

DA INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: EVOLUÇÃO, ESPÉCIES E CONSEQUÊNCIAS

INFILTRATION OF POLICE IN CRIMINAL ORGANIZATIONS: EVOLUTION, SPECIES AND CONSEQUENCES

Helena Frade Soares*

Resumo: O foco deste artigo incide na limitação constitucional da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas. Sua finalidade é estipular quais os princípios constitucionais podem ser aplicados na atuação desses agentes de forma a limitá-la ante a ausência, no ordenamento jurídico brasileiro, de limites a essa infiltração. Busca-se uma resposta à seguinte questão: uma vez ausente, no ordenamento jurídico brasileiro, limites impostos à atuação dos agentes policiais infiltrados, como deverão ser consideradas e sancionadas as condutas ilícitas por eles praticadas quando da infiltração?

Palavras-Chave: ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. AGENTE INFILTRADO. RESPONSABILIDADE PENAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Abstract: The aim of this article is to discuss constitutional limits on the infiltration of agents from the police in Criminal Organizations. It's main goal is to stipulate which constitutional principles can be applied in the action of these agents aiming at limiting it in face of the absence, in the Brazilian juridical ordainment, of limits for so. The present work tried to offer an answer to the following question: once the lack, in the Brazilian juridical ordainment, of limits to the infiltration of agents from the police, how should be considered and sanctioned the illegal conducts by them practiced once infiltrated?

* Advogada formada pela PUC Minas em 2013. Pesquisadora do CRISP - Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da UFMG.

Keywords: CRIMINAL ORGANIZATIONS. UNDERCOVER AGENT. CRIMINAL RESPONSIBILITY. CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.

1. INTRODUÇÃO

Propõe-se com o presente artigo abordar um tema relativamente novo e de grande relevância jurídico-penal, qual seja a imposição de limites constitucionais na infiltração de agentes policiais em organizações criminosas.

Em 03 de agosto de 2013 foi sancionada a Lei 12.850 que define Organização Criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações correlatas e o procedimento criminal. Referida lei revogou a Lei 9.034/1995 a qual ficou conhecida como “Lei de Combate ao Crime Organizado”. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.034/1995, a figurada do agente infiltrado tornou-se parte em nosso ordenamento. A partir daí, e do surgimento dessa nova modalidade de investigação, nasceram à época, inúmeras divergências e incertezas sobre a sua utilização que perduram até os dias atuais.

Pode-se enfocar a responsabilidade penal do agente infiltrado quando da prática de ilícitos penais durante a infiltração e quais os limites devem ser observados por ele uma vez infiltrado. Com o advento da Lei 12.850/13, algumas das dúvidas foram superadas, como por exemplo, a natureza jurídica dos delitos cometidos pelos agentes infiltrados durante a infiltração.

Porém, ainda se faz necessário tecer alguns comentários sobre o tema, já que a Lei 12.850/13 traz alguns pontos obscuros sobre a infiltração policial. É dessa problemática que surge a importância da presente pesquisa, pois é somente estipulando os limites de tal atuação que será assegurada sua validade e a não impunidade do agente infiltrado que comete ilícitos durante a infiltração.

2. LEI Nº 12.850/2013: NOVA LEI DO CRIME ORGANIZADO

2.1. Equiparação do crime organizado à quadrilha ou bando. Conceituação de Organização Criminosa e suas características

Antes de sancionada a Lei 12.850/2013, a conceituação de Crime Organizado não era pacificada. A Lei nº 9.034/1995 dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Em seu texto original, a referida Lei não conceituou “Crime Organizado” limitando-se apenas a dispor sobre os meios de prova e procedimentos investigatórios voltados para o combate de crimes praticados por quadrilha ou bando. Dessa forma, originariamente, a Lei nº 9.034/1995 equiparou o crime organizado às quadrilhas ou bandos. O crime de quadrilha ou bando se dá quando, no mínimo, quatro pessoas associam-se para o fim de cometer crimes indeterminados, e está disposto no art.288 do Código Penal Brasileiro. Para que tal instituto seja constituído, faz-se necessário que a associação apresente estabilidade ou permanência sendo certo que estas, são seus traços definidores. Dessa forma, pode-se entender que a quadrilha ou bando é a associação estável e permanente de, no mínimo, quatro pessoas com o intuito de praticar um número indeterminado de crimes.

Apesar da opção do legislador à época em equiparar os institutos, para a caracterização da quadrilha ou bando não é necessário que exista uma organização estrutural complexa, como ocorre nas Organizações Criminosas, mas apenas uma associação fática ou rudimentar. Ademais, não se pode afirmar que para a caracterização da organização criminosa, seja necessária a participação de no mínimo quatro indivíduos. Segundo Paulo César Corrêa Borges (2002), uma explicação para tal equiparação deve-se ao fato de que a Organização Criminosa, por ser mais complexa, englobaria de certa forma em seu bojo, o instituto da quadrilha ou bando. Porém, tal equiparação foi descartada com o advento da Lei 12.850/2013.

Questão de grandes controvérsias era a que tratava da conceituação de Organizações Criminosas, visto que não havia consenso a seu respeito. Importante ressaltar que um crime só poderá ser considerado organizado, se praticado em virtude de atividade ilícita de uma mesma natureza. Ou seja, crime organizado é aquele praticado por uma organização criminosa. Com

a nova redação dada pela Lei nº 10.217/2001 ao art. 1º da Lei nº 9.034/1995¹, pode-se concluir que qualquer tipo de associação para a prática de crimes era considerado como uma organização criminosa. No Brasil, resumiam-se a três as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tentaram conceituar organização criminosa. A primeira delas estabelecia um rol de tipos penais e qualificava-os como típicos do crime organizado. A segunda trabalhou com a figura da organização criminosa entendendo que os crimes por elas praticados seriam crimes organizados. E por fim, a terceira corrente tinha como proposta a definição dos elementos essenciais do crime organizado incluindo entre eles a participação em uma organização criminosa.

