscetível de valoração processual, sem que tal dispositivo, note-se bem, esgote a enumeração dos tais métodos, já que enquanto componentes dessa modalidade “hão-de igual e seguramente valorar-se os demais atentados que realizam a mesma danosidade social de afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas” (Andrade, 2006, p. 216).

A referência a este quadro legal demanda um indispensável complemento. É que o regime português estabelece um *discrime* sobre as diferentes modalidades de ação voltadas à produção probatória; assim, no que tange à intervenção operada nos bens jurídicos correspondência, vida privada, domicílio e telecomunicações, vigora uma “interdição” apenas “relativa”, já que a proibição de interferência nestas searas admite uma “margem de livre conformação legal” (Sandra Oliveira e Silva, 2011, p. 585) em razão de que é possível o estabelecimento de restrições aos supracitados bens em favor da atividade probatória. Ou seja, o legislador ordinário poderá disciplinar procedimentos que operacionalizem a recolha de prova mediante intromissão restritiva nos citados bens, esbarrando as intromissões não previstas nesta disciplina — e consideradas então abusivas — na proibição originalmente assentada⁹⁷; opostamente, quanto à integridade física ou moral das pessoas visadas pelas diligências probatórias, vige uma “interdição absoluta” que não comporta latitude ao legislador com vistas

⁹⁷ Ou seja, “desde que respeitadas as regras estabelecidas na lei para a intromissão nos direitos tutelados ou com o consentimento do respectivo titular” então invadido em sua esfera pessoal, nestas hipóteses, serão válidas as incursões probatórias. (Germano Marques Da Silva, 2011, p. 174)

ao desenho de métodos restritivos dos tais bens, donde o regime das proibições de prova dispor quanto aos ditos meios enganosos (que constituem contração à integridade moral das pessoas visadas) e quanto aos meios baseados em tortura ou ofensas à integridade física que são inválidas e insuscetíveis de valoração as provas decorrentes e adquiridas por via destes meios ou expedientes ilícitos, facto que introduz a especulação de que a atuação do infiltrado consistente em dirigir ou manipular a interlocução que mantém com os suspeitos desperta a incidência da proibição do engano que, enfim, induz a proibição probatória.

Não depreendemos do que fica exposto que o instituto da infiltração sempre recairá sob a alçada das normas proibitivas atrás mencionadas, nomeadamente sob a régua dos ditos métodos enganosos de prova. Instada a deitar pronúncia sobre este particular, a doutrina portuguesa, seguindo as pegadas da dogmática alemã, tem advogado “uma interpretação restritiva das proibições de prova que têm por base o engano” (Figueiredo Dias; Andrade, 2009, p. 31), daí a consideração que estabelece uma diferenciação entre o “engano proibido” e a “astúcia permitida” (Figueiredo Dias; Andrade, 2009, p. 31) ao operacional da investigação criminal, diferenciação que, predisposta a “evitar resultados susceptíveis de paralisar a actividade de investigação penal” (Figueiredo Dias; Andrade, 2009, p. 31)⁹⁸, no fim de contas, permite enquadrar a infiltração de agentes na segunda modalidade exposta e trabalhada pela doutrina — a qual não corporifica, eis a conclusão posta em riste, método enganoso de prova.

Assim, no afã de sedimentar critérios de distinção, uma parcela de processualistas tem defendido a consideração de conceitos já bem sedimentados no âmbito dogmático português a fim de aplicá-los à problemática dos meios enganosos de prova que se conxiona com a atividade do operacional infiltrado — isto é, os conceitos de “erro” e “engano” (Figueiredo Dias; Andrade, 2009, pp. 31-32) extraídos da doutrina penal e relativos ao crime de burla.

Segundo tal lição, o erro, não caracterizando método enganoso de prova, traduz uma “divergência espontânea”, quer dizer, uma não correspondência entre o que é representado mentalmente pelo declarante quanto aos factos que lhe estão próximos e o que verdadeiramente existe no mundo-da-vida; assim, afirma-se que este erro “é típico da infiltração”, porquanto “o agente da polícia não contribui para a sua formação mas apenas se aproveita dele” (Meireis, 1999, p. 208); por seu turno, o engano⁹⁹ é resultado de uma falsa representação da realidade

⁹⁸ Deveras, a fixação de um alcance irrestrito ao conceito de engano teria o dom de coartar a margem de atuação do operacional investigativo, donde a estipulação de linhas fronteiriças a designarem o que é permitido e o que constitui detestável engano apto a nulificar a produção da prova respetiva.

⁹⁹ Diversos podem ser os expedientes utilizados a título de encaminhar o suspeito ao engano, como exemplo, a insinuação ventilada pelo polícia de que pesa sobre o alvo investigado a obrigação de verter declaração processual, sob pena de presumirem-se verdadeiros os relatos incriminatórios que lhe dizem respeito; mais, o poder de convencimento atirado sobre o suspeito que o move a acreditar que a conversa meramente informal então

circundante, uma representação que não surge espontaneamente, mas, isto sim, é causada por um poder de convencimento alheio, pelo que, aplicado este conceito à infiltração, produzido o engano pelo operacional através da manipulação dos diálogos entabulados, exsurge caracterizado o método enganoso e proibido de prova, dado que o suspeito-interlocutor é efetivamente guiado pela dialogação do agente à revelação de informes autoincriminatórios.

Importante consignar que o engano, apto a inquinar a produção probatória, deve ser procedente de “palavras, declarações ou actos concludentes” que provoquem na esfera psíquica do declarante a mencionada falsa representação da realidade¹⁰⁰; isto, afirma o magistério doutrinário, despoleta um “primeiro nexo de causalidade”, consubstanciado no elo entre o procedimento ardiloso do órgão investigativo e a cognição/vontade de declarar do sujeito-visado; em segundo lugar, tal embuste deve ser determinativo da “prestação da prova” (Figueiredo Dias; Andrade, 2009, p. 32) que parte da pessoa ludibriada e segue a caminho do acervo probatório da perseguição criminal.

Donde o engano ser obra de um “duplo nexo de causalidade”, a saber, uma “causação dolosa da situação de erro” em que incide o declarante — atribuída, como já dito, ao órgão investigador em prejuízo da integridade moral do visado —, seguida da “disponibilização da prova” (Nunes, 2019, p. 191) ou do relato produzido como consequência imediata da representação falseada e introduzida capciosamente na esfera mental da pessoa enganada.

E nem se afirme em contraposição que a *mise-en-scène* original do infiltrado evoca *de per si* a teleologia subjacente aos meios enganosos, derivando daí a ilicitude da íntegra desta técnica de obtenção probatória; é que “não há-de ser a utilização de um qualquer engano que deve induzir uma proibição de prova”¹⁰¹, a interpretação acerca da matéria aconselha a prudência de não se ampliar demasiado a semântica aplicável aos tais métodos, sob pena de uma alargada extensão inviabilizar a perseguição criminal e o equilíbrio pretendido em meio aos interesses com os quais está comprometida a administração da justiça criminal, donde a ponderosa consideração de que “apenas deverão ter-se por proibidos os meios enganosos

desenvolvida não servirá de prova futura na mesa de discussão do processo tomado em perspetiva. (Sousa, 2003, p. 1.221)

¹⁰⁰ Veja-se a situação em que o suspeito é ludibriado e influenciado a confessar o delito diante da falsa informação de que o evento criminoso que lhe é imputado já está esclarecido por um rol de testemunhas desfavorável a si; ou o caso em que o órgão policial afirma, também falsamente, que um certo corréu já detalhou a participação do suspeito que, assim, é instado a declinar em prol da investigação; por fim, a situação em que o suspeito é convencido a declarar por obra do embuste de que suas impressões digitais já guarnecem o caderno investigativo e lhe apontam a autoria criminosa. (Andrade, 2006, p. 237)

¹⁰¹ Trecho do Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 578/98.

susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais métodos proibidos de prova”¹⁰² (Andrade, 2006, p. 236).

O tema ora em deslinde, apreciado sob a normativa jurídico-processual brasileira, apresenta particularidade de grande monta, qual seja, no referido sistema inexistem cláusulas expressas e desenvolvidas a marcarem a positividade de métodos enganosos de prova, cingindo-se tal regime a preceituar genericamente que são inadmissíveis as provas consideradas ilícitas, entendendo-se como tais as provas que infringem normas constitucionais ou legais, materiais ou adjetivas. À luz dessa normativa, todavia, pensamos que é igualmente aplicável o entendimento acima exposto, sendo defeso, pois, ao agente da investigação manobrar as interlocuções que mantêm com os visados e orientá-las no rumo de autoconfissões e declarações autoincriminatórias¹⁰³.

Segundo é o nosso pensar, considerados o raio de ação do *nemo tenetur* e a imprescindibilidade de imprimir-se polivalência e equilíbrio no âmbito da persecução penal, a intervenção deste operacional deve ostentar uma postura de mera observação na urdidura dos diálogos que trava com as pessoas sob investigação¹⁰⁴, vale dizer, é mister que “*el agente encubierto mantenga una posición pasiva o receptora simplemente*” (Espinosa de Los Monteros, 2010, p. 216), não lhe cabendo manobrar o sentido das conversas mediante a colocação de sugestões conducentes à autoincriminação, assim agindo, estará estendendo a permissibilidade do que lhe fora facultado em termos comedidos contra a programação normativa básica do *nemo tenetur*; assim, observado o que vai proposto como parâmetro de atuação, preservados

¹⁰²Esta compreensão tem o sufrágio do Tribunal Constitucional Português, que já teve ocasião de assinalar que “não podem legitimar-se comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas”, pois que, nessas situações limítrofes, “a deslealdade atinge um tal grau de insuportabilidade que é a integridade moral do sujeito que, então, é violada”. Trecho do Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 578/98.

¹⁰³No sentido do texto, constatada a ausência de delimitação precisa de meios enganosos na legislação brasileira, André Nicolitt (2023, p. 834) esclarece que “a proibição de meios enganosos decorre da própria Constituição quando instaura um Estado Democrático de Direito, consagrando o princípio da legalidade, da moralidade e da vedação das provas ilícitas”.

¹⁰⁴Não desconhecemos as dificuldades práticas que podem surgir a reboque da proposição que aqui vai consignada. A postura de mera observação e refratária a manipulações certamente pressupõe uma compreensão do operacional sobre o parâmetro polivalente e de equilíbrio processual ora referido; mais, exige um compromisso do mesmo junto a tal padrão em diversas passagens e interações que trará em meio à complexidade de sua performance; não obstante, é neste contexto que vem a pelo destacar a imperatividade de de “formação de base dos polícias” os instruir a “fazer face a situações complexas caracterizadas por conflitos de valores”, uma instrução, afinal, que confira ao exercício do mister policial um único sentido de atuação operacional: o polícia “tem de optar definitivamente pelos valores da moral e do direito e rejeitar o torto moral e jurídico.” (Germano Marques da Silva, 2001, pp. 22-23); ora, pensamos que não é razoável enjeitar-se um padrão de raciocínio jurídico em vista das dificuldades práticas que efetivamente surgirão à luz no asfalto concreto da investigação criminal, o modelo de atuação bidirecional é proposto na pressuposição de que o operacional em causa estará a ostentar “uma elevada disciplina funcional, especialização técnica e intenso treino”; para mais, na perspetiva que temos em conta, esta atividade “deve ser exaustivamente escrutinada e sujeita a apertados mecanismos de controlo e fiscalização, quer de natureza operacional e hierárquica, quer de natureza judicial”. (Braz, 2020, p. 365)

restarão os diversos interesses e normativas incidentes, quer dizer, vivamente acordada e operante estará uma zona de equilíbrio processual penal.

Com efeito, pensamos que o procedimento bidirecional estará melhor acomodado na proposição que ora advogamos, pois que, abstendo-se o infiltrado de mover os suspeitos a revelações autoincriminatórias, preservados restarão dotes garantísticos do *nemo tenetur*, sendo conveniente esclarecer que o dote que ao *nemo tenetur* diz respeito será mantido desperto pela interdição de procedimentos dialógicos e enganosos no seio da infiltração. Assim postas as coisas, assentados na balança estarão os interesses persecutórios e o peso que ao *nemo tenetur* é dado ocupar (ainda que sob restrição, é bem verdade).

Quer-nos parecer que a questão ligada à forma de dialogação do infiltrado demanda ainda um complemento necessário. Fazendo-o com Gustavo Badaró (2019, p. 41), desde logo afirmamos que o operacional “não poderá [...] servir como testemunha em juízo, sob pena de se ter um depoimento absolutamente incontrolável”; justificando tal sentença, o autor assevera ser impossível “produzir contraprova diante de uma afirmação do infiltrado”, donde a atuação do mesmo dever ser reduzida à identificação de fontes e meios de provas que, subsequentemente, ponham-se a efetivamente comprovar o que anteriormente apontado pelo infiltrado — como exemplo, o operacional poderá (em verdade, deverá) identificar o paradeiro de estupefacientes e rotas utilizadas por narcotraficantes, daí abrindo-se o ensejo de mandados de busca e apreensão com vistas à recolha efetiva da materialidade delitiva e eventuais prisões em flagrante; noutro exemplo, está adstrito a descobrir “como se dão os pagamentos, visando posterior quebra de sigilo bancário ou meio de prova pertinente” (Badaró, 2019, p. 41).

Assim posta a solução do problema, menores riscos serão desferidos contra a esfera jurídica dos alvos suspeitos. No entanto, a bem dizer, é preciso atentar para a normativa inscrita no art. 4.º, número 4 da legislação de regência portuguesa, cujo dispositivo, a prever uma hipótese de indispensabilidade da prova, autoriza o magistrado determinar a comparência em audiência de julgamento do agente infiltrado, dispositivo que, a nosso ver, deve ser interpretado com bastante parcimônia, tomando-se como regra a não comparência do operacional à mesa de audiência, autorizada que está tal determinação só em hipótese excecional. Criticável é o teor do texto legal, o qual abre margens de riscos à esfera dos visados que mais não são do que um filão securitário incrustado no seio da citada normativa.

Apresentado o nosso ponto de vista sobre esta incandescente discussão, é importante insistirmos na análise de questões que se prendem com as infiltrações de longa duração e que dizem respeito à atuação do agente no âmbito da tarefa para si designada. Pela relevância da

matéria que nos aparece em perspectiva e por amor a uma didática mais bem posta e límpida, dedicaremos o tópico seguinte ao estudo de tais indagações.

3.5. LIMITAÇÕES POSTAS À ATIVIDADE DE INFILTRAÇÃO: A QUESTÃO DOS AGENTES PROVOCADORES E A POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ACTOS TIPIFICADOS PENALMENTE

Como já dito, incluído o operacional na estrutura organizada, é efeito de seu disfarce a conquista de confiança perante o núcleo de comandância do grupo e membros de camadas periféricas ou intermediárias da pirâmide delinquente. Assim, desde tais cadeias de relações, é perfeitamente possível que lhe sejam dirigidas ordens ou missões de execução de certos actos formal e abstratamente previstos como delito; inclusivamente, é bom de ver, estas práticas constituem, em vezes sem conta, uma espécie de prova dos nove com base na qual se aferirá sobre o grau de comprometimento do suposto membro da corporação e o nível de confiabilidade que lhe é de ser atribuído.

Como se vê desde logo, um patamar de excelência¹⁰⁵ alcançado pelo operacional no empreendimento que lhe é cometido determinará um correspondente nível de confiança que, dizendo respeito ao perfil do infiltrado, proporcionará a este último uma ampla margem de atuação e confidência que bastante interessará à inteligência da investigação criminal.

Efetivamente, não é difícil imaginarmos que somente estes vínculos de cumplicidade e confiança — bem experimentados na prática segundo os critérios internos da organização — são condutores de progressões funcionais do agente infiltrado e, por conseguinte, da própria atividade oficial que por detrás de si comanda e desenvolve estratégias.

Como não poderia deixar de ser, tal forma de atuação encontra nos sistemas português e brasileiro limites bem definidos (artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, e artigo 13.º, parágrafo único, da Lei n.º 12.850/2013), limites estes que, sem excluïrem a possibilidade de o infiltrado professar no giro de sua performance actos que são tipificados como crime, projetam linhas de fronteira para além das quais não é permitido ao agente atuar licitamente, convindo a ambos os sistemas legais a lição de que “as normas que regulam a infiltração de agentes jamais podem ser interpretadas como fomento à prática de delitos” (Bitencourt, 2016, p. 767).

¹⁰⁵ De entre outros critérios, o tempo desfiado e a destreza do desempenho são parâmetros de análise que influem na consideração e confiança concernentes ao agente que dentro da agremiação atua.

Resumidamente, pode-se dizer que estas atuações devem ser entendidas como iniciativas táticas que se introduzem em processos delitivos que “já vêm sendo perpetrados e seguiriam sendo, a despeito de o agente ter ou não realizado a infiltração” (Bitencourt, 2016, p. 765), que não é permitido à diligência investigativa catalisar a prática de crimes com o objetivo confessado de perseguir outros tantos — ou, na síntese de Guedes Valente, a “busca da verdade material não se pode prender com métodos ou meios criminosos com a finalidade de combater o crime, pois seria a realização de uma justiça enferma como fim de um processo penal doente” (Valente, 2017, p. 584).

A figurar como antecedente lógico dos dispositivos legais precitados, a ideia-força de que a exclusão “radical” da infiltração — e das atuações dos operacionais que incidem em actos tipificados penalmente — implicaria um “elevado custo político-criminal”, porquanto semelhantes ações podem configurar “o único meio de prevenir a lesão de bens jurídicos da maior dignidade” (Rui Pereira, 2004, p. 21); outrossim, a orientação indesmentível de que a íntegra do procedimento policial deve embeber-se de proporcionalidade em virtude das limitações que desenha sobre molduras normativas jusfundamentais, valendo aqui as metafóricas palavras de Walter Jellinek que há um bom par de anos já afirmava que “não se deve usar canhões para matar pardais” (Jellinek *apud* Sarmiento, 2002, p. 77), lição que, no contexto da infiltração, significa que devem ser sopesados os actos professados pelo agente (abstratamente previstos em molduras criminais) frente aos efeitos desastrosos dos crimes patrocinados pela agremiação investigada, efeitos estes que estarão a funcionar enquanto causa de pedir dos interesses persecutórios e decerto integrarão a atividade da ponderação que toca a infiltração.

De acordo com a normativa portuguesa, o infiltrado unicamente poderá tomar lugar em empreendimentos delitivos levados a cabo pela corporação — ou em actos preparatórios puníveis destes mesmos empreendimentos — na qualidade de participante, quer dizer, como cúmplice que auxilia materialmente ou coautor que divide a execução de actos criminosos, donde a implícita exclusão das figuras da instigação ao crime e da coautoria mediata; do lado da legislação brasileira, a referência à ação do operacional nesta intrincada seara fica por conta do enunciado segundo o qual não emergirá a responsabilidade penal quando não for possível ao agente adotar conduta diversa da ação criminosa que restou inscrita no desempenho de sua operação; por fim, faz-se sentir no corpo destas normativas, repisamos este relevante aspeto, as cláusulas decorrentes do princípio da proporcionalidade, cuja projeção

normativa, de que pretendemos dar conta adiante, incide na prática destes actos de modo a regular-lhes a respetiva juridicidade.¹⁰⁶

A esta hora, cumpre-nos avançar a ideia de que estes actos, descritos como crime e atribuíveis às estratégias do infiltrado, praticados a pretexto de renderem colaboração à força criminógena na qual estes mesmos estão engajados, somente serão lícitos “se a actividade criminosa estiver já em curso” (Alves, Gonçalves, Valente, 2001, p. 265), que não será “tolerável que o agente infiltrado adopte uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade” (Alves, Gonçalves, Valente, 2001, p. 265), uma conduta, pois, determinante de ação delitiva e que, por via disso, desborda das atribuições legalmente autorizadas.

É que os ordenamentos jurídicos português e brasileiro — para além da generalidade dos países de nosso entorno cultural — inadmitem a figura do agente provocador, isto é, a conduta do agente estatal ou terceiro sob orientação da Polícia que “dolosamente determina outrem à comissão de um crime, o qual não seria cometido sem a sua intervenção” (Gaspar, 2004, p. 46), ou seja, estes regimes legais têm em conta e inscrevem como prova ilícita o procedimento do agente que “faz nascer” o propósito ou reforça a “resolução criminosa” (Barreto, 2003, p. 49) já dantes inscrita na predisposição do sujeito que, afinal, vem a materializar a conduta pelo provocador preconcebida.

Miguel Tedesco Wedy ensina que o dito agente provocador “constrói, no mais das vezes, o cenário delitivo”, é dizer, lança mão “de um engodo, de um artifício” tendente a induzir alguém ao cometimento de crime; aduz que, graças a tal circunstância, “propícia e instigadora do delito” (Wedy, 2018:48), esta pessoa, literalmente ludibriada e provocada, fragilizada que está por tal condição, vem a incidir criminalmente.

Diversamente do agente infiltrado — que é “uma espécie de receptor de informação, de alguém que espera pela prova” e observa o fio dos acontecimentos e os processos de maturação de ideias e ações criminosas —, o provocador “não se limita a esperar pela prova, ele provoca-

¹⁰⁶ Acerca da proporcionalidade desta intervenção do operacional (em tese descrita como crime), acompanhamos a doutrina de Marcelo Batlouni Mendroni (2002, pp. 74-75) segundo a qual em situações de indiscutível desproporcionalidade da comissão dirigida ao infiltrado – pense-se na ordem dirigida ao mesmo que lhe impõe o assassinio de adversário da corporação –, deverá o agente “agir com muita habilidade”, de modo que ou envidará esforços para desvencilhar-se do encargo (“escapar” da situação em causa), ou procederá à prisão em flagrante dos membros da súcia eventualmente postos ao redor de si (evidentemente que coadjuvado pelos elementos policiais que estiverem a auxiliar-lhe de momento); mais ainda, assinala o autor que em casos nos quais existam dúvidas a respeito da proporcionalidade da citada comissão, é dizer, nos casos ditos “fronteiriços”, estes questionamentos devem ser dirimidos com observância de uma “ordem de preferência” – havendo “tempo hábil para análise”, evidentemente –; assim, na escala sugerida pelo autor, a questão primeiramente deve ser encaminhada ao promotor de justiça que funciona nos autos da investigação; em situações de urgência que não permitam o acionamento imediato do *parquet*, a incumbência fica por conta do delegado de polícia e mesmo do operacional infiltrado que então poderá resolver a *vexata quaestio*.

a” (Monte, 1997, pp. 197-198), e provoca-a mediante a construção de uma “armadilha”, já que “a provocação compreende sempre um isco aliciante: espera-se que o indivíduo ceda” diante da cenografia erigida pelo agente provocador, o qual, no passo seguinte, detém o provocado com o intuito de persegui-lo criminalmente (Meireis, 1999, pp. 242-243); em suma, no dizer de Germano Marques da Silva (1994, p. 29), “a provocação não é apenas informativa, mas sobretudo formativa, não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso”, fazendo-o com vistas a dar concreção a propósitos diversos¹⁰⁷.

E são estes mesmos propósitos, dos quais decola a provocação, que bem ajudam a estreimar esta figura do instituto da infiltração de agentes: neste último, os infiltrados ostentam uma “pretensão de descoberta, de revelação” (Gaspar, 2004, p. 47), ou seja, infiltram-se com o escopo de acompanhar o funcionamento da máquina criminal sobre a qual nutrem propósitos investigativos; atuam à guisa de uma “entidade documentadora que regista os factos e os seus intervenientes” (Meireis, 2006, p. 95); na provocação, de diferente modo, o intuito é o de recolher uma prova demonstrativa do facto concreto imediatamente decorrente do estímulo engendrado pelo agente, sendo possível consignar, ademais, que o personagem provocador “não pode deixar de querer, também, a própria consumação do crime levado a efeito, embora por outra pessoa” (Gonçalves; Alves, 2015, p. 293), o que equivale a dizer que tal personagem atua com dolo direto ou, pelo menos, dolo eventual respeitadamente ao acto perpetrado pela individualidade visada sobre a qual atuou cavilosamente.