Para Guaracy Mingardi (MINGARDI, 1998), o crime organizado podia ser dividido em duas espécies: a tradicional e a empresarial. A primeira trata dos crimes praticados por um grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas, com hierarquia própria, valendo-se de intimidação e violência, para impor a lei do silêncio e dominar certo território, além de contar com a proteção de setores do Estado e possuir um sistema de clientelismo. Já a segunda, possui objetivos específicos. Tem como característica marcante o uso de métodos empresariais na atividade delituosa, e possui como principais atividades o jogo, o tráfico, a receptação e a lavagem de dinheiro. O autor aponta também, como característica marcante do modelo de Crime Organizado, o controle territorial exercido por organizações criminosas dando o nome de “Crime Organizado Territorial” àquelas que exercem tal controle. Essa forma de crime organizado possui um nicho ecológico no qual são recrutados seus membros. É mais comum em áreas com população mais pobre e segregada. Outra característica, mais comumente presente nesses nichos é a falta de atuação do Estado, ou seja, a ausência de proteção da população pelo Governo. Dessa forma, cria-se um ressentimento na população dando lugar à “lei do silêncio” de forma que, o “Crime Organizado Territorial” tem a tendência de se tornar um árbitro e a exercer certa pacificação que seria função do Estado ausente. Porém, não se pode afirmar que exista, assim, um “Estado paralelo”.

Segundo Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1995), a conceituação de Organização Criminosa envolve a quadrilha ou bando expressamente citada na antiga Lei 9.034/95, apesar de se tratarem de institutos distintos, as associações criminosas já tipificadas em nosso

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

ordenamento jurídico, assim como aquelas que por ventura vierem a sê-lo e, por fim, todos os ilícitos delas decorrentes. Por não existir, à época, em nosso ordenamento jurídico uma definição de organização criminosa, o autor entendia que o conceito era vago e totalmente aberto. Entendia que pelo fato de o legislador não oferecer uma descrição típica mínima, devia-se concluir que, nesse ponto específico, a lei passou a ser letra morta. Para ele, tratava-se de perda de eficácia que só seria sanada quando o legislador revelasse o conceito de crime organizado e seu verdadeiro significado.

Essa dificuldade na conceituação de organização criminosa começou a ser dirimida em 30 de Maio de 2.003, quando o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 231, ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo na Itália em 15 de Dezembro de 2.000, da qual o Brasil foi signatário. O referido Decreto deu origem ao Decreto 5.015 de 12 de Março de 2.004, sendo que, seu art.2º define “grupo criminoso organizado”². Tal conceito foi adotado pela doutrina brasileira por falta de outro dispositivo normativo para conceituação de organização criminosa. Ocorre que, apesar da utilização do referido conceito pela doutrina, o mesmo não pode ser aplicado ao direito interno uma vez que a convenção estabelece apenas uma obrigação jurídica entre os Estados partes para criar um aparato legislativo que atenda e observe as diretrizes por ela trazidas. Conclui-se portanto, que referido conceito aplica-se somente à Convenção, não sendo prudente sua utilização como forma de preenchimento da lacuna trazida pela antiga Lei de Combate ao Crime Organizado.

Uma vez que a Lei 9.034/95 se apresentava lacunosa quanto ao conceito do instituto “organizações criminosas”, o princípio da legalidade restou ofendido. Assim, necessária fazia-se a criação de uma lei penal que trouxesse um conceito preciso de “organizações criminosas”, de modo a preencher a o vazio deixado pela Lei 9.034/95, cessando-se a ofensa ao princípio da legalidade. Referido impasse começou a ser resolvido com a publicação da Lei 12.694, de 24 de julho de 2.012 que trouxe o conceito de Organização Criminosa. Tal Lei dispunha sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, bem como traz, em seu artigo 2º³ o conceito do

² Artigo.2º - Grupo criminoso organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

³ Artigo.2º - Para os efeitos desta Lei, considera-se Organização Criminosa a associação de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o

instituto. Finalmente, em 02 de agosto de 2013, toda a problemática em torno da conceituação de Organização Criminosa foi superada. A Lei 12.850/13 traz em seu art. 1º, §1º o conceito de Organização Criminosa⁴. Assim, a principal diferença entre o conceito trazido pela Lei 12.694/12 e o conceito da nova Lei de Crime Organizado, está no número mínimo de pessoas integrantes da Organização. Enquanto aquela estipulava o mínimo de três pessoas, esta dispõe ser o mínimo quatro.

Superadas as dificuldades que rodeavam a conceituação de organizações criminosas, pode-se apontar como suas características a hierarquia estrutural, o planejamento empresarial e o objetivo de lucro, entre outras. No tocante à hierarquia estrutural, por se tratar de um instituto complexo envolvendo quatro ou mais pessoas, há que se ter certa estruturação interna, ainda que ínfima, sendo ela hierarquizada. Dessa forma, seus membros possuem deveres previamente estabelecidos o que os levam a ocupar certa posição dentro da organização. Em segundo e terceiro lugar, o planejamento empresarial e o objetivo de lucro, ambos intimamente ligados visto que, a organização criminosa se estrutura como se empresa fosse visando através de atividades precipualemente empresariais, com os ilícitos praticados, e como qualquer empresa, o lucro. Ademais, são também características das organizações criminosas o uso de meios tecnológicos avançados, o recrutamento de pessoas, a conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou o poder político, a oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades. Esses últimos, já expostos acima. Também são características de tais organizações o alto poder de intimidação e a alta capacitação para a fraude, além de conexão local, nacional ou até mesmo, internacional com outras organizações criminosas.

3. AGENTE INFILTRADO E INFILTRAÇÃO

objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

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

Segundo a maior parte dos estudiosos sobre o assunto, em especial Eduardo Araújo da Silva (2009), o instituto da infiltração de agentes policiais tem origem com o período do absolutismo francês, mais precisamente no reinado de Luís XIV quando, para se fortalecer o *Ancien Regime*, o governo criou a figura do *agent provocateur* ou “delatores”. Estes eram cidadãos escolhidos para, no âmbito da sociedade descobrirem quem eram os inimigos do Regime em troca de favores do príncipe.

Conforme Manuel Augusto Alves Meireis (MEIREIS, 1999), tais agentes eram contratados pela polícia de Paris para se infiltrar na sociedade com o intuito de descobrir os inimigos políticos do príncipe. Para tanto, existiam dois tipos de agentes, os que atuavam encobertos, chamados de *observateurs*, e os que eram contratados publicamente chamados de *mouches*, *sous-inspecteurs*, *commis* ou *préposés*. Dentre os cidadãos contratados, haviam presos que, com a infiltração tinham seu tempo de pena diminuído pela cooperação com a polícia, e também cidadãos de níveis altos da sociedade. Em princípio, o “delator” se limitava a observar a conduta das pessoas e levar as informações colhidas às autoridades. Posteriormente, a simples observação tornou-se insuficiente, uma vez que as atividades contra o Regime continuavam. Assim, a atividade da espionagem evoluiu ao que é nos dias de hoje.

Ao contrário do entendimento de Eduardo Araújo da Silva, de que a espionagem evoluiu até o ponto de se tornar uma verdadeira provocação de condutas consideradas ilícitas, a infiltração de agentes hoje, deve ser tratada com a devida cautela por ser um instituto delicado e excepcional, além de relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Isabel Oneto (2005) a conduta dos “delatores” não se limitou à França, tendo sido utilizada em diversos países europeus na mesma época. Na Espanha, foram utilizados em grande número, em especial na época da Inquisição com o intuito de buscar manifestações “hereges” na visão da Igreja Católica. A figura dos “delatores” também se fez presente no Reino Unido como forma de captação de provas e informações sobre criminosos em troca de uma recompensa pecuniária, prática essa que durou até o final do século XIX. O primeiro programa de infiltração de agentes foi implantado na França por Eugène François Vidocq em meados do século XIX. Vê-se, portanto, que apesar de diferentes, a figura do agente infiltrado e a do agente provocador, sendo o primeiro admitido em nosso ordenamento jurídico e a segunda não, ambos os institutos possuem a mesma origem.

Segundo Igor Kozlowski (KOZLOWSKI, 2012, p.13), o agente infiltrado é “ *um agente policial que atua sob o controle do Estado-Juiz, que, ocultando sua qualidade e identidade, procura ganhar a confiança pessoal dos membros da organização criminosa, com o fim de obter provas e informações para instrução de processo criminal*”.

Sérgio Luís Lamas Moreira e Marcus Vinícius Lamas Moreira (MOREIRA;MOREIRA, 2003, p.14-15) conceituam o agente infiltrado como sendo “*um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, desta forma, desmantelá-la*”.

Para Eduardo Araújo Silva:

A infiltração de agentes consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção de prova, pela qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, infiltra-se numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento. (SILVA, 2009, p. 74).

Ao contrário do que ocorre em outros países, no Brasil o agente que irá se infiltrar em uma organização criminosa com o intuito de obter informações relevantes será sempre um agente policial munido de uma autorização judicial. Outros países admitem não só a infiltração realizada pelo agente policial, como também a infiltração realizada por funcionários públicos com funções administrativas e até mesmo de particulares. Conforme os conceitos trazidos acima, o agente infiltrado é um policial que, munido de autorização judicial, devidamente fundamentada, adentra uma organização criminosa sem usar da sua real identidade tornando-se, nos devidos limites, integrante da mesma.

Segundo José Antônio Pinheiro Aranha Filho (FILHO, 2012, p.20), “*a infiltração feita por agente policial conduz a um invariável envolvimento do agente policial com a organização criminosa, de modo que deverá o mesmo agir como se a ela pertencesse*”. Essa infiltração pode-se dar em diferentes níveis dentro de uma organização criminosa, sendo certo que, quanto mais elevado for o mesmo, maior é a credibilidade do agente dentro da organização criminosa e, conseqüentemente, maiores são as chances de obtenção de informações valiosas a respeito daquela organização.

Os principais objetivos da infiltração policial, segundo o próprio ordenamento jurídico, é a investigação e a obtenção de provas contra as organizações criminosas. Basicamente, um agente infiltrado busca identificar o maior número possível de membros da organização criminosa e dos ilícitos por elas praticados para com isso, neutralizá-la e, conseqüentemente, destruí-la. Conforme afirma Rafael Pacheco :

Uma vez infiltrado e frequentando o mesmo ambiente da organização criminosa, os agentes são capazes de presenciar, em primeiro plano, discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso. Essas discussões frequentes relatam crimes consumados ou resultam no planejamento e cometimento de novos crimes. É aqui que se espera estar o agente infiltrado, posto a observar o desenvolvimento dos fatos de forma sempre adequada aos fins da persecução penal provendo abundante informação sobre o esquema e funcionamento da organização. (PACHECO, 2008, p.109).

A grande vantagem da infiltração policial é o contato direto que o agente infiltrado tem com a organização criminosa e seus integrantes. A partir deste contato direto, é possível a obtenção de provas de uma maneira mais ampla e precisa do que qualquer outro meio de investigação. Estando o agente infiltrado dentro de uma organização criminosa, como seu integrante, é possível descobrir como a mesma funciona, como é estruturada e quem a compõe. Tais informações, com esse nível de detalhe, não poderiam ser adquiridas através de uma investigação comum realizada pela Polícia. Segundo Marcelo Batlouni Mendroni :

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, *modus operandi*, nomes – principalmente dos “cabeças” da organização, nomes de “testas-de-ferro”, bens, planos de execução de crimes, agente públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, etc. (MENDRONI, 2007, p.54).

De acordo com as necessidades da investigação, a infiltração policial pode se dar de diferentes formas. Dependendo do grau de envolvimento do agente com a organização

criminosa, a sua infiltração, segundo Isabel Oneto (ONETO, 2005), pode ser da modalidade *light cover* ou *deep cover*. No caso de infiltrações que têm duração de até seis meses e que não exigem um elevado grau de planejamento, experiência e supervisão do agente infiltrado, onde o policial se mantém dentro da sua corporação, mantém sua posição e identidades são consideradas mais leves. Por não exigir a permanência do agente infiltrado nas organizações criminosas, essa modalidade de infiltração tem como objetivo a mera transação ou encontro para a obtenção de informações. Segundo Isabel Oneto, a infiltração denominada de *light cover* pode ser subdividida em seis subespécies

São elas: a *decory operation* (ou *operation leurre*), na qual o agente assume o papel de vítima em potencial, para que outros policiais possam efetuar a prisão no momento em que o infiltrado for atacado pelo investigado; a *pseudo-achat*, na qual o policial apresenta-se como comprador dos produtos ilícitos; a *pseudo-vente*, onde o agente demonstra ser vendedor de tais produtos; o *flash-roll*, em que o infiltrado exhibe quantia de dinheiro a fim de convencer os vendedores da mercadoria ilícita a “fechar negócio”; a *livraison surveillée*, ou entrega vigiada, que consiste em vigiar o transporte, em determinado território, de mercadoria ilícita, retardando-se a interpelação dos investigados a fim de deter os responsáveis por ela e; *livraison controleé*, semelhante à *livraison surveillée*, mas na qual os próprios policiais transportam a mercadoria, responsabilizando-se pela entrega. (ONETO, 2005, p.82-83).

Cumprido salientar que no caso da *livraison surveillée*, onde vigia-se o transporte da mercadoria ilícita, no Brasil não é considerada como modalidade de infiltração policial, mas sim outra modalidade de investigação.