Estabelecido o quadro por onde nos vamos mover, fica fácil enxergarmos que a dinâmica da provocação encerra uma indesmentível e fraudulenta influência do provocador sobre a inteligência e vontade do sujeito visado que, em continuação, incide na prática que fora adrede e previamente concebida pelo verdadeiro protagonista do substrato fático em causa.

Dito isto, é possível compreendermos, com Germano Marques da Silva (1994, p. 28), que a “suprema dignidade da pessoa humana” e a “igualdade de todos os cidadãos” — “ideais permanentes” que enformam a faceta material ou substancial do “princípio democrático”¹⁰⁸ —

¹⁰⁷ Em essência, o ponto em causa pode ser bem entendido através da ilustração oferecida por Marllon Sousa (2015, p. 46), que, a descrever a condição do infiltrado e o desempenho de suas diligências junto aos membros de um grupo criminoso, afirma que o operacional não cria “cenário fictício para que terceiros cometam delitos”; aliás, o autor compara o infiltrado “a um ator de uma novela escrita pelo grupo criminoso, cujo final ainda é desconhecido”, enquanto o provocador, sempre a incidir na produção de prova ilícita, “é o protagonista de uma trama com resultado previsto: a emboscada de um inocente”.

¹⁰⁸ É bom de ver o esclarecimento advindo de Ferrajoli (1995, pp. 37-38) segundo o qual o sentido normativo a ser atribuído ao citado princípio democrático deve ser enformado desde uma dupla perspectiva: a) a primeira, a caracterizar uma “dimensão formal da democracia política”, diz respeito “ao quem e ao como das decisões”, ou seja, encarece “normas formais que disciplinam as formas das decisões, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria”; a segunda, chamada de “democracia substancial”, considera a normativa jusfundamental inscrita no bojo das Cartas Políticas, jusfundamentalidade que despoleta “vínculos substanciais impostos à

deslegitimam a provocação enquanto método de colheita probatória, facto que conduz tal expediente, no que tange ao sistema português, aos limites normativos do artigo 125.º do Código de Ritos, cuja dicção estabelece que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”, e, já agora a referenciarmos o ordenamento brasileiro, temos para nós que a provocação, exatamente porque infringe uma “concepção democrática da sociedade”, inscreve-se na régua do artigo 157.º, caput, do Estatuto Processual Penal, o qual prescreve serem ilícitas as provas obtidas ao arrepio das normas constitucionais e legais¹⁰⁹.

Esta perspetiva democrática nos remete logo ao pressuposto de que “não há cidadãos que por natureza sejam bons e cidadãos que sejam maus”, donde não ser admissível a “estigmatização colectiva”, a pressuposição de uma “apetência para o crime” de quem quer que seja, pressuposição que, intrínseca à provocação, desatende a citada norma principiológica e a compreensão que lhe é inerente de que a “capacidade para o bem e para o mal está em cada um de nós como uma possibilidade que as circunstâncias estimulam” (Germano Marques da Silva, 1994, p. 28).

Neste mesmo sentido posta-se o escólio de Guedes Valente, o qual, cimentando a inadmissibilidade do agente provocador na pedra angular do princípio democrático, aduz que a investigação criminal deve sempre ter presente que “cada indivíduo é um ser humano sujeito à fraqueza do mal e nunca a priori um criminoso”, daí derivando o entendimento de que o método da provocação conflita com “valores morais e éticos como o da solidariedade, o do perdão, o do respeito pela dignidade da pessoa humana” (Valente, 2017, p. 582), em suma, com manifestações valorativo-principiológicas que desautorizam juridicamente o procedimento ardiloso da provocação ao crime, que o sistema jurídico, ao invés de perseguir o delito e os delinquentes mediante expedientes que remetem estes últimos, enganosamente, à perpetração de infrações, deve atuar no sentido da prevenção criminal, no sentido de “evitar as tentações,

democracia política”, é dizer, “vínculos positivos” que impõem aos Estados obrigações de fazer (decorrentes dos direitos sociais) e “vínculos negativos” dos quais decorrem deveres de abstenção (derivados dos direitos de liberdade).

¹⁰⁹ A discussão a respeito das provas ilícitas, à luz dos ordenamentos português e brasileiro, já o dissemos, tem início desde uma base constitucional. Assim, no sistema luso, o artigo 32.º, n.º 8, da Constituição de 1976, estabelece que são “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física e moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”; de seu lado, o artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição de 1988, determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. De notar, avaliando as ditas estruturas normativas, que a dicção portuguesa “optou por enunciar e qualificar as metódicas de obtenção de prova geradoras de provas nulas”, facultando à legislação infraconstitucional a densificação deste conteúdo proibido; a assumir metodologia mais genérica, o regramento brasileiro não especifica as modalidades de ação consideradas geratrizes de invalidação probatória, ao invés, permite subsumir-se a tal vício “todos os comportamentos dos atores judiciais e processuais enquadráveis no instituto jurídico-criminal da ilicitude, da ilegalidade e da ilegitimidade em todo o iter probatório em processo penal”. (Valente, 2019, pp. 61-62)

de todos e de cada um”, [...] “senão impossibilitando-as, minimizando-as, pelo menos” (Germano Marques da Silva, 1994, p. 28).

Pela nossa parte, a admitir-se a obtenção de prova através da provocação, estar-se-ia a instrumentalizar o sujeito visado e a transformá-lo em força motriz da própria responsabilidade penal, uma força motriz movida pelo embuste que desrespeita o “alicerce fundamental do Estado de Direito”, ou seja, a “dignidade da pessoa humana”, já que, à luz desta normativa, brilha a “ideia da pessoa como fim e não como mero meio ou instrumento de realização dos interesses dos outros” (Novais, 2018, p. 62), podendo-se daí retirar que não é lícito reificar a dignidade humana em prol do conseguimento de interesses persecutórios, não é lícito, enfim, constituir-se o crime mediante artifícios estatais para daí perseguir-se o próprio rebento maliciosamente criado e o instrumento humano ora despersonalizado de que se lançou mão para alcançá-lo.

E nem se afirme que estamos a esbarrar em contradição ao endossarmos a injuridicidade do agente provocador ao tempo em que afirmamos a legitimidade da infiltração policial. Um esclarecimento precisa aqui ser reforçado, o qual nos auxiliará a perceber a proibição da provocação em cotejo com o instituto da infiltração. A uma, pelas mãos do infiltrado, o Estado não opera em ordem a suscitar a ocorrência de delito com vistas a incrementar a persecução penal¹¹⁰, em lugar disto, insere operacionais no organograma delitivo para aí recolher meios de prova relativos a crimes já postos em execução por esta mesma criminalidade¹¹¹; a duas, a dinâmica da infiltração não coisifica o sujeito investigado ao arrancar-lhe informes autoincriminatórios que em princípio estariam resguardados pelo *nemo tenetur*. A verdade é que o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova autoincriminatória não são absolutos, não o sendo, sujeitam-se à prévia decisão judiciária que, em ponderação de bens, estabelecerá, ou não, a possibilidade de serem restringidos, ou seja, a possibilidade de serem submetidos à interferência do operacional que atua com o ânimo de recolha de meios de prova. Assim agindo, não estará o infiltrado a conceber propósitos delitivos sob os auspícios comportamentais de outrem, estará, isto sim, amparado em prévia decisão judiciária e na legislação processual pertinente, a desenvolver um equilíbrio entre as forças normativas que, na arena concreta de sua atuação investigativa, demandam aplicação em concordância prática.

¹¹⁰ Como cediço, o operacional “age em situações em que o agente do crime já está decidido a delinquir, limitando-se a acompanhar ou, no limite, a pôr em marcha uma decisão previamente tomada” pelo grupo organizado no qual está inserto. (Nunes, 2019, pp. 188-189)

¹¹¹ Aliás, a propósito dessa criminalidade sob investigação, repise-se que na altura em que é autorizada a infiltração, já então existem indícios da prática delitiva que se intentará esmerilhar, prática delitiva que, como já vimos, deverá subsumir-se ao rol de crimes catalogados nos corpos legislativos que preveem a excecionalidade das técnicas ocultas investigativas.

O que por último se acabou de descrever abre-nos um horizonte crítico que facilita a compreensão da interdição da provocação nos sistemas de que estamos tratando, uma proibição que naturalmente inviabiliza a ponderação de interesses que tome em si o substrato fático desta controvertida e repudiada categoria dogmática, isto é, o procedimento policial que agita a prática de crime com vistas a munir o trabalho investigatório, um procedimento, em resumo, que converte o agente em tela em verdadeiro “instigador ou mesmo autor mediato do crime que o visado vier a cometer” (Nunes, 2019, p. 193).

Dada a relevância da matéria e a recorrência de casos práticos que desafiam as discussões dogmáticas e jurisprudenciais ao redor do tema, é importante deixarmos bem vinculados alguns posicionamentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que fixam critérios e iluminam a distinção que é de ser estabelecida entre a provocação e a infiltração.

Duarte Nunes sintetiza as linhas jurisprudenciais fundamentais escritas a respeito. Expõe o autor que a provocação resultará caracterizada em todos os seus visos quando o factualismo apresentado exhibir em si um agente que não se limita a “investigar atividades criminosas de maneira essencialmente passiva” (Nunes, 2019, p. 201), mas antes o operacional em tela irradia “influência sobre uma pessoa ao ponto de a levar a praticar um crime que de outro modo jamais cometeria” (Nunes, 2019, p. 200), fazendo-o com o intuito de contra esta mesma instaurar persecução penal e desfechar-lhe, afinal, pertinente punição.

No entanto, há um aspeto da citada jurisprudência que merece uma explanação mais aguda. Tal aspeto é expresso na ressalva levantada pelo Tribunal de que não existe provocação ao crime quando a individualidade considerada compreende em sua esfera volitiva uma predisposição para o delito.¹¹² Dito de um jato: o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entende que quando o suposto provocado já estiver “predisposto a cometer o crime” (Nunes, 2019, pp. 201-202) no instante em que interage com o agente infiltrado, adotando este último conduta que faz o sujeito revelar ou praticar o delito, nesta hipótese específica, não haverá qualquer provocação delitiva e, por fim, válida será a diligência então levada a cabo.

Efetivamente, na adoção de semelhante entendimento, o Tribunal julga que há “predisposição para cometer o crime” quando o suposto provocado de moto próprio “aborda o agente infiltrado com vista à realização de uma atividade criminosa”; ou quando aquele ostenta “indícios concretos” (Nunes, 2019, p. 201) de que já está imerso na faina delituosa aquando da

¹¹² Vem a propósito expressar relativamente a este “critério ou teste subjectivo” que devem estar sobejamente demonstrados dois aspetos para concluir-se sobre a viabilidade de utilização deste discri-me: primeiramente, “a prova de que o agente policial (...) tinha boas razões para crer que o indivíduo em causa se dedicava já a determinado tipo de actividade com natureza criminosa”; mais ainda, a prova de circunstância reveladora de “uma predisposição para a prática dos factos” surpreendidos pelo operacional da investigação. (Gaspar, 2005, p. 271)

interação estabelecida com o operacional — uma exemplificação bastante é encontrada na situação em que o visado, contatado pelo agente policial, revela ciência plena sobre os preços normalmente praticados de estupefacientes.

É tempo de findarmos as observações referentes à infiltração. Neste arremate, anunciamos que, de seguida, analisaremos com detença os reflexos de tal técnica investigativa sobre o *nemo tenetur*, com exclusão da provocação policial, a qual não penetrará — pela injuridicidade que aqui vai em consignação — as linhas que desenvolveremos acerca das restrições principiológicas determinadas pela ação do operacional investigativo em face do citado princípio jurídico-processual. No estudo subsequente, ao tratarmos das linhas de fronteira existentes entre os dois institutos processuais, estaremos com os olhos postos no figurino da infiltração que nesta sede intentamos deduzir, um figuro, como dito, inclinado a adotar procedimento de observação e recolha de meios de prova e desacompanhado de iniciativas prospetivas e tendentes a indução enganosa da esfera de vontade dos sujeitos investigados.

3.6. NEMO TENETUR: PROCEDÊNCIA NORMATIVA E CARACTERES GERAIS

Finda a exposição referente à intervenção dos agentes infiltrados, é hora de nos abalançarmos ao estudo do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou *nemo tenetur se detegere*, de entre outras conhecidas máximas latinas, já que, como visto, o instituto da infiltração, em sua operatividade característica, atinge contundentemente as raias normativas deste relevante princípio processual-penal, restringindo as faculdades jurídicas que lhe são intrínsecas.

Não procederemos aqui a uma verticalização histórica, apenas empreenderemos uma abordagem reconhecidamente não exauriente da precitada normativa. Agora, não poderíamos avançar a pesquisa sem uma incursão esclarecedora à volta do *nemo tenetur*, é dizer, à volta da natureza principiológica que lhe define o feitio jurídico e enseja colisão relativamente às normas que subjazem à infiltração.

A perspetiva que teremos em vista é a de que o princípio *nemo tenetur* é género do qual decorrem duas componentes: o direito ao silêncio, que é “a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*”, ou seja, “o direito de calar”, expresso no “direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade” (Queijo, 2003, p. 190); ainda, de tal princípio decorre o direito mais abrangente à não autoincriminação mediante o oferecimento de provas (documentos, apetrechos potencialmente incriminadores, por exemplo) ou cooperação

comportamental do suspeito em atividade probatória (um bom exemplo é a sujeição do mesmo à atividade de coleta de padrões gráficos ou a sua comparência à atividade de reconstituição do crime).

Ponha-se logo às claras: preordena-se o arco protetivo deste princípio às situações de produção provatória nas quais determinado sujeito de direito é instado a expressar comunicação (suscetível de incriminar-lhe) sobre facto dotado de interesse probante; situações nas quais é demandado a descobrir esclarecimento factual que esteja expresso em documento ou instrumentos quejandos, como exemplo, um quadro, um diário pessoal, uma conversação constante em sistema eletrónico, enfim, desdobramentos que constituam expressões do conhecimento e que, por incriminatórios, encontram guarida na autonomia da pessoa que poderá ou não fornecer o ato de instrução de prova ou investigatório¹¹³, uma autonomia, enfim, a recomendar que “qualquer utilização do indivíduo para efeitos de prova deve ser limitada pelo integral respeito à sua vontade” (Nicolitt, 2023, p. 230).

Tecnicamente falando, as tais situações de produção provatória, enquanto elemento constante da programação normativa do *nemo tenetur*, não necessariamente deverão conter em si o pleno conhecimento das pessoas-alvo de que estão a ser esquadrinhadas pela atividade persecutória estadual. É exatamente esta a situação dos visados pela medida de infiltração policial. A presença de indícios que levantam suspeitas e autorizam a infiltração junto aos componentes do clã dispara a dita programação e fazem incidir o *nemo tenetur* sobre as esferas jurídicas então investigadas independentemente da ciência dos mesmos quanto à existência desta diligência policial.

A rigor, poderíamos inclusivamente asserir que esta programação normativa independe da existência de indícios que induzem a geração de suspeita. De facto, a aplicação do *nemo tenetur* às testemunhas¹¹⁴ corrobora que a predestinação deste cânone não está atrelada à prévia situação de suspeita; objetivamente, o que se deseja vincar é que “qualquer pessoa, ao confrontar-se ante o Estado em atividade persecutória deste, deve ter a proteção jurídica contra a tentativa de forçar ou induzir a produção da prova favorável ao interesse punitivo estatal”¹¹⁵.

¹¹³ Em jeito de súmula, estaremos a seguir de perto a compreensão de que o *nemo tenetur* é “instrumento de salvaguarda da autonomia do arguido na revelação do seu conhecimento sobre os factos” que figuram como objeto do processo penal ou investigação criminal, uma autonomia jusfundamental que lhe assegura “decisão exclusiva sobre se e em que medida” deve exteriorizar o “conteúdo de sua mente”. (Sandra Oliveira E Silva, 2019, p. 147)

¹¹⁴ *Ex vi* do artigo 142.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português, segundo o qual a testemunha convidada a depor “não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”; com os olhos postos no sistema processual brasileiro, pese embora inexista regra expressa a respeito, prevalece o entendimento de que “assiste, a qualquer pessoa [...] o direito de se manter em silêncio, sem se expor [...] a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano”. Trecho do Habeas Corpus n.º 95.037/SP, Relator Ministro Celso de Melo

¹¹⁵ Trecho do Habeas Corpus Nº 330.559 – SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz

Adiante, voltaremos com mais detenção sobre o que agora vai apenas telegraficamente escrito. Para já, é importante esclarecermos algumas facetas do instituto que tocam a matriz da qual o mesmo deflui e a sua respetiva eficácia normativa.

Forjado na esteira de debate histórico que culminou com a arquitetura de um sistema processual de cunho acusatório, o *nemo tenetur* é fruto da reflexão iluminista que então encareceu a “necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder”, que “a exigência do compromisso de revelação da verdade sempre esteve a serviço de certos poderes públicos” (Oliveira, 2009, p. 184).

Realmente, é lição encontradíssima que o citado contexto de discussão político-filosófica gerou uma “revolução copernicana” no centro de que, afirma-se enquanto premissa, o Estado, a encabeçar os movimentos da perseguição criminal, “não pode usar contra os criminosos todos instrumentos probatórios concretamente úteis à descoberta da verdade”, pelo contrário, postos num mesmo patamar de importância “a necessidade de punição dos culpados e a tutela das liberdades individuais” (Sandra Oliveira e Silva, 2018, p. 121), o outrora despersonificado objeto da perseguição penal¹¹⁶ é alçado à condição de sujeito de direitos apto a opor barreiras a esta mesma representação estatal.

Como é trivialmente sabido, o *nemo tenetur* tem encontrado acolhimento na grande cópia de ordenamentos jurídicos produzidos pelos diversos Estados de Direito e, inclusivamente, consta no corpo de Convenções Internacionais que se prestam à proteção de direitos humanos, sendo disso ilustração o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14.º, n.º 3, alínea g) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8.º, n.º 2, alínea g), em cujos textos verificamos preceitos correspondentes ao instituto sobre o qual ora nos debruçamos.

No arcabouço textual da Constituição Portuguesa, muito embora inexista dispositivo expresso a agasalhar o *nemo tenetur*, é fora de dúvida que o concurso do direito ao silêncio e do direito à não autoinculpação garante de conteúdo a normatividade constitucional, pondo-

¹¹⁶ Como é consabido, sob o marco inquisitório, o imputado não figura como “sujeito co-actuante no processo”, aí aparece como “mero objecto de inquisição”, já que o apetrecho processual “é então dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas qualquer consideração autónoma”, donde a noção fundamental que minimiza ou ignora “os mais elementares direitos do suspeito” e proclama a “total supremacia da força estadual perante os destinatários dos seus comandos” (Figueiredo Dias, 1988-1989, pp. 37-38); assim sendo, é mesmo procedente asserir que o *nemo tenetur* “constitui pedra de toque decisiva na delimitação das fronteiras entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de inquisitorialidade processual”. (Sandra Oliveira E Silva, 2013, p. 364)

se jurisprudência e doutrina num mesmo tom quanto à projeção do aludido preceito na ambiência processual penal e sobre a natureza constitucional do mesmo.

Diversamente, a Carta Política Brasileira de 1988, em seu artigo 5.º, inciso LXIII, consagra expressamente ao preso o direito de permanecer calado, fazendo-o, ressaltam a doutrina majoritária e a jurisprudência pertinente, estipula como titulares do direito não somente as pessoas presas, alcançando também quem quer que esteja em liberdade¹¹⁷ e sob procedimento de investigação criminal ou processo penal já instaurado.

Antes de mais, devemos olhar com cuidado questão afeta à matriz normativa de que é oriundo o *nemo tenetur* — se imediatamente deflui do cânone da dignidade humana ou outro princípio substancial, ou se emana de normas processuais que no Texto Maior encontram assento —; o debate proposto não é destituído de importância prática, já que desdobramentos ligados sobretudo às restrições que podem ser impostas ao princípio em tela justificam uma máxima atenção sobre o tema. Digamo-lo com frontalidade: a entrelaçar-se o *nemo tenetur* com o núcleo axiológico da dignidade da pessoa humana, “será um direito de natureza tendencialmente absoluta”, ao passo que, em matéria de direito que deita raízes em garantias processuais de defesa, “poderá ser sujeito a certas limitações” (Ramos, 2007, p. 58).

Ao redor da discussão formaram-se duas correntes: a) de um ângulo de observação uma corrente dita substantiva advoga que o referido princípio entronca numa série de normativas fundamentais, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana; havendo, para mais, nessa mesma vertente doutrinal, entendimentos que ligam o *nemo tenetur* aos direitos à integridade, à liberdade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade; b) noutro rumo, uma perspectiva alcunhada de processualista extrai o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação do complexo de garantias processuais outorgadas à pessoa que se vê às voltas com a *persecutio criminis*, nomeadamente, no caso da Carta Constitucional Portuguesa, o princípio da presunção de inocência e o do processo equitativo, previstos, respetivamente, nos artigos 32.º, n.º 2, e 20.º, n.º 4 da mencionada Carta.

Figueiredo Dias e Costa Andrade (2009, p. 41) observam que o *nemo tenetur*, ainda que reflita a dignidade humana e a liberdade individual, constitui desdobramento concreto das garantias ofertadas ao imputado em matéria de perseguição criminal, reconhecendo, assim, os

¹¹⁷ Maria Elizabeth Queijo (2003, pp. 106-107) esclarece que a Constituição alude apenas ao indivíduo preso não porque desejou restringir o alcance subjetivo da referida norma — excluindo o acusado ou investigado que esteja em liberdade desta específica régua normativa —, “mas porque é nessa condição que o indivíduo se encontra mais vulnerável”, daí a ostensiva ressalva constitucional. Neste exato sentido, Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2004, pp. 96-97) ensinam que a lacónica expressão constitucional “denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada”, não querendo significar, pois, “que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção”.

autores que o “fundamento imediato” do *nemo tenetur* é apanhado nas disposições constitucionais que pretendem incluir o imputado num estatuto de sujeito processual dotado de direitos e garantias, sujeito este que, não equivalendo a um objeto desnudo do procedimento em curso, intervém, quando o queira, empunhando razões e provas junto à cognição do órgão julgador.

Do lado da doutrina brasileira, Maria Elizabeth Queijo (2003, pp. 79-80), ao definir que o *nemo tenetur* é norma principiológica imanente à jusfundamentalidade constitucional, diz que tal normativa é decorrência, a um só tempo, das “garantias do devido processo legal e da ampla defesa” e do princípio da “presunção de inocência”; mais ainda, reconhece que o *nemo tenetur* “está intimamente relacionado à proteção da dignidade humana”, funcionando assim como princípio “representativo” da especial tutela a ser dispensada a este sobranceiro fundamento constitucional; a expor assim, vemos que a ótica da autora posiciona o *nemo tenetur* como norma jusfundamental híbrida, já que o dito princípio não é aqui tratado enquanto desdobramento direto de comando constitucional que detém influência decisiva no que tange à conceção do *nemo tenetur*, mas antes decorre de cada uma das normas jurídicas acima citadas.

À luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o *nemo tenetur* é extraído da cláusula que institui o “direito ao processo equitativo¹¹⁸”, previsto pelo artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Conforme semelhante perspectiva, os direitos ao silêncio e à não autoincriminação são manifestações normativo-garantísticas que compõem a essência da referida cláusula porque ostentam em suas virtualidades normativas “a ideia de protecção do acusado contra o exercício impróprio de poderes coercivos pelas autoridades”, uma ideia, enfim, que é considerada “condição essencial ao acautelamento do perigo de adulteração da justiça” (Costa, 2011, pp. 117-118) e que, por vias disso, integra a própria configuração da noção de processo equitativo. Ademais, o Tribunal, ao enfatizar que o mérito da acusação é deixado ao exclusivo ónus do órgão acusador, que “deverá provar a sua tese” sem empregar “métodos coercivos ou opressivos” (Costa, 2011, pp. 117-118), relaciona o *nemo tenetur* ao cânone da presunção de inocência, previsto no artigo 6.º, n.º 2, da mesma Convenção.