Já as infiltrações denominadas de *deep cover* têm como características, o fato de terem duração superior a seis meses e de exigirem do agente infiltrado sua total inclusão no meio criminoso. É nesta modalidade que o agente atua encoberto por uma identidade falsa e está mais vulnerável podendo sofrer física e psicologicamente. Da mesma forma que o *light cover*, o *deep cover*, segundo Isabel Oneto também pode ser subdividida. Segundo a autora,

(...) pode-se dividir as operações *deep cover*, genericamente, em: *sting operation*, na qual um agente, sob falsa identidade, monta uma empresa ou um estabelecimento comercial, alardeado que compra mercadoria ilícita ou roubada, com o objetivo de atrair para ele os investigados; *honey-pot operation*, em que o infiltrado abre um bar ou outro comércio, com a intenção de o transformar em um centro de encontros da criminalidade organizada; *buy-bust operation* técnica de infiltração na qual o agente, aos poucos, adquire pequenas quantidades de drogas ou outros produtos ilícitos, sem que seu fornecedor seja detido, para assim efetuar sua inserção no meio criminoso e efetua a prisão do investigado apenas no momento em que efetua a compra de uma quantidade maior de produtos ilegais; e finalmente, a *infiltration de réseaux* ou de *groupes*, operação de infiltração mais ou menos longa de caráter genérico, em que o agente se infiltra no meio criminoso para assim recolher informações e provas sobre a preparação de crimes ou sua consumação. (ONETO,2005, p.83-84)

A Lei 12.850/13 em seu art.10,§ 3º dispõe que a infiltração policial será autorizada pelo prazo máximo de 06 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada a sua necessidade. Com a máxima vênua à doutrinadora Isabel Oneto, com o advento da nova legislação sobre o tema, não se pode afirmar que a infiltração que tem como prazo máximo 06 (seis) meses, se encaixaria na modalidade *light cover*. Isto porque, não necessariamente, a infiltração realizada por 06 (seis) meses careceria de um elevado grau de planejamento, bem como deixaria de exigir do infiltrado, experiência e supervisão. Ademais, a infiltração que inicialmente perduraria 06 (meses) pode ser renovada mais de uma vez, comprovada a sua necessidade. Dessa forma, uma infiltração que de início seria considerada como *light cover*, passaria a ser uma infiltração da modalidade *deep cover*. Porém, como dito acima, não há que se presumir que a infiltração renovada, o foi por apresentar as características do *deep cover*. Dessa forma, não há a possibilidade de aplicação da divisão de modalidades apresentadas por Isabel Oneto na infiltração policial, tal qual estipulada pela Lei 12.850/13.

3.1. Agente provocador

Ao contrário do que ocorre com o agente infiltrado, o agente provocador não atua amparado pela legalidade. Ademais, o agente provocador pode ou não ser um agente

infiltrado atuando ou não em uma organização criminosa. O agente provocador é aquele agente policial que provoca uma ação ou omissão de uma ou mais pessoas integrantes de uma organização criminosa, induzindo e interferindo diretamente no ânimo decisivo delas. Assim, agente provocador seria aquele que instiga outrem a praticar um determinado delito com o único fim de, no momento de seu cometimento, realizar a sua captura, ou seja, para que promova a sua prisão em flagrante. Como dito, tal instituto não tem amparo legal, podendo-se tomar como similar ao enunciado da Súmula 145 do STF que trata do flagrante preparado.

Assim, extrai-se que, a ingerência do agente provocador na determinação da conduta do investigado torna o crime impossível, haja vista que este não se consumaria caso não houvesse a intervenção do mesmo. Ocorre que, deve-se ficar atento à tipificação da conduta provocada. Toma-se como exemplo, o delito previsto no art.33 da Lei 11.343/06 que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. O *caput* do referido artigo traz diversas modalidades de condutas que são consideradas como criminosas.

Dessa forma, se o agente provocador instiga a consumação de venda de drogas pelo traficante, este delito se torna impossível, como acima exposto, devido ao preparo. Porém, as outras modalidades, inerentes à consumação da venda, como por exemplo, “ter em depósito, trazer consigo, guardar” não podem ser consideradas também como impossíveis. Isto porque, o preparo recaiu somente sobre a venda e não sobre as outras modalidades previstas no *caput* do referido artigo. Portanto, recai o preparo exclusivamente sobre a venda da droga, mas não sobre o fato de o traficante trazê-la consigo. Assim, a prisão realizada com fundamento na venda é ilegal, pois trata-se de flagrante preparado. Já a prisão com fundamento no “trazer consigo” é legal, uma vez que o preparo não recaiu sobre tal conduta. Esse é o entendimento mais correto tendo sido, inclusive, reconhecido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº277, onde foi Relator o Ministro Costa Lima:

“Como acontece na maioria das vezes, o induzimento policial à venda da droga pelo traficante é feito para deslindar a guarda ou depósito criminoso. De maneira que o estímulo policial provocante é posterior ou concomitante a um crime já consumado ou em fase de consumação permanente. Os comportamentos do traficante, nas hipóteses de guarda, depósito, etc., não são induzidos pelo agente policial. Em consequência, há delito e pode ser lavrado o auto de prisão em flagrante, mas somente em relação à guarda ou depósito da droga, isto é, no tocante às condições

não provocadas pelo simulador”. A jurisprudência segue a mesma solução (STJ, RHC nº9839/SP, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 28/08/2000).

3.2. Policiais que podem atuar como agentes infiltrados

Quando da vigência da Lei 9.034/95, a infiltração poderia ser realizada por agentes de polícia ou de inteligência. Era o que dispunha o art.2º, V. Havia, portanto, um alargamento da incidência deste meio de prova, sem ter o legislador se preocupado em delinear o exercício de tal prova. A crítica a ser feita está relacionada ao agente de inteligência. O que vem a ser este? José Antônio Pinheiro Aranha Filho (FILHO, 2012), citando Alberto Silva Franco condena a equiparação do agente de inteligência ao policial observando que

de duvidosa constitucionalidade a permissão contida na Lei 10.217/01, de atuação de agentes de inteligência como infiltrados, na medida em que a tais agentes não são em regra cometidas função de polícia judiciária e, desse modo, não estão legitimados a coletar provas voltadas a futura utilização em processo penal, única causa legítima capaz de fundamentar as violações à intimidade e outros direitos fundamentais que implica a atividade da infiltração. (FILHO *apud* FRANCO, 2012, p. .39).

Ainda segundo Aranha Filho (2012), a equiparação do agente de inteligência ao policial “Afronta ainda o art.4º do Código de Processo Penal que dispõe em seu “caput”: “a polícia judiciária será exercida pelas **autoridades policiais** no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a **apuração das infrações penais e da sua autoria**”. (BRASIL, 1940). No caso da infiltração de agentes, temos um nítido escopo de apuração de infrações penais, especialmente aquelas realizadas em organizações e associações criminosas, quadrilha, bando, assim como o tráfico ilícito de entorpecentes. Não há como permitir, via de consequência, que agentes de inteligência exercitem tal função, sendo tal previsão inconstitucional. Aliás, a “nova” Lei de Tóxicos expressamente condicionou a infiltração de agentes ao policial (art.33, I) ”.