¹¹⁸ Conceito proveniente da tradição jurídica anglo-saxónica, o processo equitativo ou fair trial é, em síntese apertada, “aquele que garante ao arguido o exercício efectivo da sua defesa perante a ameaça persecutória do Estado”. (Ramos, 2006, p. 139); na doutrina portuguesa, Vânia Costa Ramos (2007, p. 71) é entusiasta desta ideia; segunda a autora é mais adequado assentar o *nemo tenetur* “no conceito de processo equitativo”, já que a feição acusatória do processo penal português e o amplo rol de “garantias processuais a ela inerentes” significam a “tradução” deste parâmetro no âmbito do ordenamento doméstico.

A nosso ver, o feixe de poderes intrínseco ao *nemo tenetur*, embora reconduzível à dignidade humana e ao direito à liberdade individual, surge como um refinamento normativo do bloco constitucional que concebe direitos de defesa ao sujeito de direitos que, suspeito de prática delitiva no curso de persecução criminal, passa a empunhar trunfos ou poderes jurídicos ante o aparelho do Estado, donde a faculdade de permanecer calado sem prejuízo de sua condição processual e o desfrute do direito de não se autoincriminar com a oferta de provas à acusação ou à suspeita contra si levantadas.

O que fica dito deve ser lido no sentido de que as componentes ou espécies do *nemo tenetur* constituem princípios constitucionais destinados a aparelhar a tutela de sujeitos de direito no âmbito de corredores persecutórios; por ostentarem natureza principiológica, instauram uma tutela jurídica que inevitavelmente toca as fronteiras de interesses igualmente constitucionais e potencialmente contrários a estas mesmas componentes normativas, donde a emergência de o operador do direito socorrer-se de critérios e metodologia destinados a solver conflitos envolvendo normas que projetam direitos fundamentais, ou seja, o método da ponderação de interesses aqui já referido, método a partir do qual se construirá a norma vocacionada à decisão do embate de princípios que então disputam preferência no âmbito da controvérsia em causa.

A aparição do referido embate surge à tona das discussões já em meio à atividade legislativa de composição da malha normativa processual penal, etapa originária em que o *nemo tenetur* se sujeita ao método da ponderação de bens com vistas a positivação de um arcabouço normativo proporcional e marcado pelo equilíbrio dos interesses tuteláveis que na arena do processo irradiam influência. A título de exemplo, tendo como referência o ordenamento português, no que ao direito ao silêncio diz respeito, veja-se o disposto no artigo 61.º, n.º 6, alínea b, do Código de Ritos, que estipula limitação ao *nemo tenetur* ao prever o dever de o sujeito processual responder com veracidade as perguntas dos órgãos estatais relativas à sua identidade. Para mais, veja-se o disposto no artigo 172.º, n.º 1, do mesmo Código, que estatui a viabilidade de decisão judiciária transpor oposição da pessoa à qualquer exame devido em sede de processo/investigação criminal.

No entanto, antes de correremos à ponderação, para a assimilarmos plenamente, é preciso descrevermos implicações das componentes normativas do *nemo tenetur* que se mostram correlacionadas à intervenção dos agentes infiltrados, pois que só à luz de um quadro teórico suficientemente ornado, ser-nos-á possível bem empreendermos o estudo do anunciado conflito de interesses.

Assim, já a encerrarmos este item do estudo, seja-nos permitido adiantar que na secção subsequente seguiremos mais demoradamente em torno de questões e caracteres que compõem o *nemo tenetur* e que ostensivamente entram em rota de colisão com interesses correlatos à infiltração de agentes, isto porque, sendo nosso desejo densificar a análise, alguns aspetos do direito mais abrangente à não autoincriminação não são pertinentes ao recorte da presente pesquisa.

3.7. DAS COMPONENTES DO NEMO TENETUR: DIREITO AO SILÊNCIO E PRERROGATIVA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO

A tocarmos o estudo nesta direção, vamos primeiramente analisar o direito ao silêncio — a espécie mais conhecida e por vezes confundida com o próprio género de que faz parte. Para termos uma ideia mais exata acerca da extensão deste direito, vale decompor a análise em prismas de observação que se prestarão a referir as faculdades que emanam de tal norma jurídica e que aparelham a condição de quem se vê diante de suspeita ou acusação de prática delitiva nos diversos momentos em que se desdobra a *persecutio criminis* patrocinada pelos órgãos estatais.¹¹⁹

Verdadeiramente, o direito de calar é conferido já no limiar da atividade de persecução penal e persiste durante todas as quadras seguintes que enformam o devido processo penal¹²⁰. É que o *nemo tenetur*, diz Costa Andrade (2006, p. 31), “não comporta descontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instâncias formais”, donde a sua projeção incidir sobre as diversas condições nas quais pode ser compreendido o sujeito processual — e, como vimos, independentemente de existirem nos autos indícios aptos a implicarem a pessoa que é convidada a depor ou apresentar/produzir prova no ambiente persecutório.

Observado em sua essência, o direito ao silêncio, mas também a faculdade de não ser compelido à autoincriminação mediante a oferta de provas, assenta na ideia crucial de que

¹¹⁹ Didaticamente, já esclarecida a extensão do *nemo tenetur* à figura das testemunhas, estaremos a referir o direito ao silêncio em recorte que o conecta aos suspeitos, investigados, arguidos ou acusados em sede processual penal; assim procederemos tendo o vista o mote da pesquisa que pretende enfocar tal princípio no entrelaçamento que o mesmo mantém com a infiltração policial.

¹²⁰ Na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, o direito a permanecer em silêncio sem prejuízo da própria situação processual encontra o firme entendimento de que não existem “limites espaciais nem procedimentais” a confiscarem-lhe a tutela devida, ao invés, este direito “estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime”. Fragmento do HC n.º 79244/DF; Ministro Sepúlveda Pertence; em termos mais diretos, “todos aqueles que possam auto-incriminar-se por meio de declarações prestadas perante autoridade têm o direito de calar” (Queijo, 2003, p. 197).

qualquer contribuição do sujeito-alvo no âmbito da conformação da prova deve ser oriunda de um ato esclarecido e desprovido de pressão ou interferência externa que lhe turbe o processo psíquico de formulação da vontade, afinal, “só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”¹²¹ (Figueiredo Dias, 1991, pp. 27-28).

E esta ambicionada espontaneidade na formulação da vontade de declarar é reforçada através de disposições supletivas¹²² que estatuem que o silêncio estrategicamente orientado não implicará interpretações e convencimentos desfavoráveis que tenham como ponto de partida exatamente a omissão total ou parcial do imputado, que se recusou a dar resposta às perguntas ou respondeu apenas parcialmente às perguntas formuladas; a não ser assim, uma “forma indireta de coação” (Sandra Oliveira e Silva, 2018, p. 357) se levantaria invariavelmente ante o imputado que, temendo repercussões desfavoráveis a desabarem sobre a sua situação processual, compelido se sentiria a verter declarações no bojo do procedimento¹²³. Em suma, na síntese de Teresa Beleza, o imputado “pode comportar-se como mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo responsável por essa atitude passiva (não tem o dever de colaborar) nem podendo ser por ela penalizado (não tem o ónus de colaborar)” (Beleza, 1998, pp. 50-51).

Convocando a este lugar a densa análise de Sandra Oliveira e Silva, vemos que o direito ao silêncio¹²⁴ encerra em sua substância a faculdade de a pessoa calar e, portanto, não cooperar mediante declarações na obtenção da verdade perseguida endoprocessualmente; mais ainda, vemos que este poder “de recusar depoimento” persiste mesmo na hipótese de os questionamentos levantados referirem “factos favoráveis” ao próprio suspeito ou se as

¹²¹ Fundamental é reter que esta intervenção deve ser lida em duas “vertentes”, uma “negativa”, acima retratada, cuja leitura conduz à interdição de “todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias”; outra, dita “positiva”, determina o “direito irrestrito de intervenção e declaração em abono” da defesa que o sujeito processual entender por bem levantar. (Sá, 2006, p. 134)

¹²² No Estatuto Processual Penal português, estas disposições são encontradas nos artigos 343.º, n.º 1, e 345.º, n.º 1; no Código de Processo Penal brasileiro, a proibição fica por conta do artigo 186.º, parágrafo único.

¹²³ É categórica a afirmação de Figueiredo Dias (1988-1989, p. 142) no sentido de que a proibição de valoração do silêncio constitui “uma verdadeira limitação à livre apreciação e convicção” do julgador aquando da adução das razões que o motivam a decidir. Sandra Oliveira e Silva (2018, p. 357), seguindo este mesmo rumo, diz que os dispositivos que impõem tal “proibição de valoração desfavorável” tratam de ditar uma “restrição negativa à liberdade de apreciação do julgador”, ou seja, obstam que o silêncio seja incluído “entre as razões justificantes” da decisão tomada. Há mais a dizer: estas proibições são extensíveis à totalidade das decisões judiciais que no procedimento penal saltam à luz, como exemplo, as “decisões acerca da restrição da liberdade ou de outras cautelares”, de entre outros decisórios que não podem tomar o silêncio como pedra angular da fundamentação construída. (Giacomolli, 2014, pp. 195-196)

¹²⁴ Previsto no artigo 61.º, n.º 1, alínea d, do Código de Ritos português, tal direito ocupa lugar sobrejacente no conjunto de normas que definem o bem sortido estatuto do arguido e conferem a este protagonista da cena persecutória direitos e garantias que lhe aparelham a intervenção processual com vistas ao exercício de um poder de convencimento e produção probatória ante à cognição da entidade judicante que afinal julgará as questões que lhe disserem respeito.

indagações versarem sobre a “participação de outras pessoas nos crimes investigados”, daí não podendo surgir consequências (penais e processuais) desfavoráveis que à pessoa digam respeito; evidentemente, “a única consequência admissível do exercício do direito ao silêncio é que o acusado deixará de declinar elementos a seu favor, caso não responda a nenhuma das indagações formuladas” (Sandra Oliveira e Silva, 2018, p. 350). Ou seja, a pessoa que cala “a sua versão dos fatos e os elementos probatórios” (Queijo, 2003, p. 221) que possam bem assentá-los sujeita-se ao risco de fragilizar o teor de sua defesa mesmo num contexto que proíbe interpretação desfavorável do silêncio.¹²⁵

Em prosseguimento, já agora vamos referir norma supletiva que se conecta à finalidade de assegurar ao sujeito processual liberdade para aferir quanto à conveniência da emissão de declaração no bojo do ducto persecutório contra si levantado. Tal norma é a que estipula o chamado “dever de comunicação e informação” atribuído aos agentes do Estado aquando da interlocução que estes mantêm em face do suspeito de prática delitiva; aqui, o objetivo proposto é subsidiar o direito ao silêncio, afinal, não é suficiente “proclamar solenemente o direito ao silêncio”, sendo necessário, para mais, que “o ordenamento jurídico preveja mecanismos adequados” que viabilizem os direitos derivados do *nemo tenetur* e lhes emprestem “consistência e efetividade” (Sandra Oliveira e Silva, 2018, pp. 357-358).

É que este prévio esclarecimento¹²⁶ previne que contributos probatórios do suspeito sejam oriundos de “simples irreflexão ou ignorância da lei”, daí o caráter instrutivo¹²⁷ da norma cujo descumprimento acarreta o “radical não aproveitamento probatório das declarações prestadas pela pessoa visada” (Sandra Oliveira e Silva, 2018, p. 358).

Aspeto importante a considerar e repisar em matéria de direito ao silêncio é que o pilar axiológico-normativo do qual este direito arranca, como já dito o valor atribuído à liberdade de a pessoa elaborar mentalmente sobre a conveniência de sua intervenção-declaração processual¹²⁸, recebe todo um reforço por parte da dogmática e da própria legislação no

¹²⁵ Com referência à acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, Sofia Saraiva de Menezes (Menezes, 2010, p. 129) acrescenta ao ponto que “do silêncio podem resultar consequências que não advêm da sua valoração indevida”, pois que, ao calar, por exemplo, “o arguido prescinde de circunstâncias atenuantes como a confissão ou o arrependimento”.

¹²⁶ Esse “dever de instrução” deverá ser aventado na primeira oportunidade de interrogatório; na eventualidade de o ato ser renovado, inclusivamente pelo mesmo órgão inquiridor, tal dever deve ser novamente observado quando do surgimento de “novas suspeitas” que ampliam ou modificam o “objeto do interrogatório”. (Neto, 1997, p. 189)

¹²⁷ Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 206), com vistas ao atingimento de uma plena “liberdade de autodeterminação” do visado, defende que esta instrução deve incluir esclarecimentos sobre os termos da acusação formulada e provas já produzidas em detrimento do sujeito em causa, que a instrução, bem coloca Nereu Giacomolli (2014, p. 195), “será completa e produzirá seus efeitos quando abarcar toda a complexidade fática e jurídica”, considerando-se que “sem informação completa não haverá efetividade defensiva”.

¹²⁸ Por aí bem se vê que o *nemo tenetur* conexiona-se com o cardeal princípio da dignidade da pessoa humana; na demonstração do liame, seja-nos permitido colacionar a lição de Jorge Reis Novais (2018, pp. 64-65), o qual, na

ambiente jurídico-especulativo luso-brasileiro. No caso do ordenamento jurídico português, desde logo entra em ação o disposto no artigo 32.º, n.º 8, da Constituição de 1976, que especifica meios proibidos de prova (tortura, coação, ofensa à integridade física e moral, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações) que atentam contra a voluntariedade da pessoa no que se refere à produção probatória que parte de si mesma na direção do tablado persecutório. Ora, tais expedientes probatórios representam uma contravenção ao *nemo tenetur* por desenganadamente incidirem sobre a aspiração valorativa básica aí pensada pelo constituinte originário, donde o material coletado não entrar, por proibido, na esfera do que é suscetível de valoração judiciária. Quanto ao sistema brasileiro, o que acabamos de expor aplica-se identicamente, que o *nemo tenetur* e os seus desdobramentos normativos fincam raízes profundas neste terreno jurídico e compartilham da mesma fundamentação axiológico-normativa. Embora este sistema não ostente, à maneira do ordenamento lusitano, cláusulas expressas que particularizem métodos proibidos de prova, afirma-se relativamente ao mesmo que o conseguimento de provas com infração ao dever de informação ou mediante interferência ardilosa ou coerciva por parte dos órgãos de controlo sobre a vontade do suspeito esbarra na conclusão de que são ilícitas as provas assim obtidas, ou, na dicção do artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição de 1988, consoante a qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Assim, convirá repisarmos que conflitam com o precitado pilar axiológico-normativo os métodos das agências persecutórias que interferem cavilosamente no processo psíquico de conformação da vontade de declaração, donde a compreensão de que surgem ilícitas as provas provenientes das chamadas conversas informais estabelecidas entre agentes da Polícia e pretensos suspeitos, ou melhor, estas conversas exsurgem viciadas se ocorrerem à margem da injunção que do dever de esclarecimento deriva ou se carregarem em seus termos artimanhas que conduzam o interlocutor ao centro de conversas que são uteis à batida persecutória então operante.

Nesse sentido, é paradigmática a decisão da Corte Suprema brasileira que reputou inadmissível o desempenho probatório consistente em gravação de conversa informal em que não houve o cumprimento do dever de informação inerente ao *nemo tenetur*; na fundamentação esgrimida no bojo do habeas corpus então em julgamento, afirmou-se que as ditas conversas

construção conceitual desse último, averba que de tal normativa decorre o “reconhecimento da autonomia individual”, donde a interdição da “coisificação da pessoa, a rejeição de um tratamento que faça do indivíduo um simples objecto da intervenção estatal ou que o reduza tão só à condição de mero instrumento para a realização de fins alheios”.

informais, a caracterizarem “interrogatório sub-reptício”, conduzem à ilicitude a prova assim acrescida aos autos, pois que, “à luz da garantia do art. 5.º, LXIII, basta, à caracterização da ilicitude da prova, a manifesta ausência da advertência do direito de ficar calado, que a Constituição ordena.”¹²⁹ (trecho do Habeas Corpus n.º 80.949/RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data de Julgamento: 30/10/2001)

É ilustrativa do que estamos a dizer a decisão do Tribunal Supremo Federal alemão comentada por Roxin (2000, p. 133), em cujo substrato fáctico um agente da Polícia é introduzido à socapa em cela de detento sob investigação para, aproveitando-se do engano a que este último foi induzido, aí arrancar-lhe informações autoincriminatórias e ato contínuo transmiti-las à Polícia, daí decorrendo a decisão do Tribunal que considerou não valoráveis processualmente os diálogos coligidos.¹³⁰

Em todos os julgados que acabamos de referir, para lá da ausência de prévia autorização judiciária, avulta o facto de os expedientes probatórios caírem na alçada da proibição do engano, quer dizer, a vedação de o engano figurar como pontapé de saída da formação volitiva do alvo sob perseguição criminal. Ora, diante da operacionalidade da infiltração e da evidente imbricação desta técnica com os referidos meios proibidos de obtenção probatória, importa renovarmos alguns esclarecimentos que solvem à plenitude a problemática ora posta em discussão.

Conforme expomos anteriormente, a infiltração não consubstancia método enganoso de prova, porquanto tais métodos pressupõem que o investigador em causa, “através de actos ou factos concludentes”, induza o sujeito-alvo a uma “convicção errónea” (Sousa, 2003, p. 1219) que determine a produção da prova, é dizer, a formulação da vontade de relatar e acrescer conteúdo à investigação em trâmite.

Ao defendermos que a atividade do operacional deve limitar-se a uma mera observação desacompanhada de providências capciosas e conducentes a manobrar o fluxo informativo

¹²⁹ Como a sublinhar a importância do dever de esclarecimento, consta no decisório em tela que a “falta de advertência – e, como é óbvio, da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório.” Mais recentemente, o mesmo Supremo Tribunal Federal, na dicção do **Ministro Gilmar Mendes**, exatificou que “é evidente a obrigação do Estado, por meio da Polícia, de informar o preso sobre seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento de sua prisão efetuada por policial militar”. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 207.459 São Paulo

¹³⁰ Noutra assentada, o mesmo autor relata o caso da “adivina” que, em prévio concerto com a Polícia, alegando deter poderes sobrenaturais, recolhe informes autoincriminatórios de suas “compañeras de celda”; diante deste quadro, Roxin aponta o método enganoso utilizado na obtenção da prova e, ademais, a existência de coação, já que, *in casu*, considerou-se o temor das detentas ante a possibilidade de a “adivina” invocar “supuestos contactos con poderes sobrenaturales” que poderiam retaliá-las se não fossem declaradas as informações autoincriminatórias. (Roxin, *apud* Muñoz Conde, 2010, p. 1024)

oriundo dos interlocutores suspeitos, ao advogarmos neste sentido, tornamos a dizer, pensamos que não incide sobre este desempenho investigativo a nódoa característica dos citados métodos enganosos — que, repita-se à exaustão, manipulam o processo de conformação da vontade de declarar e influir endoprocessualmente junto ao acervo de provas existente.

Temos para nós que a infiltração não envolve a transgressão de direitos nem consubstancia atividade ilícita do operacional traduzida na habilidade de convencer o interlocutor a declarar-lhe informes autoincriminatórios; a nosso ver, a questão deve ser suscitada em meio à discussão mais abrangente da ponderação de interesses que surge à tona no momento inicial em que se decide sobre a validade da concreção do instituto.

Em primeiro lugar, o tratamento da infiltração de agentes deve partir da conferência dos dispositivos legais que concebem tal meio investigativo e o inscrevem na grelha dos instrumentos de obtenção de provas admissíveis do ordenamento processual penal; neste passo inaugural, percebe-se desde logo uma atividade legislativa¹³¹ que reflete “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, 2005, p. 23), isto é, a técnica da ponderação de bens aqui já exaustivamente referida; esta técnica é imperiosa e surge já no instante da geração legislativa da infiltração diante da necessidade de compor solução entre a jusfundamentalidade inerente às individualidades sob perseguição penal e os interesses próprios desta mesma persecução estatal, uma solução de caráter primário que, evidentemente, remete a concretização deste expediente investigativo à posterior atividade de aplicação jurídica (na prática, uma nova ponderação) a cargo dos protagonistas da cena processual penal.

De seguida, devem ser observados os requisitos legais que condicionam a validade jurídica da infiltração, nomeadamente a autorização judiciária que, precedentemente à efetivação do método investigativo, produz decisório que se caracteriza pela tecnicidade que visa a solver o conflito dos interesses (leia-se: colisão de princípios jurídicos) que aqui já tanto referimos. Eis uma primeira ideia que desejamos tornar clara desde já: não havendo autorização judiciária, é inválido o procedimento instaurado; pelo contrário, a existir decisão autorizadora, tem-se que este comando, em meio à constelação de circunstâncias e normas que peculiarizam o caso sujeito à análise, estabelece uma “relação de precedência condicionada entre os

¹³¹ É bem de ver que esta atividade legislativa, por obra e graça da ponderação, introduzirá limitações ou restrições nos conteúdos normativos dos direitos então disciplinados; tais limitações, frise-se bem, devem obedecer à concordância prática e ao método da proporcionalidade, havendo, no caso da Carta Portuguesa de 1976, o dispositivo do artigo 18.º que estabelece alguns parâmetros à limitação de direitos, liberdades e garantias fundamentais, como a observância do núcleo essencial das normas jusfundamentais submetidas à limitação, a proporcionalidade da intervenção restritiva e a cláusula de que as compressões admissíveis são aquelas por que se procura salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

princípios” (Alexy, 2014, p. 96), ou seja, o órgão decisor, sempre com base no caso concreto e na carga normativa em jogo, fixará “condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro” (Alexy, 2014, p. 96), pois efetivamente a infiltração é geratriz de uma colisão principiológica que desafia a citada técnica da ponderação de bens.

Vistas as coisas numa maior aproximação, vemos esta autorização judiciária fixar, na hipótese de preponderarem as normas afetas à investigação, as condições fáticas e limites em presença dos quais é válida a intervenção do agente diante dos suspeitos tocados pela técnica policial, vale dizer, nesta equação decisória, mediante ponderação, o *nemo tenetur* é especificado e inscrito como princípio que casuisticamente submete-se à compressão determinada pela precedência de momento estabelecida. Digamo-lo de modo sintético: o direito ao silêncio e à instrução quanto ao usufruto dessa faculdade cedem ante os interesses persecutórios declarados prevalentes no bojo da análise judiciária então formulada.

Como não tardará a ver-se, estamos diante de uma restrição principiológica que não se confunde com uma atuação estatal transgressora de norma jurídica, transgressão haveria se autorização inexistisse, é bom que se esclareça novamente; logo, a operacionalização da infiltração policial mediante um agente que atua distante da manipulação de diálogos, uma vez ancorada nos termos ponderados da autorização supradita, não estará a malferir os desdobramentos normativos do *nemo tenetur*, senão estará a concretar as restrições ou limitações principiológicas que a precedência normativa dantes autorizara.

Aqui chegados, cumpre-nos avançarmos a componente do *nemo tenetur* tantas vezes referida nesta sede como o direito à não autoincriminação; tratada dogmaticamente enquanto modalidade mais abrangente do citado princípio, tal componente ostenta programação normativa cujo recorte alude a desempenhos probantes diversos da formulação de relatos orais — desde a entrega de documentos, passando pela submissão a exames periciais (v.g. colheita de sangue, saliva, urina) ou artifícios outros com destinação instrutória (v.g. aparelhos detectores de mentiras, apontamentos a mão para análise grafotécnica), tais diligências entram na composição normativa de tal faceta ou modalidade do *nemo tenetur*.

Evidentemente, em vista do recorte bem talhado da presente pesquisa, vamos cingir nossa atenção à particularidade desta componente que entra em conexão com o meio de obtenção de prova aqui tratado. Assim, com os olhos postos na possível dinâmica do infiltrado em meio ao grupo de pessoas investigadas, é factível verificarmos a hipótese do agente que, ao arrepio desta componente, demanda junto ao clã a entrega de documentos comprobatórios da delinquência organizada sob perquirição, ou mesmo documentos pessoais relativos às individualidades aptos a servirem-lhe como meio incriminatório; enfim, o recorte sobre que

cogitamos cinge-se a apetrechos materiais utilizados pela estrutura criminosa e pelos seus respetivos membros e associados — pensemos na documentação lavrada em órgão público num contexto de criminalidade económico-financeira, ou nos instrumentos tecnológicos manejados para impulsionar o tráfico de estupefacientes, de entre outros aparelhos congêneres.