Os agentes de inteligência, membros da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), não têm como função a coleta de informações e tampouco de provas para o processo penal, haja vista que não têm poder de polícia, vez que seu objetivo é fornecer ao governo informações necessárias para garantir a segurança do Governo, da sociedade e do Estado Brasileiro. A Constituição Federal, em seu art.144 delimita expressamente as atribuições das polícias existentes no Brasil. Assim, há uma limitação constitucional à atuação das Polícias Civil e Federal para a tarefa de investigação e busca de informações sobre os delitos cometidos. Apenas os agentes integrantes dessas instituições poderão ser utilizados em uma infiltração, ressaltando-se que apenas os policiais operantes das polícias repressivas é que poderão atuar como agentes infiltrados, vez que somente eles têm autorização para investigar o cometimento de delitos. Outro não foi o entendimento do legislador, ao redigir o art. 10 da Lei 12.850/13. Desta forma, a nova Lei de Organização Criminosa, é clara ao estipular que somente os agentes de polícia tem a tarefa de investigação sob a modalidade de infiltração.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS

Tratando-se o Direito Penal de uma área que tem como um de seus efeitos a punição de pessoas que praticam condutas consideradas como ilícitas, é cediça a observação de determinados princípios instituídos pela Constituição Federal, de forma que tal punição não ultrapasse os limites por ela impostos respeitando-se, assim, os direitos fundamentais dos investigados e dos investigadores infiltrados.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito para a criação e aplicação de leis deve-se observar os preceitos trazidos pela nossa Carta Magna. Dessa forma, a infiltração de agentes policiais deve, obrigatória e necessariamente, observar os direitos e garantias constantes da Constituição Federal. Ocorre que, por ser a infiltração um meio de investigação

para o colhimento de provas, alguns direitos e garantias muitas vezes são deixados de lado e violados para o cumprimento do almejado objetivo. Assim, mister se faz, a análise das possíveis violações a esses direitos e garantias quando da sua aplicação. Até porque, a Lei 12.850/13 é expressa somente quanto ao princípio da proporcionalidade, em seu art.13. Para Eugênio Pacelli,

“Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como *fundamentais* na ordenação constitucional (art. 5º, 6º e 7º, CF)”.(PACELLI, 2012, p.35).

4.1. Devido Processo Legal

O devido processo legal remonta ao Direito inglês, notoriamente à Carta Magna de 1215, que a rotulou de *lei da terra*. Tinha como objetivo a proteção das terras dos baronatos da época contra os abusos da Coroa inglesa. Mais tarde, os constitucionalistas dos EUA usaram a expressão *due process of Law*, que se irradiou por todo mundo, sendo utilizada até os dias de hoje. Destacando-se na Constituição Federal, o devido processo legal vem, expressamente, previsto no art. 5º, LIV. Assim, nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho:

“O devido processo legal, em sentido formal, compreende a ampla defesa (v.g, publicidade da decisão, citação, produção ampla de provas, o direito ao silêncio), o contraditório e outras garantias enunciadas pela Constituição. Já no sentido material, diz respeito à necessidade de observar o princípio da proporcionalidade, com resguardo da vida, da liberdade e da propriedade”. (CARVALHO, 2011, p.743)

As penas aplicadas pelo Direito Penal, só poderão apresentar efeitos e consequências se observarem todos os componentes do devido processo legal, ou seja, se observarem o meio

adequado para a sua aplicação. O Processo Penal, por sua vez, deve, sob pena de nulidade, observar os preceitos e garantias trazidos pela Constituição Federal.

Dentre os direitos englobados pelo devido processo legal, está o de julgamento baseado em provas obtidas lícitamente e de forma regular. Tratando-se da infiltração de agentes policiais, tal princípio deve ser a primeira preocupação do magistrado e dos agentes quando da autorização para a infiltração. Sendo ela nada mais do que um meio para a obtenção de provas, obrigatório se faz a observância de condutas lícitas que irão servir de base para a investigação. Assim, para que as informações colhidas durante as infiltrações possam ser utilizadas como prova num futuro julgamento, o devido processo legal deve ser observado e respeitado de forma rígida e literal.

4.2. Contraditório e Ampla Defesa

Tradicionalmente, colocava-se o princípio do contraditório como mera garantia de participação no processo como meio de se permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz. A doutrina moderna, com especial referência a Elio Fazzalari, vem tentando modificar tal idéia para nela incluir, também, o princípio da *par conditio* ou paridade de armas, buscando assim, uma efetiva igualdade processual. Dessa forma, o contraditório não só garantiria o direito à informação de qualquer fato ou alegação feitos no processo, como também garantiria a oportunidade de resposta do acusado na mesma intensidade e extensão que a acusação que lhe é feita. Assim, seria o contraditório a garantia de participação em simétrica paridade.

É o princípio mais caro ao Direito Processual Penal, constituindo verdadeiro requisito de validade processual, vez que a sua inobservância pode gerar nulidade absoluta do processo, quando a mesma prejudicar o acusado. Assim como o princípio do devido processo legal, o contraditório vem disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal. Para Kildare Gonçalves (2011), segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, tratando-se o inquérito policial de mera peça informativa, de natureza inquisitorial, sem natureza de processo judicial, nele não cabe o amplo contraditório. Dessa forma, não há que se falar numa completa aplicação de tal princípio à infiltração de agentes policiais, ante o próprio objetivo e essência

de tal prova que exige, do policial e de sua autoridade, a omissão de sua identidade e a maior discrição na realização de suas funções. Mas, não se pode, com isso, afirmar que tal meio de prova, por não se basear no contraditório, o estaria violando.

Ponto importante e que merece destaque é a discussão sobre uma possível lesão ao princípio da ampla defesa por parte do sigilo da investigação através da infiltração. Sendo a infiltração policial um meio de prova excepcional e sigiloso, impensável seria a possibilidade de o advogado da parte investigada ter pleno acesso aos autos do inquérito policial. Neste sentido, pela própria natureza da infiltração, o acesso do advogado da parte investigada ao inquérito, colocaria em xeque toda a investigação.