Mantendo coerência com o garantismo polivalente que temos vindo a defender, não poderíamos propor solução diversa do procedimento do agente que, numa atitude de mera observação, recolhe os informes e apetrechos/documentos criminosos oriundos da iniciativa espontânea da pessoa investigada, valendo nesta específica aplicação do *nemo tenetur* as considerações que expusemos quanto à interdição do operacional de manobrar diálogos e fazer incidirem os visados em informes autoincriminatórios; pela força das razões anteriormente dadas em consignação, entendemos que o equilíbrio próprio do garantismo integral impede o infiltrado de armar embustes com vistas à entrega de suportes incriminatórios por parte das individualidades então enganadas.

Assim, segundo é o nosso pensar, a ponderação dos interesses conflitantes, mediada pela intervenção/autorização judiciária prévia à infiltração, tomará como objeto de possível restrição esta faceta do *nemo tenetur*, decidindo-se à luz da conflitualidade em causa se autorizado estará o operacional a limitar a citada prerrogativa jusfundamental em benefício da inteligência da investigação. Dizendo-o abertamente: o decisório autorizador fará referência, se a ponderação indicar e embasar tal sentido, à viabilidade de o infiltrado recolher apetrechos ou documentos incriminatórios como fruto da iniciativa espontaneamente posta em ação pelo investigado. Por importante, seguindo a coerência de que não nos despedidos nesta particularidade, tal autorização deve ser circunstanciada e deve vazar a peculiaridade imanente ao garantismo por nós defendido, é dizer, deverá inserir cláusula a impor a vedação do infiltrado de produzir embustes conducentes à entrega de documentos e demais fontes de prova.

Por fim, reputamos que as considerações antecedentes constituem pontos de partida e nos remetem ao estudo de critérios com vista à solução da colisão principiológica que salta à luz aquando do tratamento da infiltração; decerto, apresentadas as linhas conceituais da infiltração policial, os interesses que subjazem atrás de si e o esboço da discussão que cuida do *nemo tenetur*, cumpre seguirmos adiante com a propositura do *instrumentarium* que ofereceremos enquanto chave de solução do citado problema jurídico-processual, isto é, o chamado princípio da proporcionalidade e a virtualidade operativa que lhe vem como característica central a nos demandar uma derradeira imersão esclarecedora.

3.8. DO EXAME DE PROPORCIONALIDADE (*LATO SENSU*)

Como já deixamos entrever, fixamos a nossa compreensão sobre o entrelaçamento que a infiltração mantém com o *nemo tenetur* na sólida teoria dos direitos fundamentais de Alexy, sobre cuja densidade conceitual dá testemunho a abundante doutrina que se dedica ao estudo do sistema *jusfundamental* em nosso entorno cultural.

É chegada a altura de verticalizarmos considerações a propósito da metodologia argumentativa que dota de racionalidade as restrições empreendidas pelo citado meio de obtenção probatória em meio ao desenho normativo do *nemo tenetur*. Nesta jornada, teremos o influxo fundado pelo chamado princípio da proporcionalidade como chave mestra da colisão de princípios constitucionais, chave mestra que é apresentada pela dogmática enquanto trilha de raciocínio que preside o jurista rumo ao deslinde criterioso dos casos ditos difíceis, ou seja, as lides que encerram a aplicação de normas-princípio concretamente em estado de entrelaço.

Este princípio, conhecido igualmente por princípio da proibição do excesso, é trabalhado já na quadra do pensamento iluminista, voltando-se aí para o Direito Penal — “as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados” (Sarmiento, 2002, p. 79), eis a ideia-base então arquitetada —; daí segue o fluxo de sua composição até ao domínio do Direito Administrativo de Polícia, onde, já a fazer carreira o século XIX, permanece a entoar uma “orientação constringente das atuações agressivas do poder público no âmbito da esfera dos cidadãos” (Gouveia, 2016, p. 824); contemporaneamente, já veremos, considerada como “elemento decisivo do princípio do Estado de Direito” (Gouveia, 2016, p. 824), tal norma é retratada com maior latitude aquando do tratamento constitucional das restrições opostas às normativas *jusfundamentais*, numa palavra, este cânone “é visto essencialmente como instrumento que limita a actuação dos poderes e que controla o exercício de funções” (Mata-Mouros, 2011, p. 205).

Antes de irmos mais longe, um conjunto de esclarecimentos propedêuticos precisa ser focalizado: na base da compreensão que adotamos figura a ideia-matriz de que o género ou “superconceito” norma jurídica engloba duas espécies aptas a constituírem uma categorização bem firmada, espécies que proveem de diferente modo o carácter deontológico das ordens jurídico-estatais – eis a ideia crucial a reter: “quer as regras, quer os princípios, são normas” (Canotilho, 1993, p. 37), ou seja, ambas as espécies “dizem o que deve ser”, conduzem “expressões deonticas”, expressam, pois, um “dever”, uma “permissão” ou “proibição” (Alexy, 2014, p. 87).

Depois, é preciso deixarmos bem vincado: tais normas não se confundem com “a palavra do legislador” (Faria Costa, 2017, p. 155), ou seja, os dispositivos, enunciados ou expressões utilizados na confeição das dicções legais e constitucionais, que os dispositivos são meros signos que consubstanciam o aspeto ou superfície linguística das expressões normativas, signos estes que carecem de interpretação/concretização conducente à formulação da norma decisória aplicável à demanda jurídica então em tela.¹³²

Em prosseguimento, esclarecemos que a primeira espécie acima referida, as normas-regra, operam a coercibilidade que lhes é inerente segundo o modelo tudo ou nada, é dizer, localizada no mundo-da-vida a situação fáctica descrita nos termos minuciosos da regra aplicanda, então, é imperiosa a aplicação do comando ou mandamento igualmente previsto na estrutura deontica então em causa¹³³, já que “se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos” (Canotilho, 2003, p. 1.161); acerca de tal incidência, é imprescindível dizer que o raciocínio através do qual se aplica a norma-regra é um raciocínio silogístico, que trabalha com uma premissa maior (o programa normativo extraído do invólucro textual) e uma premissa menor (os factos submetidos à apreciação), enfim, cuida-se de um raciocínio que perscruta se recortes fáticos efetivamente localizados na concretude da vida amoldam-se (subsumem-se) a hipóteses abstratas e delimitadas no acervo descritivo das regras.

As normas-princípio, por seu turno, em vez de fornecerem em si uma constelação de descrições fácticas minuciosas (cuja constatação empírica descarrega um imperativo igualmente individualizado), são espécies normativas com elevado grau de generalidade e marcadas por um cunho axiológico evidente¹³⁴, tais normas “estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins” (Barcellos, 2005, pp. 169-170) — pense-se no *nemo tenetur*, cujos dispositivos constantes nos ordenamentos luso e brasileiro não exaurem os

¹³² Nas palavras de Canotilho (2003, p. 1.218), o texto é o “sinal linguístico”; a norma, “o que se revela ou designa” mediante interpretação; Eros Grau (2013: 44-45), na doutrina brasileira, esclarece que “o produto da interpretação é a norma expressada como tal”. Esta norma, escreve o autor, subjaz “em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição)”, incumbindo ao intérprete “fazê-la brotar do texto”, comissão que, à evidência, é desempenhada sob a luz dos factos, isto é, “a partir de elementos da realidade (mundo do ser)”.

¹³³ Diz-se que as regras ostentam uma “estrutura condicional hipotética”, uma estrutura dotada de uma “hipótese de incidência” ou “suposto de fato” bem descrito – ou seja, a situação fáctica desenhada em abstrato pelo legislador – e de uma “sanção” ou “consequência jurídica” igualmente determinada. Dito isto, verificada no plano empírico a hipótese de incidência dantes descrita, opera-se seguida e consequentemente a subsunção da norma-regra, é dizer, o enquadramento da situação fáctica à moldura talhada pelo legislador, donde a projecção do mandamento respetivo sobre os factos em tela. (Bernal-Pulido, 2013, p. 92)

¹³⁴ Seguimos aqui, de muito perto, Humberto Ávila (2011, p. 156), segundo cuja ótica os princípios “constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido”.

circunstancialismos de possível ocorrência prática que determinam a projeção desta norma; pense-se, ainda, no princípio que estabelece o mandamento de os procedimentos penais transportarem em seus respectivos termos um desiderato de ampla defesa a ser conferido às individualidades submetidas às suas dinâmicas, igualmente inexaurido em cláusulas literais nos citados ordenamentos.

A bem dizer, tais normativas principiológicas servem de autêntico alicerce da ordem jurídica e rendem mandamentos tendentes a concretar o sistema axiológico que permeia o ordenamento positivo, mandamentos que impõem que os ditos elementos axiológicos sejam realizados “na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes” (Barcellos, 2005:182), donde a assertiva de Alexy de que “a determinação do grau adequado de satisfação ou de realização de um princípio, relativamente aos mandados de outros princípios, é conseguida através da ponderação” (Alexy, 2014:819).

À vista do que é acabado de dizer, interessa desde logo esclarecer que da verificação da pertinência de um dado princípio sobre certa matéria factual não decorre automaticamente que a fórmula normativa a incidir seja exatamente a fórmula recomendada pelo princípio então focalizado, já que é preciso examinar a contextura fáctica em toda a sua inteireza — determinadas nuances circunstanciais podem indicar a cedência do princípio em primeiro lugar pensado com a consequente aplicação de princípio oposto, episodicamente em atrito com a norma atrás cogitada; além do mais, a existência paralela de norma principiológica candidata a surtir efeitos sobre o caso concreto inaugura uma disputa por primazia frente a consideração normativa de primeiro cogitada, daí a fundamental tarefa interpretativo-concretizadora do jurista que, mediante o procedimento a seguir descrito, convocado estará a levantar argumentos e pesá-los na construção da particular norma jurídica aplicanda.

Do que atrás se expôs pode-se concluir que os princípios “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fácticas” (Alexy, 2014, p. 104), exurgindo daí o carácter *prima facie* de suas normas e a imprescindibilidade de o intérprete empregar a técnica decisória alvitada pela proporcionalidade, técnica que convidará este mesmo intérprete a observar a afluência dos princípios sobre a espécie fáctica e a desenvolver mediante argumentos a norma jurídica aplicável à dirimção do conflito então constatado.

Assim caracterizada a concreção dos princípios, é líquido que a aplicação dos mesmos demanda esforços intelectivos por parte do operador jurídico, visto que “os princípios dizem, não executam” (Canotilho, 2007, p. 10), donde esta espécie implicar “desenvolvimentos,

concretizações, densificações, realizações variáveis” (Miranda, 2020, p. 255) a incumbirem o jurista na lida das situações que assaltam cotidianamente as barras dos tribunais. Enfim, porque estas normativas envolvem demandas axiológicas não definidas com minudência no concernente às ações e situações que as projetam¹³⁵, porque invariavelmente colidem com espécies congêneres no correr da realidade cambiante — inexistindo, ademais, “uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado” como se estivéssemos ante uma “tabela” que define e resolve todas as espécies de colisões (Larenz, 1997, p. 576) —, é mesmo inevitável o exercício de um raciocínio que reúna critérios conducentes à solvência dos impasses instaurados em meio à fricção dos princípios jurídicos.

Como já sublinhamos *ad nauseam*, a persecução penal é campo onde pululam choques de normas principiológicas que simultaneamente manifestam candidatura com vistas a reger a causa de pedir apresentada ao parlatório do debate forense. Nesta seara de ação processual há uma conflitualidade radical¹³⁶ e subjacente a cada uma das situações fácticas endoprocessualmente discutidas. A matéria-prima de nosso trabalho, a estampar os interesses da *persecutio criminis* patrocinados pela infiltração face à normativa do *nemo tenetur*, bem revela o aspeto básico que pretendemos ora frisar; de um lado, norma-princípio que rege o processo penal em favor da individualidade sob perseguição estatal, é dizer, o *nemo tenetur*, a advogar o direito ao silêncio e a faculdade posta contra a autoincriminação através do oferecimento de documentos e apetrechos ligados à criminalidade investigada; de outro, princípios que subjazem à proposta de infiltração policial, isto é, o interesse imediato de recolha probatória avançado por esta medida e os bens jurídicos identificados e abalroados pelo aparelho delinquente que se deseja apurar e desarticular, tudo a receber o influxo de uma jusfundamentalidade objetiva que prolata deveres de proteção estadual encarnados em imposições de investigação eficiente.

¹³⁵ Embora a aplicação dos princípios encerre uma indesmentível complexidade, “nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento” (Jorge Miranda, 2020, p. 255), afinal, é reconhecida a esta espécie uma “função normogénica”, quer dizer, estas espécies produzem “uma orientação de dever-ser que é acatada pelos órgãos aplicadores do Direito”, uma orientação, por certo, a ser calibrada de acordo com as possibilidades ofertadas pelo caso concreto e demais princípios em tela. (Gouveia, 2005, p. 696); enfim, escorados em Canotilho (2007, p. 11), cremos que “é possível encontrar uma solução jurídica para os casos concretos a partir de processos argumentativos racionais em que a premissa normativa é formado por um bloco de juridicidade indeterminado e vago”, é dizer, o “esquema normativo principal”.

¹³⁶ No dizer de Denilson Feitoza (2007, pp. 165-166), a persecução criminal arrasta consigo uma “contrariedade fundamental” ou “colisão fundamental” que põe *vis-à-vis* uma “perspectiva instrumental punitiva” (vale dizer, uma perspectiva ancorada numa conjunção de princípios favoráveis em primeira linha ao desvendamento dos factos para eventualmente aplicar-se a norma substantiva penal) e uma “perspectiva instrumental libertária” – ligada à garantia da jusfundamentalidade afeiçoada às individualidades tocadas pelo aparato processual.

Já é possível percebermos que inexitem nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira respostas pré-fabricadas aptas a acudir mediante silogismos subsuntivos e num relâmpago à constelação de casos suscetíveis de ocorrência no campo multifacetado da investigação criminal onde a infiltração é levada a cabo, daí a indispensabilidade do manuseio de método conducente à produção de norma decisória vestida de consistência metodológica, dotada de transparência na exposição dos argumentos utilizados e infensa a subjetivismos indisfarçáveis.

Numa primeira aproximação ao problema esboçado, diremos que as dificuldades que batem à porta da aplicação dos princípios constituem o pontapé de saída da dogmática que apregoa a construção de um percurso de raciocínio mais sofisticado, um percurso vocacionado a modelar o decisório que desatará as colisões principiológicas desde um olhar criterioso das diferentes normas pertinentes ao facto em causa, um decisório que, diante do grau de complexidade da demanda jurídica em tela, não contará com a suficiência dos métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos¹³⁷, donde o esforço hermenêutico mais sofisticado que será aqui exigido.

Tal esforço hermenêutico é o fundado pela proporcionalidade, proporcionalidade que é considerada doutrinariamente como “norma especial” que “se reporta à aplicação das restantes normas” (Ramião, 2015, p. 447), ou seja, estamos diante de um arcabouço de raciocínio¹³⁸ ou

¹³⁷ Fazemos referência ao critério hierárquico, ao da especialidade e ao temporal, tradicionalmente utilizados na resolução de conflitos de regras (cujos conteúdos deontológicos se mostrem destoantes entre si) que aparente e concomitantemente incidem sobre uma mesma situação fáctica; em tais situações, o hierárquico impõe que a regra jurídica hierarquicamente superior invalida a projeção do preceito de inferior escalão que dispõe em sentido contrário; o critério da especialidade, de seu lado, reza que a regra dotada de especialidade ilide a projeção da norma que genericamente retrata o substrato fáctico em causa, isto é, deve incidir a regra que carrega em sua hipótese de incidência uma referência expressa à matéria de facto em tela; por fim, o temporal dispõe que a regra superveniente ab-roga a entidade normativa antes aplicável à situação da vida juridicizada. Em face da colisão dos princípios, semelhantes critérios não ostentam aplicabilidade, pois que, neste embate normativo, ao menos duas normas principiológicas de mesma hierarquia disputam espaço de projeção normativa, inexistindo nesta sede, pois, escalões hierárquicos díspares; mais, nenhuma destas espécies apresentam relatos expressos sobre a eventual exclusão de suposta normativa contrária; enfim, tais normativas estão arraigadas no mesmo bojo constitucional e, portanto, quando expedidas por este mesmo bojo em simultaneidade, desencadeiam a inviabilidade do critério temporal incidir a contento.

¹³⁸ Em doutrina, paira séria divergência sobre a designação a empregar no respeitante à proporcionalidade; Virgílio Afonso da Silva (2010: 168-169) sugere estarmos em face de uma estrutura normativa que funciona ao modo das regras jurídicas – “porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fácticas e jurídicas do caso concreto”, logo, a proporcionalidade, segundo o autor, é uma “regra especial”, uma “meta-regra” cujo esquema operativo não se enquadra na definição levantada quanto à concreção dos princípios; Alexy (2014: 117), neste mesmo rumo, reconhecer que o dito “princípio da proporcionalidade” não comunga da técnica de aplicação inerente aos princípios jurídicos, aduz que é mais adequado definir tal norma como “máxima da proporcionalidade”, o que implica dizer que os critérios que compõem o seu respetivo conteúdo normativo – os quais estudaremos adiante – deverão incidir segundo a metódica das normas-regras, ou seja, não há falar-se aqui de um mandamento de otimização a operar numa calibração atenta aos factos e normas divergentes em causa; por fim, Humberto Ávila (2011: 147-148) abre dissentimento frente a estas posições ao asseverar que a proporcionalidade reconduz-se à categoria dos “postulados normativos” – na definição original de Ávila, estes postulados, diversamente dos princípios, “não impõem a promoção de um fim”, em lugar disto, “estruturam a aplicação do dever de promover um fim”; de outra vertente de análise, diz que “os postulados não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que

“diretiva procedimental” (Georg Ress *apud* Bonavides, 2019, p. 436) que funciona ao nível das conflitualidades principiológicas, funciona no sentido de determinar ao jurista o referido percurso argumentativo predestinado a enfrentar o impasse e resolvê-lo em termos racionais, visto que este arcabouço “contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação” (Ávila, 2011, p. 177) que se faz necessário ante a projeção simultânea de princípios conflitantes sobre uma mesma espécie fáctica.

Passemos a esmiuçar o exposto. Os princípios, a consubstanciarem “mandamentos de otimização” (Alexy, 2014:90) dos valores que estão à base de si próprios, determinam colisões que desafiam a articulação de decisórios em cujas tábuas de fundamentação deverá ser proclamada a cada assentada uma “relação de precedência concreta ou relativa” (Alexy, 2014:97) em meio às normas em entrechoque — como vimos, no caso dessas normas “não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige” (Virgílio Afonso da Silva, 2010:45) —; ou seja, estes decisórios, mediante o percurso e critérios dispensados pela proporcionalidade, um e outro a governarem a intelecção que então salta à luz, deverão assentar uma precedência entre os princípios conflitantes com base na preponderância do peso de um deles verificada concretamente, uma precedência que valerá tão-só no quadro empírico então examinado, quadro em que o mandamento de otimização da normativa prevalecente determinará a cedência ou restrição da programação normativa do princípio oposto¹³⁹, donde a conclusão que aqui vai reiterada de que “há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente” (Virgílio Afonso da Silva, 2010, p. 45) na escrituração das soluções concretas.

Na raiz do que vem consignado acima, é fácil de ver que a proporcionalidade é norma que intenta cobrir a “axiologia do Estado de Direito”, uma axiologia que “consiste na valorização das posições jurídicas fundamentais”, preocupada “em garantir o mínimo de restrições aos direitos fundamentais” sob consideração teórica e prática¹⁴⁰, uma valorização e

indiretamente prescrevem comportamentos”. Sem adentrarmos com maior densidade de considerações analíticas nesta disputa, cremos que efetivamente o percurso de raciocínio derivado da proporcionalidade não se impõe como se um princípio fosse, é dizer, a operatividade deontica inerente à proporcionalidade não se realiza em maior ou menor intensidade segundo o teor do circunstancialismo e demais normas presentes no caso sob apreciação concreta, que o citado percurso de argumentação que adstringe o jurista no enfrentamento das colisões é, por assim dizer, um percurso necessário e condicionante da legitimidade da solução a ser construída sob a luz da causa de pedir então exposta.

¹³⁹ Não se conclui daí que “o princípio cedente deva ser declarado inválido”, apenas que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, assim, diante de uma certa causa de pedir, a precedência pode ser resolvida de modo a determinar a compressão de um dado princípio, o qual, em face de circunstancialismo diverso, pode obter a proclamação de precedência diante do princípio dantes prevalecente. (Alexy, 2014, p. 93)

¹⁴⁰ A compreensão aí pressuposta é a de que a “ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é a exceção”, enquanto tal, é “limitada e de validade condicionada ao preenchimento de requisitos pré-estabelecidos”; assim, de entre tais

tutela que se prendem intimamente com o “teste da proporcionalidade” (Ramião, 2015, p. 455), pois que este último propicia critérios que instauram um exame com vistas à solução que imediatamente balizará a colisão mediante o decisório em que estarão escritas a cedência e a precedência supraditas, neste sentido, a proporcionalidade desempenha o papel de “freio e escudo” (Valente, 2013, p. 443) ao redor de normativas jusfundamentais postas em situação de restringibilidade, constitui “um limite dos limites que se pode impor aos direitos fundamentais”, ou, se preferirmos seguir mais enfaticamente, a proporcionalidade é “critério que condiciona a validade dos limites que o Estado impõe aos direitos fundamentais” (Bernal-Pulido, 2013, pp. 80-81).

Com efeito, o teor da proporcionalidade, enquanto filtro de possíveis restrições à jusfundamentalidade em voga, um filtro ou “instrumento decisivo de combate ao arbítrio do poder” (Jorge Pereira da Silva, 2018, p. 249), torna-se mais visível ao nos reconduzirmos às posições filosóficas de partida do Estado Constitucional de Direito, em cujo sistema jurídico “os cidadãos gozam de uma liberdade e de direitos fundamentais *prima facie*, anteriores a qualquer concessão ou restrição do poder público” (Bernal-Pulido, 2013, p. 80); todavia, a fim de uma indispensável “harmonização do exercício dos direitos de distintos titulares” (Bernal-Pulido, 2013, p. 80), as agências de produção e concreção jurídicas (os legisladores, administradores e juízes) deverão cuidar da inevitabilidade de estipularem restrições a estas mesmas matrizes jusfundamentais como meio de acautelar “a situação de caos que produziria a liberdade absoluta” (Bernal-Pulido, 2013, p. 80).

Ganho algum esclarecimento acerca da semântica que a proporcionalidade deve assumir, tocamos a avançada que ora nos incumbe para afirmarmos que esta norma encontra exteriorização em diversos dispositivos do ordenamento constitucional português; no entanto, interessa-nos mais de perto a inscrição desta norma no regime que cuida das restrições aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, em cujo art. 18.º, n.º 2, da Constituição de 1976, consta que a compressão de normativas jusfundamentais deve cingir-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses igualmente tutelados em sede constitucional, cláusula da qual a generalidade da doutrina lusitana extrai a projeção da proporcionalidade e de seus respetivos critérios consagrados à contenção do arbítrio e de excessos desarrazoados.¹⁴¹

requisitos, a proporcionalidade desempenha um papel clarificador, qual seja, o papel de proclamar um itinerário ou roteiro de aplicação jurídica à atividade estadual de produção e implementação normativa suscetível de operar a restringibilidade de jusfundamentalidades sob enfoque. (Novais, 2003, p. 732)

¹⁴¹ Pelos limites traçados à nossa pesquisa, não teremos o ensejo de acompanhar e transcrever o debate a respeito das possíveis bases normativas nas quais a proporcionalidade pode restar assentada para daí seguir rumo ao centro

No que respeita ao Direito Constitucional brasileiro, ainda que não expressamente prevista na Carta de 1988, a doutrina outorga à proporcionalidade o foro de verdadeiro princípio constitucional implícito, “apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade” mediante a inserção de critérios que funcionam em meio à formulação decisória como rigorosa cláusula que “tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade” (Bonavides, 2019, pp. 445-446), critérios estes que farão o intérprete suscitar um exame jurídico em cujo esforço intelectual a proporcionalidade figurará como a envergar as vestes de um autêntico contrarregra na dirimição de conflitualidade que envolve restrição à faculdades jusfundamentais.

Feitas estas observações, cumpre analisarmos a seguir como se põem os ditos critérios da proporcionalidade ao longo do percurso decisório instaurado em face da fricção de princípios jurídicos; naturalmente, seguindo o recorte da presente pesquisa, a correlação a seguir tratada envolverá o *nemo tenetur* e as normativas subjacentes à proposta de infiltração policial.

3.9. DAS MÁXIMAS OU SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE

Chegado o instante de vertermos considerações sobre como é aplicada a “norma metodológica” (Jane Reis Gonçalves Pereira, 2006, p. 323) resultante da proporcionalidade, desejamos antes aclarar que os tais critérios indutores do raciocínio a ser levantado pressupõem, para lá da contingência de restringibilidade de uma das normas em atrito, “situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”, ou seja, esta normativa e o consequente raciocínio que dela deflui são chamados a atuar diante de “uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade” (Ávila, 2011, pp. 173-174), eis o cenário em que operarão os critérios ou, no dizer alexyano, três “subprincípios” ou “máximas” (Alexy, 2014:819) inerentes à proporcionalidade, eis a “relação meio/fim” (Ávila, 2011:175) que constitui o pano de fundo da norma que ora nos ocupa.

É que o imbrincamento de princípios pressupõe a ideia basilar de que a propositura de certa medida ou meio — tendente à implementação de fim normativo-principiológico

das decisões jurídicas que envolvem limitação de normativa jusfundamental; em síntese apertada, transmitida pelo então Conselheiro do Tribunal Constitucional Português Paulo Mota Pinto, “o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito” (trecho do ACÓRDÃO N.º 187/01 TC / Relator – Paulo Mota Pinto); efetivamente, compreendendo o Estado de Direito o sentido de que “o poder público está submetido a regras que disciplinam a sua atuação, não atrabiliária, mas limitada por padrões que não podem ser voluntaristicamente manipulados pelo próprio poder público” (Gouveia, 2011, p. 17), compreendendo, estávamos a dizer, tal sentido, é mesmo razoável e seguro ancorarmos a proporcionalidade em semelhante matriz normativa.

determinado — desencadeia como efeito colateral a restringibilidade de normatividade diversa, eventual ou permanentemente vizinha à operação meio/fim então enquadrada, donde efetivamente estar sempre em causa, aquando do manuseio da proporcionalidade e seus critérios, “o uso de um meio restritivo de direitos para se lograr alcançar um certo benefício” (Moura, 2014, p. 723).

O que acabamos de especificar pode ser bem ilustrado através do imbrincamento que a infiltração mantém com o *nemo tenetur*, na medida em que esta técnica investigatória consubstancia um meio vocacionado ao conseguimento de um fim de recolha probatória, tudo isto em meio à voz ou programação normativa do *nemo tenetur*, de entre outras molduras jusfundamentais que tocam as esferas individuais sob investigação criminal.

Ora, observada a relação meio/fim inerente à infiltração, inevitável é observar-se também a cedência ou limitação ocasional do *nemo tenetur* conforme aqui já estudamos; de modo bem claro, para sermos cuidadosos com as bases então assentadas: a infiltração é mobilizada com vistas ao alcance de fim provatório, não se desprendendo de tal relação o vigor do *nemo tenetur*, cuja consideração normativa abre invariavelmente fricção em relação à dinâmica que a infiltração leva adiante.

Logicamente, porque acolhemos que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”, ao invés, o raciocínio a ser utilizado na construção do decisório é legitimado em termos argumentativos exclusivamente no “quadro e no espaço da totalidade que o direito positivo impõe” (Grau, 2013, pp. 137-138), ou, se preferirmos mais frontalmente, porque “a assunção de um princípio ou valor jamais poderá ser compreendida como manifestação de um sentido absoluto” em meio à “clara manifestação antagónica que eles podem protagonizar” (Faria Costa, 1999, p. 74), diremos que o percurso intelectual comandado pela proporcionalidade tomará em si a aplicação conjunta e ponderada das normas conflituantes que constituem a centralidade de nosso trabalho. Nessa aplicação, a par da concordância prática que se projetará com vigor, três degraus de argumentação — ou “três vetores ou subprincípios” (Jorge Pereira da Silva, 2018, p. 749) — assumem a boca de cena qual um verdadeiro contrarregra, vinculando o agir interpretativo do jurista ao nível do palco de ponderação jurídica, quais sejam, os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Vejamos em sequência estes segmentos de análise.

Neste norte, ao olharmos de perto a preordenação normativa da proporcionalidade, com ênfase no citado subprincípio da adequação, também batizado de “teste da idoneidade” (Canotilho, 2014, p. 915) , vemos que doutrina e jurisprudência atribuem à relação meio/fim acima referenciada um sentido de aptidão ou idoneidade, um sentido indicativo de que a medida

a ser implementada em prol de um dos princípios em atrito — e que representa uma restrição à norma oposta, já o frisamos — deve reunir o condão de ser útil à consecução da finalidade preconizada pelo princípio então proclamado preponderante.

Um bom exemplo servirá para ilustrar o que dissemos. Canotilho (2014, pp. 915-916), ao invocar “a idoneidade de sistemas de vigilância electrónica para defender a esfera pessoal e patrimonial dos cidadãos e combater a criminalidade pública”, auxilia-nos grandemente — à luz deste primeiro teste, indaga-se se efetivamente a medida em perspectiva, *in casu*, a vigilância eletrónica, detém aptidão para realizar o fim de segurança proposto pelo mandamento principiológico aplicando¹⁴²; dizendo-o de outro modo, na constatação de que semelhante medida restritiva — que pronunciadamente atinge as individualidades submetidas à sua operação — rende desdobramentos que se mostram “indiferentes, inócuos, ou até negativos” (Novais, 2018, p. 108) em relação ao fim que se intenta prosseguir, nesta constatação, íamos dizendo, reconhece-se a inidoneidade e por conseguinte a desproporcionalidade do meio cogitado.

No fundo, o exame em questão perscruta se há uma “relação de causalidade positiva entre o meio e o fim”, quer dizer, se existe “o reconhecimento de um grau sensível de capacidade do meio para transformar a realidade jurídica e material no sentido de alcançar o fim proposto” (Jorge Pereira da Silva, 2018, p. 250); assim sendo, inexistindo tal aptidão, inevitável será averbar a desproporcionalidade do expediente em causa, que é juridicamente inconcebível determinar-se a compressão da normativa justaposta sem a correlata satisfação de bem jusfundamental a vigorar em sentido oposto; mormente em face de um sistema constitucional promotor de uma eficácia reforçada da jusfundamentalidade atuante, esta última solução realmente não se mostra sustentável diante do “imperativo constitucional de edificação de um Estado humano”, um imperativo, pode-se dizer, que encerra “a definição de tarefas ou incumbências fundamentais do Poder político no sentido de promover uma melhor dignificação de cada ser humano” (Otero, 2010, p. 31); portanto, à falta de uma providência estatal condutora da citada cultura de dignificação, não será mesmo “admitido o ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido” (Fernandes, 2005, p. 57).

¹⁴² A fim de enquadrarmos o instituto com completude, é preciso esclarecer, ainda, que a apreciação da medida como idônea deverá ser feita junto à perspectiva de que estamos ante “um juízo meramente qualitativo”, ou seja, “se for esperável alguma eficiência, a medida é adequada, não interessando o grau da eficiência” da mesma, que o questionamento a ser levantado consiste em perquirir se o meio então concebido gera “efeitos jurídicos [...] capazes de desencadear ou causar efeitos materiais que se traduzam numa intensidade de satisfação pelo menos mínima”. (CANAS, 2016, pp. 621-622); numa palavra, “não se exige que o fim seja inteiramente alcançado. É suficiente que a medida seja um passo na direção certa”. (António Francisco de Sousa, 1998, p. 45)

No respeitante ao expediente da infiltração de agentes, será mister questionar se a diligência proposta ante uma dada organização criminal revela aptidão no que diz com os interesses provatórios que aqui são levados em linha de conta.

Respondendo tal indagação, Mariângela Tomé Lopes (Lopes, 2011, p. 504) assevera que a infiltração constitui “medida apta para buscar informações que possam ter eficácia probatória”, sendo, pois, adequada e capaz de receber o selo da proporcionalidade; com efeito, é indesmentível o proveito em termos de recolha de informes do citado meio de obtenção de provas: assentado o operacional na medula ou seções do grémio delinquente, estará a reunir elementos importantes à cognição da investigação armada, donde a aptidão desta recolha cruzar positivamente o primeiro teste de adequação referente à relação meio/fim liminarmente ajuizada.

Sobretudo quando se tem em mira que a idoneidade não precisa acompanhar-se de uma “exigência que só se considera cumprida quando o meio realiza integral ou plenamente o fim visado”, bastando, isto sim, “a possibilidade de o meio proporcionar uma aproximação sensível [...] do fim pretendido” (Novais, 2019:108), pode concluir-se que a infiltração atravessa sem maior discussão este primeiro ensaio ou degrau da proporcionalidade.

Do que precede pode-se tirar uma conclusão em relação à infiltração de agentes: não se exigirá uma perspetiva apriorística de desbaratamento ou elucidação plenos do clã então sob enfoque, que a “idoneidade não deve ser confundida com utilidade óptima” (Mata-Mouros, 2011:255), inclusivamente, pode-se acrescentar que “a exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe” (Silva, 2010:170).

Em prosseguimento, abeirando-nos da subsequente etapa de consideração ligada à proporcionalidade, já agora discorreremos sobre o subprincípio da necessidade, também conhecido por “princípio da exigibilidade” ou da “menor ingerência possível”, a conferir ao cidadão, na visão de Canotilho (2003, p. 270), um “direito à menor desvantagem possível”; segundo a dicção usualmente desenvolvida, ultrapassado afirmativamente o juízo de adequação da medida¹⁴³, é hora de o jurista empreender um “teste comparativo” (Virgílio Afonso da Silva, 2010, p. 171) entre o meio à partida eleito e outras alternativas instrumentais igualmente aptas¹⁴⁴

¹⁴³ De salientar, consoante bem esclarece o Tribunal Constitucional Português, que: “a formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes” (trecho do ACÓRDÃO N.º 632/2008 do TC).

¹⁴⁴ Em concordância com tal perspetiva, Jorge Reis Novais (2019: 112) aduz que este teste hipotético toma como pressuposto “a idoneidade dos meios em comparação”, ou seja, escreve o autor, “pressupõe-se a igual aptidão desses meios na realização do fim ou fins pré-determinados”.

ao conseguimento do fim buscado, neste confronto, eis o busílis da questão, “desde la perspectiva del individuo titular del derecho fundamental afectado” (Bernal-Pulido, 2003, p. 752) , o meio liminarmente eleito só será reputado necessário “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (Virgílio Afonso da Silva, 2010, p. 171).

Por evidente, o emprego deste critério, estruturante que é do decisório a ser lavrado, “*presupone la existencia de por lo menos un medio alternativo a la medida adoptada*” (Bernal-Pulido, 2003:736), que a análise a ser empreendida confrontará à luz do conhecimento então disponível meios igualmente idôneos e a aferição de suas respectivas afetações negativas ao direito fundamental cuja restrição é proclamada, eis a “*estructura argumentativa del subprincipio de necesidad*” (Bernal-Pulido, 2003, p. 736).

Novamente a trabalharmos através de exemplos, pensemos na hipótese em que o órgão promotorial assevera, após circunstanciada pesquisa sobre a virtualidade provatória de medidas que toma em conta à luz do recorte fático em causa, que a infiltração e a busca domiciliária, embora igualmente aptas ao desvendamento de um certo grupo criminoso, sinalizam um rasto de onerosidade aos direitos dos investigados capaz de ser observado criteriosamente: a primeira expedição, conclui-se sonoramente, afigura-se mais gravosa a tais direitos que a busca em perspetiva; forte neste juízo, será conforme o critério da exigibilidade ou princípio de “*intervención mínima*” ou “*de la alternativa menos gravosa*” (González-Cuellar Serrano, 1990, p. 189) a eleição da busca domiciliária, porquanto aí estará resguardada uma projeção garantística mais significativa de normativas jusfundamentais igualmente cobertas pelos escopos do processo então em causa.¹⁴⁵

Do exposto, é possível desde logo verificarmos que o presente degrau de análise e argumentação jurídica “comporta uma comparação das repercussões negativas que, hipoteticamente, cada um dos meios em questão pode ocasionar para os direitos fundamentais” (Jane Reis Gonçalves Pereira, 2006, p. 341), daí despontando consequentemente uma exigência de exame subtil que procurará enquadrar a onerosidade dos meios sob a inteligência de postos

¹⁴⁵ Veja-se a ilustração que alude à suficiência e menor onerosidade da prova documental em comparação com a busca domiciliar ou quebra de sigilos bancário e telefónico – neste confronto, se o documento puder “ser requisitado a um órgão público ou a uma instituição financeira”, medidas mais gravosas deverão ser consideradas e declaradas desproporcionais, por infringência a esta específica faceta da proibição de excesso. (Fernandes, 2005, p. 58). Ademais, pensemos na hipótese de a identificação do suspeito da prática criminosa “fora do departamento policial” (no próprio local da infração) ser adequada ao fim de “preservação de meios de prova pessoal”, ora, assim avaliando, não deve o órgão policial executar, numa intervenção intensiva sobre a esfera individual, a detenção do suspeito com vista à identificação. (Valente, 2013, p. 451)

de observação diversos. Para termos uma ideia mais precisa do que se está a falar, vejamos a especificação analítica que correlaciona a onerosidade com pontos de vista que intentam identificar, por exemplo, os aspetos espacial e temporal das interferências geradas pelas medidas em comparação. Sob tal ângulo, deve-se dar primazia ao meio que compreenda uma exata “limitação geográfica ou espacial da intervenção ablativa ou compressora” em causa (Cunha, 2021, p. 107), preterindo-se, assim, um meio interventivo a princípio desprovido de delimitações desta ordem; sob o ponto de vista temporal, de seu lado, prefere-se o meio transitório ao meio de duração mais esticada; ao demais, fala-se numa abordagem pessoal e material das onerosidades: a primeira tem a ver com a extensão subjetiva das avarias geradas, ou seja, o número mais ou menos expressivo de individualidades atingidas, preferindo-se aquelas medidas que alcançam “um número de destinatários reduzido” às que “têm um âmbito subjetivo de aplicação mais amplo” (Jorge Pereira da Silva, 2018:252); a segunda abordagem aponta para a preferência dos expedientes que impliquem uma “economia de meios e que devem ser minimamente restritivos de direitos” (Cunha, 2021, p. 107).

Fundamentalmente, tais postos de observação trazem à fala que o presente subprincípio *“tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer em su ejercicio los poderes públicos”* (González-Cuellar Serrano, 1990, p. 189), donde o caráter tutelar de sua projeção no decorrer da via decisória e que enfrentará a conflituosidade pendente de resolução, donde, ilustrativamente falando, o irrecusável funcionamento da proibição de excesso enquanto “membrana tutelar” (Valente, 2013, p. 443) de jusfundamentalidades individuais que compõem o andamento da perseguição criminal; enfim, estamos em face de uma espécie normativa que, convém timbrar, “preocupa-se antes do mais com a proteção do lado mais fraco”, isto é, “o lado dos bens, interesses ou valores sujeitos a interferência”, interditando-se, assim, “agressões não justificadas” (Canas, 2016, p. 625) sobre estas específicas manifestações de normatividade.

Junto ao que vai exposto, cremos que a infiltração só estará justificada à luz deste subprincípio quando em causa surgirem “investigaciones complejas” (Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 680), investigações para cujo desdobramento eficiente em termos de recolha probatória inexistem meios tradicionais aptos e menos interferentes sobre conteúdos jusfundamentais das individualidades atingidas; ora, inexistindo tal aptidão, falece desde logo a hipótese de meios ordinários de produção de prova serem declarados necessários ante a maior complexidade de organizações criminais que, vimos atrás, adotam despistes inteligentes diante dos órgãos de controlo.

Há mais a dizer: a complexidade citada, esta mesma que inutilizará meios ordinários e menos invasivos, esta complexidade, reiteramos, será derivação da configuração e praxes adotadas pelos grupos delinquentes organizados, uma configuração e prática que deliberada e estrategicamente tornam imprestáveis métodos menos interferentes; como exemplo, a suspeita de que se está a cuidar de organização transnacional que atua mediante tecnologia de ponta e em ofensiva ao descobrimento de seus actos pela inteligência oficial; a presença de coerção sobre testemunhas ou desertores do grupo investigado a indicar a dificuldade de colheita de prova pessoal; a comissão de delitos ao nível da burocracia pública perpetrados mediante a supressão ou adulteração de documentos oficiais, em suma síntese, eis alguns índices que convencem quanto à inviabilidade de diligências investigatórias ditas menos drásticas projetarem luz sobre as sombras espessas que nublam o horizonte investigado.

Vai neste sentido a doutrina de Espinosa de Los Monteros (2010, p. 383), para quem “*la infiltración policial no debe configurarse como una regla general de actuación en las investigaciones de la delincuencia organizada*”; assim, embora reconheça o “carácter hermético” da criminalidade de alto nível e os consectários disto ao nível da eficiência investigativa, aduz que será indispensável a análise dos “*intereses en juego [...] para determinar si es necesaria o no la actuación de un agente encubierto*”.

Tomando semelhante discussão em termos rigorosos, Flávio Cardoso Pereira (2016, p. 681) chega mesmo a dizer que a identificação da necessidade da infiltração pressupõe o esgotamento pelas agências persecutórias de “*todas las técnicas y métodos de investigación para lograrse obtener el objetivo de desmantelamiento del grupo criminal*” (Flávio Cardoso Pereira, 2016, p. 681), ou seja, se, antes da propositura da infiltração, outros meios mais benignos foram mobilizados (e mostraram-se desprovidos de eficiência) diante do propósito investigatório, nesta condição, torna-se a dizer, será considerado necessário o expediente da infiltração.

Divergimos de tal posicionamento. De modo geral, vindo à tona suspeição quanto à existência de certa organização criminal, meios mais benignos deverão efetivamente ser acionados com vistas à apuração pertinente; a depender do resultado haurido, exsurgirá ou não autorizada o maior grau de intrusão próprio da infiltração. Ou seja, infrutíferos os meios mais brandos articulados pelos órgãos em causa, a título subsidiário, será válido recrutar o esforço da infiltração policial.

Entretanto, pensamos que será dado à investigação criminal invocar desde logo e como exceção o facto de, concretamente, “não se poder lançar mão de nenhuma outra medida, oculta ou não e menos gravosa” (Andrade, 2009, pp. 550-551), menos gravosa em comparação com a

infiltração então cogitada, donde, positivado um contexto investigativo entremeado da insuficiência de meios menos restritivos ou da inviabilidade fática dos mesmos, é permitido à infiltração sair a campo no sentido de suprir a lacuna aí constatada.¹⁴⁶ Em sintonia com o que fica dito, vale repisarmos lição atrás exposta: a infiltração terá como requisito de validade a existência de suspeita quanto aos crimes previstos no catálogo que autorizam a expedição deste meio de obtenção de prova; é desde esta suspeição liminar que surgirão interesses investigativos e deveres de tutela estadual a contemplarem meios mais benignos de prova; no fim de contas, constatada a inadequação ou a inviabilidade de meios alternativos e menos onerosos ante a complexidade presente, candidata será a infiltração policial a vir à cena; ao invés, idôneos os meios menos invasivos, desnecessária será a inserção de agentes.¹⁴⁷

Chegados aqui, superados os exames da adequação e necessidade da medida proposta em atenção a um dos princípios conflitantes — cuja implementação tem o dom de repercutir em termos restritivos sobre o princípio então considerado cedente —, é tempo de avocarmos um “esquema de pensamento que deve comandar a parte final do processo de solução de antinomias entre princípios constitucionais” (Jane Reis Gonçalves Pereira, 2006, p. 346); tal esquema é o determinado pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, derradeira etapa do raciocínio decisório que deriva da proporcionalidade *latu sensu* e a perfaz mediante a colocação de um “juízo de ponderação ou de balanceamento entre meios e fins” (Canotilho, 2014, p. 917) a ser construído em face da situação conflituosa então retratada.

Segundo esta orientação metodológico-interpretativa, o jurista, em meio à colisão de princípios, ao analisar a proposta de compressão de norma jusfundamental como solução a ser emprestada ao caso concreto¹⁴⁸, o jurista, estávamos a dizer, empreenderá um cotejo que terá

¹⁴⁶ Cuidando da subsidiariedade das escutas telefônicas, em compreensão que pode ser estendida à infiltração, André Lamas Leite (Leite, 2007, p. 626) adverte que é possível empregar as escutas “logo como primeiro meio de obtenção da prova utilizado”, ressaltando, entretanto, que semelhante hipótese deve surgir em comunhão com a sólida convicção de que “em face dos concretos dados factuais” existentes nos fólios, a escuta “é a única diligência capaz de fazer carrear para os autos elementos probatórios aptos à descoberta da verdade”.

¹⁴⁷ Esclarecido o caráter subsidiário da infiltração, a decisão que autoriza este expediente “terá [...] de fundadamente sustentar que, sem a medida, a investigação resultaria [...] dificultada, consideravelmente dificultada, impossibilitada, etc.” (Andrade, 2009, p. 551); enfim, pensamos estar com a razão Gustavo Badaró (Badaró, 2019, p. 38) ao esclarecer que “não será a infiltração policial a primeira medida na investigação da organização criminosa”, na medida em que, para propiciar-se segurança ao operacional e efetividade ao meio investigatório, “um mínimo de conhecimento” do clã e “de pelo menos alguns dos seus integrantes deverá existir”, inexistindo, “nem mesmo se sabe em que grupo de pessoas se infiltrar”.

¹⁴⁸ Interessa notar que na tessitura da argumentação pertinente — e propensa a embasar/legitimar a restrição proposta a um dos princípios —, o intérprete deverá forcejar por implementar a concordância prática entre as normativas conflitantes então submetidas à aplicação jurídica; ante a constatação da inviabilidade prática de a concordância operar otimamente segundo a virtualidade de sua vocação normativa, é chegado o instante de construir o decisório ao abrigo do raciocínio imposto pela proporcionalidade tomada em sentido lato, ou seja, percorridos deverão ser, sempre mediante clara exposição de argumentos intersubjetivamente sindicáveis, os degraus ou testes ínsitos à proporcionalidade. Em boa verdade, temos para nós que a concordância prática persiste durante todo o procedimento intelectual de acomodação de normas e busca de solução jurídica, vale dizer, mesmo

como objeto a intensidade da afetação sugerida a uma das normativas em jogo e o peso das razões que aconselham o princípio que aí sustenta o meio restritivo então preconizado e direcionado à satisfação de interesse juridicamente relevante. Dito de um jato: através deste terceiro critério, também chamado de princípio da “justa medida”, “visa-se apurar o equilíbrio na relação entre a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto” (Alexandrino, 2015, p. 137), exsurgindo importante tal análise diante do facto de ser perfeitamente possível a propositura de meio adequado e necessário que implique uma afetação “excessiva, intolerável” de normatividade então submetida à precedência de norma vizinha.

Com o deliberado intento de lançar luz sobre esta complexa tarefa de acomodação de normas principiológicas e proferimento de discurso argumentativo, este subprincípio estabelece que a pretendida restrição só poderá ser considerada constitucional e proporcional se for possível justificar e compensar tal intervenção por meio da adução de razões relevantes que bem escorem o princípio declarado prevalecente no bojo da ponderação levada a efeito.

Convém timbrar prontamente que “*el principio de proporcionalidad en sentido estricto también se conoce con el nombre de ponderación*” (Bernal-Pulido, 2003, p. 758); semelhante designativo é pertinente pois bem anuncia a perspectiva de um esforço intelectual a ser estendido ao nível de princípios que ocasionalmente mostram-se em estado de antagonismo, um designativo que deseja exprimir que se estará a trabalhar junto a razões argumentativas de um e outro lado do embate principiológico com vistas à formulação de considerações de ordem jurídica que consistirão, afinal, em pesos avaliativos e determinantes da solução a ser imposta.