Ocorre que, segundo o art.12, §2º da Lei 12.580/13, o Contraditório e a Ampla Defesa não são maculados. Segundo referido dispositivo, os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. Ou seja, é garantido ao investigado amplo acesso aos autos para que ele exerça seu direito ao Contraditório e Ampla Defesa, resguardando-se porém, a identidade do agente infiltrado.

4.3. Motivação das Decisões Judiciais

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 93, IX com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que toda decisão judicial deve ser motivada, sob pena de nulidade. Referido princípio pode ser apontado como uma das consequências do devido processo legal. Por meio da motivação, o magistrado demonstrará a forma como entende a lei e sua aplicação, bem como, de forma clara e precisa, a conclusão atingida por ele ante os fatos e informações a ele expostas. Como a Lei 12.850/13, em seu art.10 *caput*, exige que a infiltração policial se dê por autorização judicial devidamente motivada, tal princípio é de extrema importância para o tema em questão e alguns comentários devem ser traçados. Segundo Igor Kozłowski:

No momento da autorização judicial o Juiz deverá demonstrar todos os requisitos que legitimarão a infiltração, fixando o mínimo necessário, isto é, estipulando a função que será exercida e as atividades dela advindas, para a própria segurança do agente que, amparado por uma autorização judicial, terá alguns limites (*a priori*) estabelecidos pelo poder judiciário. Emergem, pois, duas vertentes passíveis de análise, no que diz respeito à natureza jurídica das condutas praticadas pelo agente, a saber: a) condutas que estejam dentro dos limites previamente estabelecidos pelo Juiz de Direito; b) condutas que extrapolem tais limites. (KOZLOWISK, 2012, p.22)

Com a devida vênia ao jurista, não há como se defender a idéia de que o magistrado tem o poder de prever quais atividades o agente infiltrado será compelido a praticar, muito menos estabelecer os limites de tal atuação. A fundamentação da decisão deve ser observada quanto aos objetivos buscados pela infiltração, não sendo possível uma total precisão da sua decisão. Dessa forma, por mais que o magistrado estipule condutas que, a seu ver estejam dentro dos limites legais, não há como tal estipulação ser 100% precisa. Não se sabe quais as condutas serão exigidas do agente quando infiltrado na organização. Por esse motivo, incabível a idéia de que o juiz poderá limitar a atuação desses agentes através de uma decisão completamente fundamentada. Assim, quando a Lei 12.580/13 dispõe que a decisão deverá ser motivada e que ela estabelecerá os limites da infiltração, não há que se interpretá-la de forma literal. É preciso cautela quando da interpretação de tais limites.

4.4. Proporcionalidade

Primeiramente, é importante observar que, na esfera legislativa, referido princípio impõe a verificação da proporcionalidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo legitimidade destes últimos, de forma que somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. No que tange à infiltração de agentes policiais, podem existir situações que exijam deles a prática de determinados crimes, até mesmo pelo fato de estarem encobertos por outra identidade não podendo ser descobertos de forma a preservar sua integridade física. Assim, questão de

grande debate diz respeito a essas condutas delitivas praticadas por eles. Tomando-se cada caso como único, é perfeitamente possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para a apuração dessas condutas “ilícitas” praticadas pelo agente. Este é o entendimento trazido pela Lei 12.850/13 em seu art.13 *caput*.

Para sua aplicação, deve-se observar o conflito entre os princípios que estão em jogo. Tomando-se como exemplo a situação de um agente infiltrado que tem sua vida ameaçada pelos integrantes da organização criminosa caso não pratique determinado crime, deve-se atentar ao tipo de delito exigido do agente e o bem jurídico em perigo. Tratando-se de um delito sem violência ou grave ameaça, não há que se falar em responsabilidade do agente uma vez que seu direito à vida está sendo ameaçado. Por outro lado, tratando-se de delitos que possuem em seu tipo penal a exigência da violência ou grave ameaça, deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade no sentido de se estipular qual direito do agente está em perigo para que a sua responsabilidade seja apurada. Tal questão gera polêmica, pois, apesar de o agente infiltrado ter o dever de agir sobre a égide da lei, haverá situações em que ele terá de descumpri-la para que o seu disfarce não seja prejudicado e sua integridade física não seja ameaçada. Assim, deve-se sempre aplicar o princípio da proporcionalidade para a apuração da sua responsabilidade quando da prática de ilícitos em prol da investigação.

4.5. Princípio da Legalidade

Também conhecido como princípio da reserva legal ou da intervenção legalizada, o princípio da legalidade tem cunho constitucional, sendo expresso no art.5º, XXXIX da CF. Significa que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Além da disposição constitucional, referido princípio vem, também, elencado no art.1º do Código Penal Brasileiro. Entende-se pelo princípio que, nenhuma conduta que não esteja prevista no ordenamento jurídico poderá sofrer sanção que, também não esteja previamente estipulada.

No que tange à infiltração de agentes policiais, é de grande importância a interpretação de referido princípio uma vez que, como dito anteriormente, não há em nosso ordenamento, nenhuma limitação legal à atuação do agente policial infiltrado. A Lei 12.850/13 apenas torna possível a utilização de tal meio de prova sem, no entanto, limitar a atuação desse agente, deixando tal limitação à decisão judicial, que como demonstrado, neste ponto específico será falha. Diante disso, abre-se brecha para a discussão sobre a responsabilidade penal do agente que, uma vez infiltrado, é compelido a praticar determinados crimes pela organização criminosa. Ademais, praticado um delito pelo agente infiltrado, apesar de referido delito ter previsão legal, deve-se levar em conta que a situação na qual ele foi praticado é atípica ante as circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, não se pode aplicar uma lei penal endereçada às pessoas em geral, nas condutas praticadas pelo agente infiltrado vez que ele se encontra em uma situação anormal.

4.6. Princípios da Culpabilidade e da Responsabilidade Penal Subjetiva

O princípio da culpabilidade é o postulado basilar onde não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. Ou seja, a pena deve ser adequada ao grau de culpabilidade do agente que pratica um fato típico, ilícito e culpável.

O agente infiltrado que, compelido a praticar um delito, realiza uma conduta que vai contra o ordenamento jurídico, não pode sofrer uma sanção sem que sua culpabilidade seja apurada no caso concreto. Existem situações em que, mesmo não querendo, esse agente pratica o delito para que seu disfarce não seja prejudicado e, nesses casos, não há como se falar em culpabilidade. Apesar de ter praticado o delito, não se pode, a princípio presumir-se sua culpabilidade. Aqui, também, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para, de acordo com o tipo de delito praticado e o bem jurídico lesado, apurar-se a existência ou não da culpabilidade desse agente. Ademais, segundo Luiz Regis Prado:

Costuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da *responsabilidade penal subjetiva* ou da *imputação subjetiva* como parte de seu

conteúdo material em nível de pressuposto da pena. Nesse último sentido, refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa (não há delito ou pena sem dolo ou culpa – arts. 18 e 19, CP). (PRADO, 2008, p.135)

A regra geral trazida pelo Código Penal Brasileiro é a de que somente os crimes dolosos serão considerados culpáveis, salvo nos delitos em que a modalidade culposa é previamente expressa. Dessa forma, deve-se ter o máximo de cuidado quando da apuração da responsabilidade penal e pessoal do agente infiltrado na prática de delitos no curso da infiltração. Não havendo dolo ou culpa, inicialmente há de se concluir que não há responsabilidade. Ocorre que, ela irá depender do bem jurídico lesado com a conduta. Por exemplo, no caso de o agente infiltrado ser compelido a vender uma pequena quantidade de droga, sua responsabilidade penal e pessoal não será a mesma se, este mesmo agente for compelido a seqüestrar ou matar alguém. Assim, deve-se ter por base, na apuração da culpabilidade e da responsabilidade desse agente, o tipo de delito praticado bem como o bem jurídico tutelado pela norma penal. Não se pode, de imediato, presumir sua culpabilidade e responsabilidade, bem como não se pode de início dispensá-las.

4.7. Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade significa precipuamente que somente a conduta que ingressar na esfera de interesses de outra pessoa deverá ser criminalizada. Não haverá punição enquanto os efeitos permanecerem na esfera de interesses da própria pessoa. Ou seja, o direito penal deverá punir somente a conduta que lesionar ou expor à lesão um bem jurídico penalmente tutelado. Assim, por exemplo, a auto-lesão e a tentativa de suicídio não são condutas puníveis.

No tocante às condutas ilícitas praticadas pelo agente infiltrado vê-se claramente que, a princípio, elas lesionam bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Ocorre que, em determinado momento da infiltração essas condutas são essenciais para sua continuidade. Assim, mais uma vez, deve-se ficar atento ao bem jurídico tutelado, aplicando-se o princípio

da proporcionalidade, para que a conduta praticada pelo agente infiltrado seja devidamente sancionada.

4.8. Valor Probatório

Por fim, concernente ao valor probatório da investigação realizada pelo agente infiltrado, trava-se as seguintes considerações. Segundo Damásio E. de Jesus,

a medida do agente infiltrado constitui uma diligência de natureza instrutória, que tem como finalidade a obtenção de informações para sua utilização como prova em vista de uma sentença condenatória, mostrando-se restritiva a direitos fundamentais, tanto que necessária a autorização judicial. Os direitos fundamentais os quais sofrem restrição a partir da infiltração do agente são: a) direito à autodeterminação informativa, que consiste no direito de saber quem, como e quando se tem informação de si mesmo, ou seja, de se eleger livremente o destinatário da conversa na esfera privada; b) direito à intimidade em sentido amplo e em sentido estrito. (JESUS, 2012, p.81).

Em princípio, segundo a posição doutrinariamente aceita em relação às provas ilícitas, a prova produzida a partir da infiltração policial seria ilícita, porque incide sobre direitos fundamentais. A questão reside em definir os limites da restrição a esses direitos, a fim de evitar o esvaziamento dos mesmos a pretexto da necessidade de se salvaguardar a eficiência na persecução. Dessa forma, ainda segundo Damásio E. de Jesus:

(...) considerando os diversos tipos de comportamento que o agente infiltrado pode ter em uma organização criminosa, é possível concluir que a prova somente poderá ser considerada ilícita nos casos nos quais o agente induz o sujeito provocado a praticar a infração penal, ou seja, quando o seduz enganosamente para o cometimento do delito. A violação de direitos fundamentais nesse caso não constitui restrição legítima como antes afirmado, mas implica, sim, total esvaziamento do seu conteúdo essencial, mostrando-se absolutamente desproporcional e igualmente

intolerável qualquer aceitação. Nos demais casos, a prova provocada é perfeitamente válida, já que não se verifica nenhum comportamento decisivo ou determinante do agente em relação à vontade do integrante ou dos integrantes do grupo criminoso. (JESUS, 2012, p.83).

5. RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO

Esta seção final trará antigas discussões sobre qual seria a natureza jurídica do delito praticado pelo agente infiltrado quando da infiltração. Tais discussões foram superadas com o advento da Lei 12.850/13 que, em seu art.13 *caput* e parágrafo único, dispõe que o agente infiltrado responderá pelos excessos praticados e que, eventual cometimento de ilícito, durante a infiltração, não será punível por inexigibilidade de conduta diversa. Posição esta defendida por esta pesquisa desde a vigência da Lei 9.034/95.

Como exposto anteriormente, será exigido do agente infiltrado o cometimento de algum delito pela organização criminosa. Para que sua infiltração não reste prejudicada, esse agente deverá realizar a conduta que lhe é posta. Ocorre que, grande divergência doutrinária dizia respeito à natureza jurídica dessa conduta ilícita praticada. Conforme José Antônio Pinheiro Aranha Filho (2012), apesar da doutrina divergir a esse respeito,

“Certo é, porém, que se tratará de um fato típico, pois a coação para a prática de tais delitos não tem o condão de retirar a vontade do agente, o qual praticará uma conduta comissiva (como partícipe de um roubo de carga, por exemplo) ou omissiva (permanecendo inerte durante um homicídio, por exemplo). A divergência está se se trataria de excludente de antijuridicidade, excludente de culpabilidade, ou ainda escusa absolutória, como forma de política criminal. ” (FILHO, 2012, p.9).

5.1. Excludente de Ilícitude

A corrente doutrinária que defendia ser a natureza jurídica do delito praticado pelo agente infiltrado quando da infiltração, excludente de ilicitude, entendia que o agente estaria atuando no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Com a devida vênia aos juristas que defendiam tal tese, aquele que age em estrito cumprimento do dever legal cumpre o determinado pela norma, realizando, assim, uma conduta típica. No caso da infiltração policial, como bem explicado durante este artigo, o ordenamento jurídico brasileiro carece de normatização sobre o assunto. Mesmo a infiltração se dando por meio de uma autorização judicial, não há que se falar em estrito cumprimento do legal ante a falta de norma reguladora sobre a infiltração. No que tange ao argumento de que o agente infiltrado estaria atuando no exercício regular do direito, também não seria a afirmação mais correta. Aquele que age no exercício regular do direito exercita uma faculdade de acordo com o direito atuando, portanto, lícitamente e de forma autorizada. Apesar de o agente infiltrado atuar baseado em uma autorização judicial, não há que se falar que todos os delitos por ele praticados têm amparo legal justamente pela lacuna no ordenamento jurídico que não regula de forma clara e precisa os limites dessa atuação.