E neste esforço intelectual, como a desempenhar o papel de marco metodológico desde o qual saltará o intérprete, um marco que projeta o jurista e o justapõe à exposição dos argumentos decisórios, funciona a chamada cláusula ou “lei do sopesamento” ou “lei de colisão” concebida pela praxe da Corte Constitucional alemã e sintetizada na composição doutrinal de Alexy; segundo tal cláusula “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2014, pp. 593-594), eis a sentença proposta à partida e sob cujos termos virá à baila o decisório pertinente que, já o vimos, estabelecerá uma relação de precedência entre os princípios em dissídio.

na hipótese de justificação racional da precedência de uma das normas, mesmo aí, vigora a força da concordância que, sim, estará a render influxo sobre o trabalho do jurista, que ainda vinculado está à comissão de restringir ao mínimo e reciprocamente as normas em entrecchoque, em suma, embora reconhecida a precedência condicionada de uma das normativas, o que implica dizer que não foi possível a distribuição de restrições recíprocas em termos equivalentes, ainda aqui é vigorante o esforço de conter limitações jusfundamentais.

A compreensão e a execução da cláusula acima pressupõem a formulação de arrazoados que buscarão arranjar conclusões destinadas ao caso concreto que expressem o peso ou relevância da aplicação dos princípios em colisão e o grau da afetação oposta a uma das normas em tela¹⁴⁹; a bem dizer, a elaboração de argumentos aqui referida enquanto via de passagem cuida de impor uma “justificabilidade metódica das intervenções em direitos fundamentais” (Feitoza, 2007, p. 236) tendente à constituição de lâmpadas que permitam um controlo mais seguro sobre o procedimento racional de produção jurídica em meio ao choque de normativas principiológicas.

Conforme a densa exposição de Alexy (2014, p. 594), este processo de arrumação deve seguir “três passos” que auxiliam na compilação dos arrazoados e consequente eleição do princípio prevalecente. Assim, a explanação do autor mostra que, de saída, “é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios”; depois, “avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente”; por último, “deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação [...] do outro princípio”, em síntese, tem-se que um arranjo assim procedido (nos dois polos do confronto principiológico) visa prevenir que a compressão determinada a uma das normas “não vá além de uma justa medida, daquilo que é ordenado e legitimado pela preferência reconhecida [...] ao interesse constitucionalmente tutelado” (Jorge Pereira da Silva, 2018, p. 255).

Vai em sentido assemelhado à tal estrutura a doutrina de Carlos Bernal-Pulido (2003, p. 759); segundo o autor, o “curso argumentativo” da proporcionalidade em sentido estrito é disposto mediante três passos: de entrada, o jurista deverá “determinar las magnitudes que deben ser ponderadas”, isto é, (i) o grau de afetação do direito fundamental sobre o qual recai o meio restritivo proposto e (ii) o peso ou relevância das razões que preconizam o princípio adverso, é dizer, o princípio que determina a expedição do meio compressor; em segundo lugar, procede-se à comparação das ditas magnitudes — o intuito aqui é verificar se “*la importancia de la realización del fin perseguido*” (Bernal-Pulido, 2003, p. 759) é maior que o grau de afetação no direito então sob restrição; como último passo, será construída uma relação de precedência condicionada com base no desfecho da comparação realizada no passo anterior.

É meridianamente claro que tal estrutura de composição/avaliação decisória, aqui meramente esboçada, toma a ponderação — e a adução de argumentos que lhe é característica — como a “expressão pública da reflexão” (Alexy, 2014, p. 599), uma reflexão que, rente ao

¹⁴⁹ Em essência, é factível firmar que o procedimento ponderativo visa estimar “o peso relativo de cada um dos bens em confronto para [...] proscrever soluções legais que, apesar da idoneidade e da necessidade do meio utilizado, se revelem irrazoáveis ou irracionais”. (Jorge Pereira da Silva, 2018, p. 254)

caso concreto e às forças principiológicas em causa, forçada estará a ver e expor linhas racionais (os arrazoados ditos acima) sobre a atribuição de magnitude ou peso aos princípios e sobre a intensidade da afetação determinada à norma cedente.

E a exposição destas linhas é feita, segundo articula Alexy, a par de um modelo ou escala de “três níveis”, quer dizer, uma espécie de quadro-referência em que o peso e a afetação dos princípios estarão retratados como “leve”, “moderado” ou “sério”, identificados estes níveis ou graus pelas letras “l”, “m” e “s” (Alexy, 2014, pp. 599-600), ou seja, a aplicação da lei de colisão ao caso concreto contará com vigorosa exposição de razões que intentarão encaixar o peso dos princípios e o grau de afetação debatidos na ponderação em curso neste ou naquele nível de intensidade inscrito no quadro-referência.

Daí é possível defender que “cada atribuição de grau” a uma e outra importância principiológica “deve ser justificada por razões dadas por intermédio de argumentos [...] estruturados em premissas e conclusões” (Gavião Filho, 2011, p. 262); igualmente, do lado da adução de razões com relação à afetação proposta a uma das normas (ou a ambas as normatividades, se factível for a concordância prática), imperiosa será a recondução dos termos invocados a um suporte argumentativo do qual dimanam interpretações jurídicas cuja legitimação “vai repousar na força persuasória da sua fundamentação, em relação a um auditório universal, formado por toda a comunidade política” (Sarmiento, 2002, p. 127).

É bem verdade que semelhante tarefa de sopesamento ou ponderação de princípios longe está de configurar uma soma aritmética ou operação quejanda; a envolver a utilização de argumentos que não prescindem de um convincente “discurso justificativo”, a ponderação convocará o jurista a espalhar os olhos por ambos os pratos da balança em que posto o conflito com vistas a recolha de elementos que deverão estar baseados em “cânones racionais comumente reconhecidos e aceitos na cultura do lugar e momento histórico em que o juiz opera” (Taruffo, *apud* Sarmiento, 2002, p. 118).

Mais propriamente, queremos dizer que a propositura posta nos autos que assevera estar caracterizada uma séria intervenção em direito fundamental, bem assim enunciados que afirmem o peso de princípios jurídicos, para valer no giro discursivo aqui propugnado, esta propositura “tem de ser justificada e isso apenas pode ser feito através da argumentação” (Alexy, 2014: 823), donde a premissa de que o encaixe de situações no quadro-referência acima é feito através de somas de argumentos que aludem ao caso concreto e fazem valer a dogmática

respeitante aos princípios em causa e acervos jurisprudenciais¹⁵⁰ que se mostrarem, enquanto parâmetros de referência, próximos ao caso sob discussão.

Para demonstrarmos a viabilidade e utilização argumentativa do dito modelo “triádico” (Alexy, 2014, p. 599), seja-nos permitida a consideração da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão tal como retratada na exposição de Alexy. Assim, veja-se a decisão que tratou de conferir a proporcionalidade da medida que impunha aos empresários de produtos derivados do tabaco a inscrição de advertências nestes mesmos produtos quanto aos riscos gerados pelo fumo; aí, entendeu-se que o tal dever de inscrição — meio devotado à preservação da saúde pública — representou uma afetação leve ao princípio constitucional da “liberdade profissional”; pois bem, mudando de perspectiva, escreve Alexy, “uma proibição total” dirigida a produtos desse género “deveria ser considerada como séria” por evidentemente interferir com contundência sobre o referido princípio — ora, ao lado do autor, estamos em crer que semelhante vedação absoluta representaria uma verdadeira ablação do mencionado cânone, em detrimento de alternativas de ação mais suaves e idóneas à consecução do interesse da saúde coletiva tido em mira —; ainda a tratar deste precedente, Alexy diz que entre os dois níveis de intensidade possíveis, uma outra medida, tida como “moderada”, poderia ser pensada, referindo no texto “a proibição de máquinas automáticas de venda de cigarros em conjunto com uma restrição à venda de produtos derivados do tabaco em determinados estabelecimentos” (Alexy, 2014, p. 95).

Ainda com referência ao exemplo citado, é possível asseverar a plena aplicação da escala de intensidades no que concerne à razão oposta à liberdade profissional dos empresários de tabaco, visto que o dever de inscrição escora-se no relevo da argumentação principiológica que funda a “proteção da população contra riscos à sua saúde”, não sendo despicienda a consideração do Tribunal Constitucional que atribuiu um peso sério à aplicação desta normativa tendo em vista as razões empírica e cientificamente demonstráveis de que “fumar causa câncer e doenças cardíacas e vasculares” (Alexy, 2014: 595).

Seguindo nesta toada de ilustração e esclarecimento, vamos invocar precedente¹⁵¹ da Corte Constitucional brasileira que tratou do decantado caso que envolveu a cantora mexicana Glória Trevi e integrantes da Polícia Federal que cuidavam de sua custódia no ambiente em que

¹⁵⁰ Podemos agregar, com as palavras de Karl Larenz (Larenz, 1997, p. 587), que a ponderação, à medida que os Tribunais reiteram linhas de pensamento de mesmo denominador comum em relação à solução de conflitos principiológicos que envolvem os mesmos embates normativos, nesta condição, a ponderação (“método de desenvolvimento do Direito” que é) passa a contar com parâmetros experimentados de decisão, parâmetros construídos gradativamente que contabilizam apreciações jurídicas intensivas sobre uma recorrência encontrada no campo da colisão de bens.

¹⁵¹ Reclamação constitucional n.º 2040/DF, Rel. Néri da Silveira, DJU 27.06.2003

a mesma se encontrava recolhida. Neste caso concreto, Glória Trevi, recolhida na carceragem da Polícia Federal para fins de extradição, ao surpreender-se aí grávida, relatou ter sido vítima de violência sexual perpetrada por policiais que lá trabalhavam. Diante de tal quadro, deparou-se o Supremo Tribunal Federal com demanda jurídica de alta complexidade, consistente na tensão principiológica entre normas que tocavam as esferas dos policiais assacados e da própria artista. *In casu*, os policiais, aquando da concepção da criança, atentos que estavam à incolumidade da própria honra e no exercício do direito de defesa, aviaram requerimento, após exibirem os respetivos materiais biológicos, de exame sobre o material genético do recém-nascido com vistas à construção de negativa ante o crime dantes assacado; exame que, vê-se a olho nu, envolveria inevitavelmente um avanço sobre a integridade do infante e intimidade de Glória Trevi, facto que em tese agitava a projeção de princípios constitucionais em defesa dos mencionados interesses. Na solução do impasse, o Tribunal decidiu, enquadrados os princípios então em disputa, no sentido de estabelecer perícia sobre material expelido pela cantora por ocasião do parto, solução que a olhos vistos atingiria a concordância prática entre os bens em colisão, tudo pesado e mediado através da proporcionalidade.

Em face da descrição acima, pode-se dizer que a Corte brasileira conferiu um peso leve à intervenção operada na integridade e intimidade de Glória Trevi, a razão concreta avocada a título de embasar tal decisão consistiu em que a providência médico-probatória não causaria uma devassa de monta em sua integridade física; de outro ângulo, decidiu o Tribunal estar configurado um peso sério a espezivar a “realização da proteção da honra dos agentes federais e dos bens coletivos relativos à imagem da própria Polícia Federal, da moralidade administrativa, da persecução criminal e segurança pública” (Gavião Filho, 2011, p. 276), donde o pleno atendimento da proporcionalidade em sentido estrito que decerto admite uma limitação de cunho leve a bem jusfundamental diante de uma importância de realização principiológica considerada séria.

Vistas as coisas a essa luz, diante do “*juego de razones y contrarrazones*” (Bernal-Pulido, 2003:782) através de que é aplicada a proporcionalidade *stricto sensu*, é possível firmamos — numa espécie de complemento à lei de colisão — que o peso de razões que advogam no sentido de certa aplicação principiológica, este mesmo peso, vale reiterar, do qual deriva um meio restritivo em desfavor de princípio adverso, “*debe ser por lo menos equivalente a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental*” (Bernal-Pulido, 2003:782), dizendo-o de outro modo e talvez mais abertamente: uma soma de razões “leve o media” não justifica, segundo os termos da lei de colisão, “*una intervención intensa*” (Bernal-Pulido, 2003:782) no direito fundamental que se curva à precedência de norma alheia; de resto, diga-se que uma conjunção

de razões principiológicas de assinalável magnitude pode despertar restrição leve ou moderada em desprol de normativa ocasionalmente dissidente, aí podendo abrir-se uma relação de precedência que condicionada estará aos pesos apurados e circunstâncias típicas do caso apreciado.

Carlos Bernal Pulido (2003:783-784), ao referir julgado do Tribunal Constitucional espanhol, bem demonstra o que se vem de dizer; no caso em questão, a Corte foi chamada a avaliar a constitucionalidade/proporcionalidade de medida legislativa que autorizava o fechamento provisório de “*medio de difusión*” (Bernal-Pulido, 2003:784) diante do mero recebimento de acusação em juízo por crimes perpetrados por “*bandas armadas y elementos terroristas*” através de “*medios de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite su publicidad*” (Bernal-Pulido, 2003:782); pois bem, junto à argumentação levantada pelo Tribunal, nota Bernal Pulido que a consideração de que esta medida cautelar representou uma “*ventaja leve*” para a implementação “*del principio constitucional de la seguridad pública*” (Bernal-Pulido, 2003:784) levou a Corte a considerar não justificada e, pois, desproporcionada “*la muy intensa intervención*” (Bernal-Pulido, 2003:783) nas liberdades de expressão e informação gerada pelo fechamento interino de meio de comunicação.

Do exposto é possível perceber que a proporcionalidade em sentido estrito estabelece em matéria de argumentação uma “carga” que “*juega a favor del derecho fundamental*” (Bernal-Pulido, 2003:784) sobre o qual é cogitada proposta de restrição em sua respetiva programação normativa; queremos dizer que o Estado está adstrito a impregnar de razões plausíveis a proposição de meio que potencialmente restringe direito fundamental a título de positivar a implementação de princípio então reputado prevalecente ao nível do sopesamento levado a efeito. Digamo-lo de um jato e agora com completude: “restrições a direitos fundamentais demandam um itinerário argumentativo no qual a fundamentação em si figura com elemento central de legitimação do ato estatal” (Feldens, 2021, p. 31), mais: a propositura de razões tendentes à restrição deve esgrimir “argumentos suficientemente convincentes” e dotados de um peso “*por lo menos equivalente*” (Bernal-Pulido, 2003:789) à magnitude que do outro lado da balança vigora, isto é, a magnitude dos argumentos que jogam a favor do princípio sobre o qual a proposição pretende investir em termos de compressão das respetivas faculdades normativas, no fim de contas, nesta aferição de pesos de que depende a proporcionalidade do expediente proposto, cuida-se de “*pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim*” (Canotilho, 2003, p. 270), ou, talvez melhor, “se a medida for de uma intensidade de ingerência excepcional, a justificação da necessidade tem de ser especialmente intensa” (Gaspar, 2016, p. 246).

A aplicação de tudo quanto expusemos ao campo da infiltração policial é fácil de ver; previsto legalmente este meio excecional de obtenção de prova no ordenamento português e brasileiro (o que pressupõe uma anterior ponderação abstrata no âmbito legislativo a autorizar a expedição concreta de tal técnica), restará à decisão judiciária submeter a proposta de infiltração ao teste amplo da proporcionalidade; neste teste, percorridos os ensaios anteriores da adequação e da necessidade, positivamente avaliada uma e outra operação, segue o decisor rumo à ponderação dos princípios aqui em testilha.

E é seguindo a esquematização acima que deverá caminhar para bem acomodar as normas e interesses jurídicos colidentes que nos pratos da balança demandam pronta interveniência interpretativo-concretizadora. Assim, como já dissemos e em primeiro lugar, é preciso avaliar os factos concretos afirmados na propositura da infiltração que deverão demonstrar como causa de pedir a suspeita¹⁵² de ao menos um dos crimes previstos no catálogo autorizador da emissão da medida; a partir daí, alcançada a terceira etapa do “fio condutor metodológico” (Larenz, 1997, p. 586) da proporcionalidade, é hora de pesar os bens jurídicos constantes no cadinho de ponderação jurídica, é hora, finalmente, de implementar a concordância prática e, infactível a otimização dos princípios preconizada por esta¹⁵³, acionar a lei de colisão e declarar a precedência condicionada como resolução do dissídio principiológico inscrito nos autos.

Dito isto, iniciando a travessia, deverá o jurista sair a campo para avaliar o nível de afetação proposto pela inteligência investigatória que nesta quadra vem de apresentar um plano de ação a ser executado ao comprido de uma tábua de jusfundamentalidades; a incluir o *nemo tenetur*, diversas normativas constantes do sistema jusfundamental deverão ser avaliadas sob o ângulo das restrições propostas que aí estarão viradas para os interesses afetos à investigação.

Assim, deve-se incluir na ponderação as restrições “*intencionadamente producidas por el órgano actuante*” e os “*perjuicios involuntariamente causados*” (González-Cuéllar Serrano,

¹⁵² De acordo com Costa Andrade (Andrade, 2009, p. 546), este “grau de suspeita” deve estar “assente em factos e racionalmente sustentada”; mais, anota o autor que a exigência que diz respeito à presença deste ou daquele grau de suspeita (standard probatório) deve ser maior ante a hipótese de tratar-se de meio oculto mais invasivo, o que implica dizer que quanto mais interferente for o meio proposto, maiores serão as exigências de demonstração do grau de suspeita então assinalado. Enfim, é preciso que os elementos informativos já presentes “permitam ao julgador formular um juízo de probabilidade sobre a existencia da organização criminosa” (Badaró, 2019, p. 38)

¹⁵³ Interessa verificar que “un sacrificio parcial y compartido” – situação que é alvitada pela concordância prática – nem sempre se mostra viável do ponto de vista prático, donde a ponderação poder desembocar, em tais casos, no “triunfo” ou na precedência condicionada de um dos princípios em questão. (Prieto Sanchís, Luis, *apud* Flávio Cardoso Pereira, 2016: 683); Ana Paula de Barcellos (2005, p. 138) também reconhece que é possível a ocorrência de situações diante das quais, iniciado o procedimento ponderativo, “simplesmente não será possível obter qualquer harmonização dos elementos em disputa: um afastará totalmente o outro e será preciso escolher entre eles”, ou seja, será preciso o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada aos factos e à argumentação jurídica então empunhada.

1990, p. 274); obviamente, estes desdobramentos devem ser objeto de sopesamento pelo prisma dos sujeitos passivos identificados inicialmente e de terceiros que no curso da infiltração são abalroados.¹⁵⁴

Deve ser avaliada, pois, a envergadura das limitações que são propostas ante o *nemo tenetur* e demais normativas (como exemplo, a inviolabilidade domiciliar, a privacidade, a intimidade e o direito ao sigilo de dados pessoais) que decerto resguardam cada uma das individualidades sob perquirição policial; forçosamente, esta é uma primeira faixa de mensuração da qual o intérprete não se pode desprender. Nesta faixa, sempre argumentativamente, estará a invocar a escala triádica e a enquadrar o perfil restritivo proposto num ou noutro grau aí constatado.

Chegados a esse ponto, parece-nos útil reatarmos o que atrás dissemos quanto à restrição oposta ao *nemo tenetur* pelo trâmite inerente à infiltração; nesta altura, forte no garantismo integral, sustentamos que a atuação do agente deve manter uma diligência de mera ausculta frente às individualidades com as quais abre dialogação, ou seja, a ideia que defendemos sublinha que, para manter-se avivado o *nemo tenetur* então submetido à precedência dos interesses investigativos, é defeso ao operacional manobrar os diálogos a título de recolher informes fidedignos e numerosos à inteligência policial, restando-lhe, assim, uma interveniência passiva de simples recolha do que lhe fosse voluntariamente declarado na cena de atuação processual.

À luz do juízo de proporcionalidade *stricto sensu* haverá de ser mantido tal posicionamento. Muito simples a explicação: desenvolvida uma atuação meramente receptiva de informes probatórios — desvestida de manobras voltadas à extração especiosa de relatos —, poderá ser considerada menos interferente a intromissão do agente que inserido estará no halo do *nemo tenetur* durante a voga da infiltração policial; sob tal operacionalização, dada a menor compressão desferida sobre este princípio, é possível reforçar a equivalência que se exige entre o peso dos proveitos ambicionados e o nível das restrições que irão suceder no curso da expedição probatória; para além, o emprego desta equação permite que os tais proveitos sejam

¹⁵⁴ Neste ponto, cabe consignar que as restrições contingentes deverão ser aferidas e transportadas à ponderação se forem “previsibles”, ou, por outra, desde que haja um “pronóstico bastante seguro sobre los efectos colaterales de las injerencias”. O exemplo oferecido pela doutrina aponta os familiares dos sujeitos investigados que, não previstos no escopo probatório originalmente pensado, são alcançados em sua intimidade pelos infiltrados que, por exemplo, acedem ao centro do ninho doméstico e, à queima-roupa, acompanham porções de intimidade que não despertam importância para as apurações; aí, configurada está efetivamente uma ingerência concebível desde logo que deve ingressar na esfera da ponderação a ser efetuada. (Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990, p. 274); Fátima Mata-Mouros (2011, p. 263) a participar de tal perspectiva, nota que, efetivamente, “são [...] de ponderar todas as consequências desvantajosas da medida na esfera jurídica do visado”, aí incluídas “consequências meramente laterais, desde que previsíveis”; a título de exemplo, refere o “boicote económico ao negócio e ruína profissional” que previsivelmente podem vir à tona como desdobramento de uma busca processualmente determinada.

atingidos ao tempo em que a concordância prática alcança vigor no sentido da maior preservação possível do *nemo tenetur*, uma preservação que, segundo é o nosso pensar, recomenda a linha de ação que aqui vai preconizada.

Em prosseguimento, não nos restam dúvidas quanto à “*justificación teleológica*” (Espinosa de Los Monteros, 2010, p. 376) inscrita pela infiltração policial quando colocada em perspectiva de ponderação a dimensão criminógena das organizações delinquentes — sejam estas domésticas ou transnacionais, a operarem mediante alianças ou em voos tocados a solo, estará em questão neste circunstancialismo uma causa de pedir apta a suscitar o emprego de restrições enquanto adimplemento de um dever de tutela de bens jurídicos procedente da perspectiva objetiva do sistema jusfundamental.

Com efeito, a infiltração preordena-se à recolha de meios de prova no seio de organizações delinquentes postas em circulação; por certo, desenvolvida com êxito esta técnica de recolha, confirmadas estarão a materialidade e as autorias pertinentes ao clã então focalizado, vindo daí, eis a expectativa em riste, “*la obtención de la paz social y la seguridad ciudadana que se ve perturbada por la criminalidad organizada*” (Espinosa de Los Monteros, 2010, p. 377).

Impõe-se, assim, aferir a espessura ou o peso das razões que esforçam a infiltração em meio às normativas individuais acima; nesta empreitada hermenêutica, figura indiscutivelmente em voga “*la actividad de persecución penal [...] encaminada a posibilitar la aplicación del ius puniendi*”; agora, deve ficar bem frisado que o interesse persecutório tomado em consideração e encaminhado ao sopesamento de bens ganha contornos juridicamente ponderáveis à medida que detenha em perspectiva “*la defensa de aquellos bienes jurídicos que en un Estado de Derecho las normas penales pueden tutelar*”, acerca das quais, é bom dizer, o “*proceso penal es [...] instrumento necesario de protección*” (González-Cuellar Serrano, 1990, p. 251).

Ora, como observado linhas atrás, por trás da carpintaria delinquente dos senhores do crime, há uma grelha de bens jurídicos submetidos à periclitância ou estados de efetiva lesão que suscitam deveres de atuação estatal inclinados à tutela eficiente destas mesmas magnitudes substanciais, magnitudes que, identificadas na propositura da infiltração enquanto causa de pedir que deve influir sobre o sopesamento, estarão aí compendiadas como objetos detrimetosamente tocados pelas roldanas da organização criminosa tomada em suspeição de existência.

Os desastrosos impactos causados pela movimentação da criminalidade organizada saltam à vista, máxime quando se observa que as forças ocultas do crime organizado pilham

fatias da institucionalidade pública e pervertem a gestão dos interesses públicos¹⁵⁵ (convertendo o “Estado-constitucional” num “Estado-delinquencial” (Maierovitch, 1999, p. 125), vale dizer, um Estado a soldo de clãs delinquentes), neste quadro, dizíamos, é mesmo fácil constatar desde logo a pilhagem de orçamentos públicos que, comprometidos a mais não poderem, resultam insuficientes diante do vulto de demandas sociais de indiscutido interesse público que corporificam direitos fundamentais sociais, económicos e culturais ditos de segunda geração, vindo daí “más pobreza, más miséria y más desesperanza” (Sanchís Mir; Garrido Genovés *apud* Fischer, 2006, p. 137).

Centrados que estamos neste viés de análise, forçoso é asserir que “quanto mais grave for o crime tanto maior é o interesse geral da colectividade no seu esclarecimento e castigo” (Mata-Mouros, 2011, p. 261), interesse este que convidará ao palco da ponderação o conjunto de normas processuais representativas do poder persecutório que, de parceria com a tutela de bens jurídico-penais, verterá normatividade ao nível da ponderação em curso.

Enfim, alinhados os bens jurídicos e as suas respetivas expressões normativas sob o espectro de uma engenharia delincente igualmente esboçada, determinada a contundência da restrição oposta à programação garantística então apresentada (referente às individualidades a serem submetidas à infiltração), vai à cena o trabalho de sopesamento ou ponderação propriamente dito, ou seja, o cotejo dos proveitos e restrições tidos em linha de perspetiva segundo a propositura que intenta espetar a infiltração no ambiente da persecução criminal em causa. É exatamente neste degrau de aferição e argumentação que se produzirá o aresto a respeito da proporcionalidade em sentido estrito deste meio de obtenção de prova. É, afinal, neste instante discursivo que a escala triádica será conclusivamente utilizada na comparação dos pesos de um e outro lado atribuídos às razões expostas.

Invocada esta escala, temos para nós que a infiltração só aparecerá em vestes proporcionais se a argumentação que lhe diz respeito e acentua os pesos respetivos puder ser

¹⁵⁵ Anabela Miranda Rodrigues (2020, p. 37) explica que a corrupção abalroa em cheio “a capacidade de desenvolvimento de um país, porque priva os cidadãos comuns de bens e serviços vitais e impõe custos sociais severos”; deveras, a formulação de uma embocadura corrompida no centro do aparato estadual e provocada pelas artimanhas da macrocriminalidade, qual uma carga-d’água sobre objeto frágil, mina a regular “afetação de recursos e a quantidade e a qualidade” das providências e investimentos públicos. No entanto, os impactos deletérios da referida pilhagem não se restringem ao exercício pervertido das competências estaduais que desemboca em danos a bens de iniludível relevância social – efeitos que de *per si* já bem exprimem a seriedade da criminalidade oriunda dos senhores do crime –; noutra prisma de análise, adverte-nos Faria Costa (1999, pp. 307-308), constata-se ao nível da “opinião pública” um “amolecimento da consciência ética” – geratriz de uma “cultura da corrupção” – diante da percepção de que as “instâncias do poder público” se veem tomadas por subtilezas criminosas que transformam o aparato do poder estadual em seções dirigidas ao atendimento de interesses ilícitos, donde, e já agora estamos com O’Sullivan, a criação de “desconfiança” neste mesmo seio social, um sentimento, enfim, que corroí a “moral social” e gera uma natural “desorganização social em larga escala”. (Julie R. O’Sullivan, *apud* Feldens, 2002, p. 142)

reconduzida ao patamar do citado quadro-referência que marca a mais elevada estatura e seriedade da realização dos fins investigatórios visados, isto porque o grau das restrições que provêm da atuação do infiltrado é indiscutivelmente sério, donde, para haver uma relação de compensação e legitimação da medida, outro enquadramento não se mostrar suficiente e apto à superação do derradeiro teste de proporcionalidade, o qual, já o sabemos, para decretar um resultado de proporcionalidade e legitimidade da restrição principiológica, reclama ao menos uma equivalência dos pesos que sustentam uma e outra grandeza normativa.

Num parêntese, cabe dizer que a precedência condicionada de normativas cobertas pela infiltração não surge à luz automaticamente e a reboque do emprego de gatilhos retóricos como a “luta contra a impunidade” ou a existência de “interesse público” na adoção do expediente policial frente a uma determinada agência delinvente¹⁵⁶, ou mesmo a muleta genérica de que se está a promover uma “ponderação de interesses” em meio à complexa investigação em curso; igualmente, o raciocínio ponderativo não poderá tomar como suporte a “maior facilidade e/ou comodidade do órgão encarregado da investigação” (Tavares, Casara, 2020, p. 77) diante da criminalidade anunciada liminarmente nos autos.

Em absoluto, é necessário fixar que a ponderação demanda a aparição de uma dialética em torno da proposição de infiltração, uma dialética que, do lado dos interesses investigatórios, conterà recursos discursivos tendentes a pavimentar uma resolução final que tenha como ponto de chegada a firme convicção de que se está a tratar de um peso sério que respalda e compensa a restrição concebida e assestada sobre as individualidades em causa.

Assim, incumbe às agências investigativas a “plena demonstração da utilidade e indispensabilidade da medida para a prossecução do inquérito”, conferindo, enfim, ao órgão judiciário o ensejo de bem “medir o peso dos seus efeitos na esfera de direitos do visado” e “ponderar sobre a adequação da mesma numa relação a estabelecer com o benefício para a investigação” (Mata-Mouros, 2011, p. 287), vale dizer, os proponentes do meio de obtenção de prova deverão apresentar considerandos acerca de todos os subprincípios ou segmentos da proporcionalidade e, à uma, deverão dar a conhecer elementos informativos (indícios ou demonstrações probatórias outras) demonstrativos da configuração nos autos de uma verdadeira organização criminal a operar os crimes previstos no catálogo (“para se obter prova já é preciso ter prova!”), segundo esclarece o magistério de Gustavo Badaró (2019, p. 25)), donde, não

¹⁵⁶ A perspetiva que adotamos toma como certo que o “interesse público, enquanto categoria, é algo que não se evidencia em sua abstração semântica, mas que necessita ser demonstrado nas concretas circunstâncias em que se postula a restrição ao direito individual”. (Feldens, 2021, p. 34)

alcançado um pertinente *standard*¹⁵⁷ de prova nesta sede, incidirá a carga normativa da presunção de inocência e o conteúdo inter-relacionado do *in dubio pro reo*¹⁵⁸, de cujo preceito extrai-se que é mandatório presumir-se a favor do visado diante da pendência de hesitações ou dúvida quantos aos factos discutidos endoprocessualmente.

Portanto, é imprescindível um “processo de justificação” ao redor das proposições de restrições jusfundamentais, um processo servido por cavalos de batalha que deverão determinar “não apenas se é o caso de intervir no direito fundamental”, mas também “o *quanto* de intervenção — em extensão e profundidade — será admissível” em face das normativas sob compressão (Feldens, 2021, p. 35), afinal, “em uma sociedade na qual o homem nasce livre, como sujeito de direitos, o que precisa ser justificado não é a liberdade, mas a falta dela; ou seja, as restrições a seu exercício” (Feldens, 2021, p. 38).

Após tudo quanto foi dito até aqui, a título de encerramento do presente tópico, embora não seja nosso propósito exaurir a matéria, cujo estudo forma um filão doutrinal a ser desdobrado em horizontalidade de análise específica, vista a necessidade de o jurista pesar instrumentos discursivos e inseri-los na citada escala triádica, sempre mediante uma atividade de convencimento racionalmente fundada, é preciso timbrarmos algumas considerações acerca da argumentação que se desenvolverá à retaguarda do sopesamento principiológico aqui discutido.

Primeiramente, ao professarmos a adução de argumentos conducentes à eleição de normas principiológicas — que vizinhas estão, por assim dizer, de normatividades de mesmo jaez na balança de sopesamento —, estamos a querer significar que o decisor jurídico, frente à tela onde a infiltração é proposta em oposição ao *nemo tenetur* e demais normativas jusfundamentais, este decisor deverá “apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam)” que lhe concedam “sustentação” e critérios na tarefa de deliberação de razões e consequente enquadramento junto ao modelo triádico acima proposto, visto que “não bastam o bom senso e o sentido de justiça pessoal” nesta complexa área de discussão, que “é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão” (Barcellos; Barroso, 2005, p. 293).

¹⁵⁷ Não sendo o momento de esmiuçarmos o respetivo conceito, esclarecemos com muita concisão que os “*standards* de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado”. (Badaró, 2019, p. 19)

¹⁵⁸ Em suma síntese, é metodologicamente pertinente afirmarmos aqui que este último cânone constitui “critério de decisão em caso de dúvida quanto à ocorrência dos factos” discutidos endoprocessualmente, donde se conclui, em relação à propositura de infiltração policial, ou antes, em relação à moldura fática que esta propositura necessariamente deve carregar consigo, conclui-se que na existência de dúvidas quanto à aparência destes factos, por mor do *in dubio*, a decisão deverá abalançar-se pelo não provimento da demanda investigativa. (BOLINA, 1994, p. 440)

De seguida, o desafio a ser vencido respeita à “pretensão de universalidade” que deve impelir o decisor no esforço de argumentação referente aos interesses postos na balança ponderativa; neste esforço, deve primar pelo manuseio de “uma argumentação universal”, vale dizer, uma argumentação “aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico” e “racionalmente compreensível por todos”; por outros termos, é interdito o manuseio de recursos “que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas” (Barcellos; Barroso, 2005, pp. 126-127).

Interessa dizer que não se está a firmar a imposição de descoberta de uma única resposta correta e viável juridicamente frente ao embate de normas conflitantes, como se a ponderação representasse “um procedimento algorítmico que por si mesmo garante a obtenção de uma única resposta correta em todos os casos” (Bernal-Pulido, 2013, p. 106), ora, a estrutura dos princípios e o mundo de colisões suscetíveis de aparição não autorizam pintar em cores críveis um tal painel; a ponderação, é preciso asserir, não oferece em si “referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita”, no entanto, forma uma estrutura de raciocínio que faculta a verificação da “correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão”, uma estrutura que faculta, assim, a conferência da “racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso” (Barcellos; Barroso, 2005, pp. 290-291) no parlatório do debate jurídico.

Em face da criminalidade organizada e da atividade de infiltração que intenta circundar-lhe os passos, o que se vem de afirmar é visto claramente: os diversos contextos investigatórios desafiam com muita variação a inteligência da aparelhagem persecutória¹⁵⁹, inexistindo em cada um desses contextos uma única solução a ser validamente descoberta; antes, impera nesta sede a necessidade da análise do conjunto fáctico investigado desde o qual o raciocínio ponderativo levanta um projeto discursivo que intentará impregnar-se de persuasão, racionalidade e legitimação para o estabelecimento nos autos de uma precedência principiológica tópica.

Em verdade, o que temos em conta alude à necessidade de “una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad

¹⁵⁹ Pense-se na hipótese de narcotraficantes dirigirem coação a testemunhas que tomaram ciência do rastilho criminoso posto sobre o asfalto; em tal moldura fática, afastada a viabilidade deste meio de prova e doutros igualmente combatidos pelo clã, verificada a implosão de bens jurídicos de supina magnitude jurídica, indesejável será a via aberta à precedência dos interesses avançados pela infiltração policial; noutra suposição, tome-se um foco criminógeno irradiador de afetação diminuta em matéria de bens atingidos por incipiente organização criminal aí atuante, existindo em semelhante quadro a possibilidade de introdução de técnicas menos invasivas, não será proporcional em sentido estrito a séria restrição excogitada pela infiltração diante da leve escala de afetação constatada na íntegra dos bens em causa.

jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación” (Aarnio *apud* Barcellos, 2005, p. 130), donde, no que respeita ao decisório que enfrenta a propositura de infiltração, a incumbência de hastear argumentos vibrantes que calem fundamente na inteligência da comunidade com vistas a convencê-la a propósito da decisão que nesta circunvizinhança resolve conflito instaurado entre interesses investigatórios e jusfundamentalidades individuais.

Assim, temos que a estrutura argumentativa oferecida pela proporcionalidade viabiliza o consequimento das finalidades que são entregues à fundamentação dos actos decisórios em geral¹⁶⁰, pois que tal estrutura “ajuda à compreensão da decisão e, consequentemente, à sua aceitação” comunitária, “facilitando a necessária confiança dos cidadãos nas decisões” que envolvem conflitos principiológicos, para lá de facultar, pela exibição dos argumentos e pesos atribuídos, o exercício do “direito de defesa [...] através dos recursos” (Germano Marques da Silva, 2011, p. 189) oponíveis.¹⁶¹

Enfim, certos de que a via aberta pela proporcionalidade envolve a manufatura de argumentação que não se desprende de bases razoáveis e sindicáveis, para lá de não prescindir da análise de provas e contraprovas acerca das proposições fácticas em tela, pensamos ser possível cultivar na dinâmica discursiva desta sede metodológica a inteligência que considera e apregoa que a “justiça penal não se faz por atacado e sim artesanalmente”, sendo mister examinar-se “atentamente cada caso para dele extraírem-se todas as suas especificidades”, tudo

¹⁶⁰ É possível aliarmos o que fica dito à doutrina de Ferrajoli (2002, p. 497) que encarece o dito princípio da motivação enquanto “valor fundamental” do sistema processual, um princípio que “garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo”, e por cuja irradiação as “decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas”, enfim, um princípio que decola do pressuposto de que o poder exercido pela jurisdição criminal “é fundado no saber, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade”; em suma, “é a motivação que confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do poder judicial e à validade das suas decisões”, não repousando tal validade “no valor político do órgão judicial nem no valor intrínseco da justiça das suas decisões”, antes na qualidade e exposição dos considerandos que embasam a relação de precedência condicionada que vimos de ver (Mata-Mouros, 2003, p. 112); Enfim, a ideia fundamental a reter é que “no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio”, antes pelo contrário, é imperiosa, na busca da sua legitimação frente à vivência social, a observância “das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios”. (Lopes Jr. 2018, p. 105)

¹⁶¹ Gustavo Badaró (2023, p. 50) é de parecer semelhante ao que vai em consignação acima. Consoante o autor, “a motivação das decisões judiciais tem dupla finalidade”, em primeiro lugar, tal “garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir”, facultando “a impugnação da decisão e de seus fundamentos pela via recursal”; além do mais, destaca uma “relevância extraprocessual” atribuída à motivação, traduzida no ensejo aberto de “controle social” sobre o “exercício da função jurisdicional”. Em termos jurisprudenciais, sob o magistério do Ministro Rogerio Schietti Cruz, tem-se que “a motivação das decisões jurisdicionais” representa um instrumento de controle “sobre a atividade intelectual do julgador”, ou seja, um instrumento a serviço “da sociedade e das partes”, “para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas e se bem aplicou o direito ao caso concreto”. (Recurso Especial n.º 091647/DF. Sexta Turma. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 09/09/2023)

com vistas a “torná-lo singular” e, à uma, merecedor de “providência adequada e necessária”.
(Cruz, 2018, p. 266).

CONCLUSÃO

Aqui chegados, fácil é perceber que intentamos no decurso da presente pesquisa focalizar o instituto da infiltração de agentes dentro da perspectiva político-criminal que tem em conta o espectro da criminalidade organizada e a danosidade instaurada por tais consórcios no mundo-da-vida.

Conforme restou esclarecido à saciedade, a atuação dos senhores do crime mune-se de meios, técnicas e conchavos que sobrepõem os tradicionais meios de prova, os quais restam inermes ante a colocação de expedientes que variam desde a coação física de desertores até à cooptação de operacionais do edifício público que assim são encaminhados a viabilizarem a engrenagem delinquente e a impunidade da criminalidade então atirada.

Diante de tal contexto, identificados que foram os possíveis bem jurídicos suscetíveis de gravame ou perigo por mor da rotação desembaraçada da macrocriminalidade, deixamos manifesto que a dimensionalidade objetiva jusfundamental projeta-se diante do arcabouço jurídico português e brasileiro em ordem a fixar-lhes imperativos de tutela ou deveres de proteção que recaem precisamente sobre o acervo de bens valiosos sem os quais em transe se põe a própria vivência social.

Pensamos ter esclarecido que os ditos imperativos de proteção estadual inserem-se no âmbito dos ordenamentos processuais português e brasileiro de modo a impregnar-lhes do cometimento de bem investigar os rastos de destruição deixados pelos senhores do crime; neste cometimento, entrará a pulsar na grande cópia de instrumentos e técnicas de investigação criminal o dever de atuação expedita que não se compatibiliza com resultados insuficientes no campo da prevenção e repressão de tão nefasta criminalidade.

Obviamente, o fio condutor que percorremos não negligenciou que a necessidade da colocação de novas técnicas e meios de obtenção de provas (de entre os quais a infiltração de agentes) representa, de certeza, mais drásticas restrições em relação às esferas jusfundamentais das individualidades submetidas ao mecanismo persecutório penal, donde o cuidado extremado que tivemos na observação da perspectiva garantista polivalente que, bem desenhados os contornos respetivos no texto, infundem um direcionamento investigativo-processual atreito à consideração das duas grandes forças que marcam os institutos e itinerários processuais.

Assim, esclarecido que é preciso diligenciar de modo a atender, em simultâneo, a um dever de investigação eficiente (bem encarnado pelo vetor segurança pública nos ordenamentos luso e brasileiro) e à impreterível e jusfundamental proteção das pessoas-alvo colhidas pelos instrumentos de investigação então em voga, deixamos pelo caminho que, em meio a tão

complexa tarefa, uma tarefa, pois, bidirecional, surge indeclinável um procedimento intelectual de interpretação-concreção jurídica cujo esforço e desempenho intentarão acomodar ambas as normativas em entrechoque — numa palavra: advogamos o esforço de implementação de uma concordância prática ao nível da conflituosidade dos princípios jurídicos.

Rigorosos no recorte normativo, tomamos o *nemo tenetur* como princípio jurídico-processual referência de nossas considerações, isso fizemos a título de melhor empinar uma metodologia de abordagem das restrições que a perseguição criminal é capaz de levantar em seu trâmite — nomeadamente no trâmite claramente invasivo da infiltração policial.

Já no desfecho do trabalho, pudemos verificar como o princípio da proporcionalidade é operado com vistas à solução do impasse que a propositura da infiltração gera no ambiente investigativo, aí apresentamos que as facetas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito orientam o decisor jurídico aquando do manuseio da balança que é efetivamente utilizada em tal cenário de complexidade jurídico-aplicativa.

Ainda neste terreno, a solução alvitrada foi a preferência à sobredita concordância prática, que a todo o instante deverá ser buscada no tabuleiro de investigação criminal, na inviabilidade desta, aí sim, será preciso o emprego dos critérios e metodologia inerentes à proporcionalidade, donde restará levantado que uma relação de precedência condicionada será hasteada diante da conflituosidade de princípios, uma precedência relativa somente ao caso sob discussão, sem precedências, portanto, absolutas em todo e qualquer quadrante de atuação jurídico-investigativa.

Logo, segundo entendemos e inscrevemos como cavalo de batalha, a conjugação da proporcionalidade em face da conflituosidade de princípios em sede processual penal é técnica interpretativa que atende a uma indesmentível inclinação bidirecional do aparato das investigações, uma técnica, enfim, capaz de embasar e legitimar restrições postas sobre o *nemo tenetur* durante o curso da infiltração policial autorizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio – Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: SOBRENOME, Nome. **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 735-747.

AFONSO DA SILVA, Virgílio – **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AFONSO, Lara Braga – A entrega controlada de produto estupefaciente. **Investigação criminal**. Lisboa. 5 (2013). 62-94.

ALEXANDRINO, José Melo – **Direitos fundamentais: introdução geral**. Estoril: Princípia, 2015.

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**. 217 (1999) 67–79.

ALVES, José Augusto Lindgren – **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

AMARAL, Diogo Freitas do – **Do 11 de Setembro à crise do Iraque**. Lisboa: Bertrand, 2003.

AMBOS, Kai – Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo. 11:41 (2003) 27-50.

ANDRADE, Manuel da Costa – A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Lisboa. 2 (1992) 173-205.

ANDRADE, Manuel da Costa – White-collar crime e justiça penal: uma abordagem criminológica. **Revista jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique**. Porto. 3 (1999) 9-29.

ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa – Escutas telefónicas, conhecimentos fortuitos e Primeiro Ministro. In: DE ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 15-46.

ANDRADE, Manuel da Costa – Constituição e direito penal. In: FUNDAÇÃO LUSO-AMERICANA PARA O DESENVOLVIMENTO, org. **A justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América**. 1ª ed. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998. p. 45–78.

ANDRADE, Manuel da Costa – "**Bruscamente no verão passado**", a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa – Métodos ocultos de investigação: plädoyer para uma teoria geral. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Que futuro para o direito processual penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 525-551.

ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1:especial (1984), 545-622.

ANDRADE, Manuel da Costa – Processo Penal e polícia. Fenomenologia da metamorfose. **Revista de Legislação e Jurisprudência**. 4035 (2022) 334-352.

ANTUNES, Manuel António Ferreira. A criminologia organizada: perspectivas. **Polícia e justiça, Loures**, 3-4 (1992) 53-74.

ARAS, Vladimir – Técnicas especiais de investigação. Coordenador Carla Verissimo de Carli; Andrey Borges de Mendonça *et al.* **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2013. p. 503-582.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor – **Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada**. In: ANDRADE, Manuel da Costa. Org. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.85-128.

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo – Meios de obtenção de prova: requisitos legais e standard de prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 1 (2019) 9-45.

BADARÓ, Gustavo – Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2023.

BALTAZAR Júnior, José Paulo – **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de – **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto – O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316.

BARRETO, Cabral Ireneu – A investigação criminal e os direitos humanos. **Polícia e Justiça, Barro**. 1 (2003) 43-85.

BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel – Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. **Revista Penal**. 6 (2000) 3-14.

BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva – Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no estado democrático de direito. In: SOBRENOME, Nome. **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-194.

BECK, Ulrich – **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELEZA, Teresa Pizarro – Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de coarguido no processo penal português. **Revista do Ministério Público**. Lisboa, 74 (1998) 39-60.

BERNAL-PULIDO, Carlos – **El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNAL-PULIDO, Carlos – **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BICUDO, Tatiana Viggiane – **Por que punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro – Criminalidad organizada y mercados ilegales. **Eguzkilore**. 11 (1997) 213-231.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOLINA, Helena Magalhães – Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência: art. 32, n.2, da CRP. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra. 70 (1994) 433-461.

BRANDÃO, Nuno – Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso. In: COSTA, José de Faria [et al.], org. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. 1ª ed. Coimbra, 2017. p. 239-266.

BRANDÃO, Nuno – Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais/Nuno Brandão. **Julgar**. Lisboa. 38 (2019) 115-134.

BRAVO, Jorge dos Reis – Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade: breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade organizada. **Polícia e justiça, Barro**. 8 (2006) 73-147.

BRAVO, Jorge dos Reis – **Direito penal de entes colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRAZ, José – Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. Coord. **2.º Congresso de investigação criminal/organização da Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária (ASFIC/PJ) e do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDPCC/FDUL)**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 331-347.

BRAZ, José – O Estado de Direito e as novas ameaças criminais. In: AMARO ROSA, António; RAMOS, Armando Dias, coord. **Estudos em homenagem ao Juiz Conselheiro António Henriques Gaspar**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 97–142.

BRAZ, José – **Investigação criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade**. Coimbra: Almedina, 2020.

BUEKENHOUT, Inês – A investigação criminal: desafios presentes e futuros. **Investigação Criminal**. 9 (2015) 10-32.

CAIRES, João Gouveia de – Métodos ocultos na criminalidade económico-financeira: entre a (a)tipicidade e a cumulação. **Julgar**. 38 (2019) 45-84.

CANAS, Vitalino – Crime organizado internacional e subversão das estruturas públicas: questões sobre o enquadramento jurídico-constitucional, internacional e da União e alguns casos de incucesso. **Revista de direito penal**. 3:1 (2005) 43-58.

CANAS, Vitalino – **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos**. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016. Tese de doutorado.

CANOTILHO – José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO – José Joaquim Gomes. Direito constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais. **Revista de legislação e de jurisprudência**. 3822 (1993) 293-295.

CANOTILHO – José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO – José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO – José Joaquim Gomes. Julgar e decidir entre a antecâmara e a racionalidade da decisão. **Revista do CEJ**. 6 (2007), 9-14.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Terrorismo e Direitos Fundamentais. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord. **Criminalidade organizada e criminalidade em massa: interferências e ingerências mútuas**. Coimbra: 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo [et al.], org. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.111-124.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Sobre restringibilidade e restrição de direitos fundamentais: nota sobre questionamentos recentes. Coordenação Pastora do Socorro Teixeira Leal. **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014. p. 901-921.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Jusfundamentalidade e deverosidade protectiva. In: REBELO DE SOUSA, Marcelo; VERA-CRUZ PINTO, Eduardo, coord. **Liber Amicorum Fausto de Quadros**. 1^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 843-853.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo [et al.], org. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. [et al.]. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.111-124.

CASARA, Rubens R. R. – **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CHIAVARIO, Mario – Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: 5 (1994) 25-36.

COSTA, Joana – O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista do Ministério Público**. 128 (2011) 117-183.

COSTA, Nuno Dias – Direito penal do inimigo: inimigo do direito penal? **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. 4 (2008) p.415-445.

CASTELLS, Manuel – **Fim de milênio – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, a2012.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado – **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado – Algumas premissas para um devido processo penal. In: MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, org. **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho**. 2020.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado – Crimes empresariais: necessária mudança de paradigma investigativo e os problemas da responsabilidade penal. **Revista do advogado**. 42:154 (2022) p. 150-162.

CUNHA, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da – **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da – Em torno do princípio da proporcionalidade. **Revista do Ministério Público**. 168 (2021) 95-120.

CUNHA RODRIGUES, José Narciso da – Os senhores do crime – **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. 1(1999) 7-29.

DA SILVA, Eduardo Araujo. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

DAVIN, João – **A Criminalidade Organizada Transnacional: A cooperação judiciária e policial na UE**. Coimbra: Almedina, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille – O direito penal como ética da mundialização. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. 3 (2004) 287-304.

DEL POZO PÉREZ, Marta – El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. **Criterio Jurídico**: 1:6 (2023) 267–310. Disponível em: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1006>.

DIAS, Augusto Silva – De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. *Lusíada. Direito*. 4-5 (2007) 13–28.

DIAS, Augusto Silva – Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado. In: MONTE, Mário Ferreira [et al.], coord. **Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**. Coimbra: Coimbra Editora. p. 687-708.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, 4 (2007) p.547-599.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis – **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DUQUE, Raquel – Singularidades da coexistência da liberdade e da segurança em democracia. In: CORREIA, Eduardo Pereira, coord.; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord. científ. **Liberdade e segurança**. 2015. p. 55-69.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío ZAFRA – **El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos em el proceso penal español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

FARIA, Costa – Um olhar cruzado entre a constituição e o processo penal. In: FUNDAÇÃO LUSO-AMERICANA PARA O DESENVOLVIMENTO, org.; PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, colab. **A justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América**. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998. p. 187-197.

FARIA COSTA, José de – As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. In: MONTEIRO, António Pinto, coord. **As telecomunicações e o direito na sociedade da informação: actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 de abril de 1998**. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999. p. 47-78.

FARIA COSTA, José de – O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal. In: CORREIA, Eduardo [et al.], org. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários** [et al.]. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 301-320.

FARIA COSTA, José de – **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

FARIA COSTA, José de – **A globalização e o tráfico de seres humanos: o pêndulo trágico da história e o direito penal**. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. 32 (2007) p.131-145.

FARIA COSTA, José de – Poder e direito penal: atribuições em torno da liberdade e da segurança. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra. 3942 (2007) p.151-158.

FARIA COSTA, José de – **Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

FARIA COSTA, José de – **Direito penal**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.

FEITOZA, Denilson – **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Direito Processual Penal. Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra**. 1988-9.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1988.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do código de processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. 2 (1998) p. 199–213.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 71 (2008) 11–30.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa – Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas. In: SOBRENOME, Nome. **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11-56.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – O processo penal português: problemas e perspectivas. In: MONTE, Mário Ferreira [et al.], coord. **Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 805-819.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. 3998 (2016) 250–266.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal: também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. 4000 (2016) 3–16.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. **A doutrina geral do crime**. Coimbra: Gestlegal, 2019.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Sobre a natureza e a espécie da "verdade" em processo penal. In: FONSECA, Lígia Dias; FONSECA, Sofia Dupret, org. **Liberdade, sempre!: homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por ocasião dos seus 70 anos**. 1ª ed. Praia: LPC – Livraria Pedro Cardoso, 2020. p. 579-591.

FELDENS, Luciano – **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FELDENS, Luciano – **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FELDENS, Luciano – O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 222-243.

FELDENS, Luciano – **O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance – **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance – O equilíbrio entre eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista brasileira de ciências criminais**. 16: 70 (2008) 229-268.

FERNANDES, Luís Fiães – Criminalidade transnacional organizada: organização, poder e coacção. In: INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA. **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 421-465.

FERRAJOLI, Luigi – O direito como sistema de garantias; [tradução de] Eduardo Maia Costa. **Revista do Ministério Público**. 61 (1995) 29–49.

FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi – Criminalidade e Globalização. **Revista do Ministério Público**. 96 (2003) 7–20.

FERRAJOLI, Luigi – El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. **Revista Nuevo Foro Penal**. 69 (2006) 55–72.

FISCHER, Douglas – **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FISCHER, Douglas – O que é garantismo penal (integral)? In: Bruno Calabrichi, Douglas Fischer, Eduardo Pelella Organ. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2013.

FISCHER, douglas; PEREIRA, Frederico Valdez – Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas. In Daniel Rezende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher, Ronaldo Pinheiro de Queiroz Coord. **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 61-95.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez – **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FRANCO, Alberto Silva – Globalização e criminalidade dos poderosos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. 2 (2000) 183-228.

FRANCO, Alberto Silva – Na expectativa de um novo paradigma. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana, org. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GASPAR, António Henriques – As acções encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo. In: SOBRENOME, Nome. **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.43-53.

GASPAR, António Henriques – Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais: um difícil equilíbrio. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, 2 (2005), p.257-274.

GASPAR, António Henriques – **Justiça: reflexões fora do lugar-comum**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

GASPAR, António Henriques – Justiça e segurança. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa, coord. **Liber amicorum: Manuel Simas Santos**. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. p. 235-250.

GAVIÃO Filho, Anizio Pires – **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José – Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal. In: **Prova Penal – Estado de Direito**. Lisboa: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIDDENS, Anthony – Desvio e criminalidade. **Sub judice. Ideias**. 13 (1998) 9-30.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. **Crime organizado e suas conexões com o poder público: comentários à Lei n. 9.034/95: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Rodrigo Carneiro – **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice – **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul – **Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás – **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madri: Editora Colex, 1990.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – **Crime: medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador**. Coimbra: Almedina, 2015.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente – **Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador: os princípios do processo penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **O terrorismo e o Estado de direito: a questão dos direitos fundamentais**. Loures, 5 (2008) 27-36.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – O Estado Constitucional contemporâneo e o princípio do Estado de Direito. Themis. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**. Coimbra, 20-21 (2011) 7-18.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2016.

GRAU, Eros Roberto – **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães – **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Saraiva; Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini – **Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRECO, Rogério; FREITAS, Paulo – **Organização criminosa: comentários à Lei n.º 12.850/2013**. Niterói: Impetus, 2020.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C. – El agente encubierto y las garantías del proceso penal: agentes encubiertos: los medios de prueba mencionados expresamente en el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000. In: CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS. **La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal**. 2006.

HASSEMER, Winfried – **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried – Segurança pública no estado de direito. **Revista brasileira de ciências criminais**. 5 (1994) 55-69.

HASSEMER, Winfried – Processo penal e direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda, coord. **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15-25.

HOBBSBAWM, Eric – **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Lisboa: Editorial Presença, 2008.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés – Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, eds. Garantismo. **Estudios sobre o pensamento de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM; Editorial Trotta, 2005.

INCHAUSTI, Fernando Gascón – **Infiltración Policial y «agente encubierto»**. Editora Comares, Granada, 2001.

JAKOBS, Günther – **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KHALED JUNIOR, Salah H – **Discurso de ódio e sistema penal**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018.

KARAM, Maria Lucia – A Esquerda Punitiva. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. 1:1 (1996) 79-92.

LARENZ, Karl – **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, André Lamas – Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra 4 (2007) 613-669.

LOPES JR., Aury – **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury – **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, Mariângela Tomé – A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha: possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista brasileira de ciências criminais**. 19:89 (2011) 495-532.

LOPES, José Mouraz – **Corrupção: o labirinto do Minotauro**. Coimbra: Almedina, 2020.

LOUREIRO, Flávia Novera – A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI. In: MONTE, Mário Ferreira, coord. **Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**. Em Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MACHADO, João Baptista – **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 2006.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello – As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo, coord. **Justiça Penal – 6: críticas e sugestões: 10 anos da Constituição e a Justiça Penal**. Em São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 119-135.

MALAN, Diogo Rudge – Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 14:59 (2006) 223-258.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima – O agente infiltrado. **Revista do Ministério Público**. 85 (2001), 105-120.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima – **Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal**. Coimbra: Almedina, 2011.

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

MEIREIS, Manuel Augusto – “Homens de confiança”: será o caminho? In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord. **II Congresso de processo penal / comissão científica**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 81-101.

MENDONÇA, Andrey Borges de – A reforma do Código de Processo Penal sob a ótica do garantismo integral. In: SOBRENOME, Nome. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 179-200.

MENDRONI, Marcelo Batlouni – **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002

MENEZES, Sofia Saraiva de – O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In: FIDALGO, Ana Rita [et al.], coord. **Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 117-136.

MILITÃO, Renato – A progressão do securitarismo. **Revista do Ministério Público**. 141 (2015) 137-155.

MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui – **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge – Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado nem para outro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. 44: 1-2 (2003) 649-661.

Miranda, Jorge – **Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2010.

MOCCIA, Sergio – Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 25 (1999) 58-91.

MOCCIA, Sergio – O controle da criminalidade organizada no estado social de direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 19:92 (2011) 31-57.

MOCCIA, Sergio – Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 25 (1999) 58-91.

MORAES, Maurício Zanoide de – Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé org. **Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: Liber Ars, 2017. p. 145-164.

MOURA, José Souto de – A protecção dos direitos fundamentais no processo penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **I Congresso de processo penal: memórias**. Coimbra: Almedina (2005). p. 33-51.

MOURA, José Souto de – Razoabilidade e proporcionalidade na jurisprudência penal do STJ. In: ANTUNES, Maria João. **Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 721-737.

MUÑOZ CONDE, Francisco – De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; DE SOUZA, Susana Aires org. **A estudos em homenagem ao professor doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009-2010. p. 1013-1039.

MUÑOZ CONDE, Francisco – La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo. **Ciencia jurídica**. 1:1 (2011) 113-142.

MUÑOZ CONDE, Francisco – El derecho penal en tiempos de cólera. In: PAZ, Miguel Ángel Núñez. **Un direito penal comprometido**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 851-883.

MUÑOZ CONDE, Francisco – **Direito penal do inimigo**. Curitiba: Juruá, 2012.

NETO, Theodomiro Dias – O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 19 (1997) 179-204.

NEVES, A. Castanheira – **Sumários de processo criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

NICOLITT, André – **Manual de processo penal**. São Paulo: D'Plácido, 2023.

NOVAIS, Jorge Reis – **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado de direito social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Volume I – dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019.

NUNES, António José Avelãs – Neoliberalismo, capitalismo e democracia. **Boletim de ciências económicas**. 46 (2003) 9-66.

NUNES, António José Avelãs – **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – **O problema da admissibilidade dos métodos "ocultos" de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada**. Coimbra: Gestlegal, 2019.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – O Acórdão Grba c. Croácia e a incompatibilidade do agente provocador com os princípios do estado de direito / Anatomia do Crime. **Revista de Ciências Jurídico-Criminais**. 9 (2019) 181-220.

OLIVEIRA, Eugénio Pacelli de – **Processo penal e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ONETO, Isabel – **O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008. Tese de doutorado.

PACHECO, Rafael – **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2009

PALMA, Maria Fernanda – O problema penal do processo penal. **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 41-53.

PALMA, Maria Fernanda – **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PALMA, Maria Fernanda – A mão visível do direito penal. In: MIRANDA, Jorge Coord. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. p. 39-44.

PALMA, Maria Fernanda – Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal. Anatomia do Crime. **Revista de Ciências Jurídico-Criminais**. 0 (2014) p.11-23.

PINHEIRO, Luís Goes – O branqueamento de capitais e a globalização: facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal / Luís Goes Pinheiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. 4 (2002) 603-648.

PRADO, Geraldo – Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: Alexandre Wunderlich Org. **Escritos de direito e processo penal em**

homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125-137.

PRADO, Geraldo – **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo – O dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares penais. In: PEREIRA, FLÁVIO CARDOSO. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 146.

PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William; GOMES, Abel Fernandes – **Crime organizado: e suas conexões com o poder público: comentários à Lei n. 9.034/95: considerações críticas.** Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

QUEIJO, Maria Elizabeth – **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Cristina – **Interpretação constitucional e poder judicial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMALHO, David Silva – **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital.** Coimbra: Almedina, 2017.

RAMIÃO, Rúben – A teoria dos princípios. **O Direito.** 4 (2014) 971-1035.

RAMIÃO, Rúben – O princípio da proporcionalidade como instrumento de protecção jusfundamental. **O Direito.** 2 (2015) 431-484.

RAMOS, Vânia Costa – *Corpus Juris* 2000: imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare. Parte I. **Revista do Ministério Público.** 108 (2006)125-149.

RAMOS, Vânia Costa – *Corpus Juris* 2000: imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare. Parte II. **Revista do Ministério Público.** 109 (2007) 57-96.

RAMÍREZ JARAMILLO, A.D – **El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación**. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010.

RIZO GÓMEZ Belén – El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado. **Cuadernos de política criminal**. (125) (2018) 5-44.

RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios, velhos rumos. In: CORREIA, Eduardo [et al.], orgs. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 3, p. 159-182.

RODRIGUES, Anabela Miranda – Criminalidade organizada: que política criminal? In: CORREIA, Eduardo [et al.], orgs. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 3, p. 183-198.

RODRIGUES, Anabela Miranda – Globalização, democracia e crime. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord. **II Congresso de processo penal**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 17-57.

RODRIGUES, Anabela Miranda – A incriminação do tráfico de pessoas no contexto da política criminal contemporânea. In ANDRADE, Manuel da Costa [et al.] orgs. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009-2010. v. 3, p. 577-585.

RODRIGUES, Anabela Miranda – A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra 4 (2002) 549-571.

RODRIGUES, Anabela Miranda – Democracia e criminalidade: entre o risco e a confiança. Terra de Lei. **Revista da Associação de Juristas de Pampilhosa da Serra**. 1 (2012) 49-54.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MACHADO, Jónatas – Segurança humana, globalização e desenvolvimento: desafios para o Século XXI. In: PITON, André Paulino [et al.], coords. **Liber amicorum: Manuel Simas Santos**. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. p. 109-160.

RODRIGUES, Anabela Miranda – Tráfico de seres humanos: uma questão da política criminal ou de segurança internacional? In COSTA, José de Faria [et al.] Orgs. **Estudos em homenagem**

ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. 1. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. p. 43-64.

RODRIGUES, Anabela Miranda – **Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance**. Coimbra: Almedina, 2020.

RODRIGUES, Benjamim Silva – A(s) Face(s) Oculta(s) de um Método Oculto de Investigação Criminal: As Escutas Telefónicas (e Outras Formas de "Monitorização" dos Fluxos Informacionais e comunicacionais) (Contributo para a Edificação de um Regime Uniforme e Global de Legitimação e Admissão de Novos Métodos Ocultos de Investigação Criminal no Processo Penal Português). In: RODRIGUES, Benjamim Silva, org. e coord. cient. **As novas fronteiras do direito no dealbar do século XXI: estudos em homenagem aos professores D. RES A. Pires de Carvalho e Manuel Fernandes Costa**. Lisboa: Rei dos Livros, 2012.

ROXIN, Claus – **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus – Autoria mediata através de domínio da organização. **Direito**. 3 (2005) 39-54.

ROXIN, Claus – De la dictadura a la democracia: tendencias de desarrollo en el Derecho penal y procesal penal alemán. **Cuadernos de Política Criminal**. 2ª Época. 100 (2010) 7-28.

SÁ, Liliana da Silva de – O dever de cooperação do contribuinte *versus* o direito à não autoincriminação. **Revista do Ministério Público**. Lisboa: 107 (2006) 121-163.

SAMPAIO, Jorge Silva – **O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias: do conceito material de polícia ao reconhecimento de direitos subjectivos públicos à actuação da polícia**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

SANTOS, Cláudia Cruz – O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. In PODVAL, Roberto Org. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 192-222.

SANTOS, Juarez Cirino dos – O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do Direito Penal desigual. In: BAYER, Diego Augusto Org. **Controvérsias Criminais: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. Jaraguá do Sul: Editora Letras e Conceitos, 2013. P. 371-382.

SANZ MULAS, Nieves – El derecho penal ante los retos del siglo XXI: la urgencia de un derecho penal que haga frente a los nuevos problemas sin olvidar los "viejos" límites. **Cuadernos de Política Criminal**. 2ª Época. 106 (2012) 115-151.

SARDINHA, José Miguel – **O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989

SARLET, Ingo Wolfgang – Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 47 (2004) 60-122.

SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel – **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel – Supremacia do interesse público: as colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In Alexandre Santos Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto Coord. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 97-143.

SILVA, Daniel – Ações encobertas no estado de direito democrático. **Investigação Criminal**. 5 (2013) 34-61.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da – **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Natal: OWL, 2021.

SILVA, Germano Marques da – Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal. **Direito e Justiça, Lisboa**, 8 (1994) 27-34.

SILVA, Germano Marques da – **Ética policial e sociedade democrática**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.

SILVA, Germano Marques da – A criminalidade organizada e a investigação criminal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord. **I Congresso de processo penal: memórias**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 397-414.

SILVA, Germano Marques da – Os novos desafios do processo penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Coord. **II Congresso de processo penal**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 295-309.

SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. II. Lisboa: Verbo, 2011.

SILVA, Germano Marques da – Tendências atuais do processo penal: do código de processo penal de 1929 rumo ao futuro. *Juris. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Angola*. 2:2 (2017) 157-171.

SILVA, Germano Marques da – Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Coord. **Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delict I**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 273-290.

SILVA, Germano Marques da – **Temas de Direito: textos dispersos de direito penal, mas não só**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

SILVA, Jorge Pereira da – **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Sandra Oliveira e – **O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”**. Coimbra: Almedina, 2018.

SILVA, Sandra Oliveira e – Legalidade da prova e provas proibidas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra 4 (2011) 545-591.

SILVA, Sandra Oliveira e – Salas vazias e declarações anónimas: notas sobre a protecção de testemunhas e o processo equitativo no julgamento da criminalidade organizada. *Revista do CEJ, Lisboa*, 16 (2011) 285-332.

SILVA, Sandra Oliveira e – O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto, 10 (2013) 361-382.

SILVA, Sandra Oliveira e – Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros. **Julgar**. 38 (2019) 135-150.

SOUSA, António Francisco de – Actuação policial e princípio da proporcionalidade. **Revista do Ministério Público**. 76 (1998) 41-50.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel – **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

SOUSA, Susana Aires de – Agent provocateur e meios enganosos de prova: algumas reflexões. In: ANDRADE, Manuel da Costa. [et al.] Orgs. **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1207-123.

SOUSA, Susana Aires de – Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira. **Julgar**. 38 (2019) 31-44.

STRECK, Lenio Luiz – Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de protecção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra. 80 (2004) 303-345.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens R. R – **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TORON, Alberto Zacharias – **Crimes hediondos: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

TORRÃO, Fernando – Direito penal, globalização e pós-modernidade: desconstrução do paradigma liberal?. In: DIAS, Augusto Silva [et al.] Orgs. **Multiculturalismo e direito penal: I encontro Nova-Direito**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 59-96.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos – **A Cooperação Judiciária Europeia em matéria penal: O espaço Ibérico em particular**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Dos órgãos de polícia criminal**. Natureza – Intervenção – Cooperação. Coimbra: Almedina, 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Branqueamento (de capitais): da metáfora à legitimidade da incriminação (que tutela jurídico-criminal?)! = Money laundering: from the metaphor to the legitimacy of the incrimination (what kind of legal and criminal protection?). In: SILVA, Germano Marques da [et al.], coords. **Volume comemorativo dos 20 anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 711-754.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano**. Coimbra: Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do mandado de detenção europeu**. Coimbra: Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Concordância Prática da Actuação da Polícia. In Manuel Monteiro Guedes Valente Coord. **Actuação Policial, editado por Guedes Valente, Manuel Monteiro**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009. p. 291-297.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – A Investigação do Crime Organizado. Buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações. **Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009. p. 159-184.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Desafios aos fundamentos do Estado de direito democrático. In: CORREIRA, Eduardo Pereira; DUQUE, Raquel dos Santos Coord. **O poder político e a segurança**. Lisboa: Fonte da Palavra, 2012. p. 106-115.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do Ministério Público e da Polícia: prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior. **Boletim IBCCrim**. 23: 274 (2015) 2-4.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os direitos humanos e o direito penal: uma (re)humanização emergente. In: COSTA, José de Faria [et al.]. **Estudos em homenagem ao**

Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. 1ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. p. 281-301.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O «Progresso ao Retrocesso».** Coimbra: Almedina, 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito penal: fundamentos político-criminais.** Lisboa: 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria geral do direito policial.** Coimbra: Almedina, 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Interrogatório de Arguido privado da sua liberdade sem a assistência de Advogado – **Revista da Ordem dos Advogados** 79 III/IV (2019) 753-762.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Cadeia de custódia da prova.** Coimbra: Almedina, 2019.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Criminalidade Organizada Transnacional: um brevíssimo estudo crítico jurídico-político emergente. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Coord. **Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti I.** Coimbra: Almedina, 2019. p. 11-30.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais. In: MOUTINHO, José Lobo [et al.]. **Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva.** 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. p. 1581-1598.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito processual penal: da sociedade internético-personocêntrica.** Lisboa, 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – O princípio da superioridade ética do estado e os princípios da legalidade e da constitucionalidade na persecução criminal. In: FONSECA, Lúcia Dias; FONSECA Sofia Dupret. Org. **Liberdade, sempre!: homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por ocasião dos seus 70 anos.** 1ª ed. LPC – Livraria Pedro Cardoso, 2020. p. 753-774.

VAZ, Manuel Afonso – **Teoria da Constituição: o que é a Constituição, hoje?** Porto: Universidade Católica Editora, 2015.

VEIGA, Catarina – Garantismo e Constituição. In: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 1057-1070.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **O papel do Estado na sociedade e na socialidade.** In: AMARAL, Maria Lúcia. **Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos.** Coimbra: Almedina, 2016. p. 239-255.

WEDY, Miguel Tedesco – As figuras dos agentes infiltrado e provocador entre a eficiência e as garantias. **Revista Magister: direito penal e processual penal.** 14:82 (2018) 31-51.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo. 20 (1997) 13-23.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. **Direito e Cidadania, Cidade da Praia,** 8 (2000) 71-94.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Nilo Batista; Alejandro Alagia, Alejandro Slokar – **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 243.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **Direito penal humano e poder no século XXI.** Salvador: EDUFBA, 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo – **El derecho dúctil.** Madri: Editorial Trotta, 2009.

ZANELLA, Everton Luiz – **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo.** Curitiba: Juruá, 2016.

ZIEGLER, Jean – **Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia**. Lisboa: Terramar, 1999.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura – Criminalidade organizada, derecho penal y sociedade: apuntes para el análisis. In? NIEVES, Sanz Mulas (Coord.). **El desafio de la criminalidade organizada**. Granada: Comares Editorial, 2006. p. 39-68.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura – La captura del Estado peruano por el narcotráfico: el caso de los ‘Cuello blanco del puerto. **Revista de Estudios en Seguridad Internacional**. 2 (2020) 175-191.