Ademais, não há como afirmar que o ato criminoso praticado pelo agente infiltrado, ainda que necessário para o sucesso da operação seja uma dessas excludentes de ilicitude. Até porque, a Lei 12.850/13 não permite sequer implicitamente que o agente pratique qualquer delito. Apenas prevê a possibilidade de consumação de eventual delito durante a infiltração, nunca autorizando-o.

5.2. Escusa Absolutória

Segundo esta doutrina, o agente agiria acobertado por escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. A importância da sua atuação estaria diretamente associada à impunidade do delito perseguido. Ora, não parece prudente tais afirmações. A impunidade do agente infiltrado não pode cingir-se somente em uma razão de política criminal. Não é razoável nem lógico a não responsabilização de um agente que, uma vez infiltrado, é compelido a praticar um homicídio, por exemplo. Afirmar que sua impunidade se dá em razão

de política criminal seria o mesmo que afirmar que seu ato criminoso caracterizar-se-ia como um “nada” jurídico, dando amplo espaço à arbitrariedade.

5.3. Atipicidade penal da conduta do agente infiltrado

Para essa corrente, duas são as linhas de raciocínio. A primeira defende que a atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Tal argumento parece prudente uma vez que, apesar de não ter a intenção de praticar o delito, fato é que o agente infiltrado o pratica. Dessa forma, poderá restar caracterizado um dolo eventual uma vez que existe uma conduta ilícita da sua parte.

A segunda linha de raciocínio afirma que a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal. Ora, como bem explicado ao longo deste artigo, deve-se atentar para cada caso concreto. Não há que se afirmar de pronto que a conduta do agente consiste em uma atividade de risco e, portanto, juridicamente lícita. Mais uma vez ressalta-se que, não há em nosso ordenamento jurídico, regulamentação sobre o assunto, portanto, não se pode afirmar que todas as atividades praticadas pelo agente são juridicamente permitidas e muito menos que todas as atividades ou ilícitos praticados por ele geram algum tipo de risco.

5.4. Excludente de Culpabilidade

A presente corrente, defendida por este artigo, defende que o agente infiltrado estaria atuando por lhe ser inexigível uma conduta diversa ante a situação na qual se encontra. Segundo José Antônio Pinheiro Aranha Filho (2012):

“Um dos requisitos para o reconhecimento da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa. Assim, se o agente agiu em condições anormais, imprevisíveis, ficará caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa, excluindo a sua culpabilidade. O nosso Código Penal previu as formas da coação moral irresistível e da obediência hierárquica capazes de excluir a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, nenhuma delas se amolda ao ato criminoso praticado pelo agente infiltrado”. (FILHO, 2012, P.11)

Primeiramente, vale ressaltar que no caso de infiltração de agentes policiais, a coação jamais poderá ser considerada irresistível, visto que a qualidade do agente infiltrado pressupõe treinamento e é voluntária para o exercício de tal tarefa. Por outro lado, também não há que se falar em obediência hierárquica pelo motivo óbvio de que o agente infiltrado não é “subalterno” do criminoso. O é apenas de forma fictícia ante sua situação anormal. Assim, ante à anormalidade de circunstâncias na qual atua o agente infiltrado, mais prudente é a afirmação de que existe a exclusão da sua culpabilidade, não lhe sendo aplicada pena nos casos em que cometer crimes, em razão de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa. É o que dispõe a Lei 12.850/13.

Aplicando-se os princípios constitucionais anteriormente expostos, deve-se fazer um balanceamento entre o grau de ofensividade ao bem jurídico e as circunstâncias exteriores ao caso. É o que ocorre na situação do agente infiltrado que se vê obrigado a cometer crimes. Dessa maneira, sua conduta não seria reprovável, pois seria o único meio de tornar viável dispositivo legal, qual seja, a coleta de indícios e provas. O lógico seria que o legislador tivesse previsto tal modalidade de exclusão de culpabilidade como elemento negativo de injusto, como fez no art.128, I do Código Penal.

6. CONCLUSÃO

A aplicação dos princípios constitucionais na infiltração de agentes policiais em Organizações Criminosas ante a ausência de norma limitadora de sua atuação foi o tema principal deste artigo. Para tanto, fez-se necessário uma breve análise sobre a Lei nº 9.034/1995, a antiga Lei de Combate ao Crime Organizado, com o intuito de situar o leitor a respeito da infiltração policial. Além de referida Lei, foram também analisadas as Leis nº 10.217/2001, que trouxe alterações na Lei de Combate ao Crime Organizado, incluindo em seu rol a figura do agente infiltrado, e da Lei nº 12.694/2012. Por fim, discorreu-se sobre a nova Lei de Organizações Criminosas, a Lei 12.850/13, e as alterações trazidas sobre o instituto da infiltração policial.

Foi realizada uma análise histórica da figura do agente infiltrado como meio de investigação. Viu-se que referido instituto tem origem com o período do absolutismo francês onde, para fortalecer o *Ancien Regime*, o governo criou a figura do *agent provocateur* ou “delatores”. Posteriormente, em meados do século XIX na França, foi implantado o primeiro programa de infiltração de agentes por Eugène François Vidocq. Em referida seção chegou-se ao conceito de agente infiltrado qual seja, um policial que, munido de autorização judicial, devidamente fundamentada, adentra uma organização criminosa sem usar da sua real identidade tornando-se, nos devidos limites, integrante da mesma.

Os principais objetivos da infiltração policial, segundo o próprio ordenamento jurídico, é a investigação e a obtenção de provas contra as organizações criminosas sendo certo que, sua grande vantagem é o contato direto que o agente infiltrado tem com a organização e seus integrantes. Diferenciou-se a figura do agente infiltrado da do agente provocador, sendo esta modalidade ilegal de atuação policial conforme Súmula 145 do STF. E, por fim, explicitou-se que, ao contrário do disposto na revogada Lei 9.034/95 os agentes de inteligência não têm competência constitucional para figurarem como infiltrados, sendo certo que a infiltração policial somente pode ser realizada por agentes da Polícia Civil e Federal. A quarta seção, foco do presente artigo, expôs quais os princípios constitucionais devem ser observados quando de uma possível apuração da responsabilidade penal do agente infiltrado que comete crimes durante a infiltração.

Chegou-se a conclusão de que, quando da referida apuração, deve-se atentar ao devido processo legal, à motivação das decisões judiciais, à proporcionalidade, à reserva

legal, à lesividade, à culpabilidade e à responsabilidade penal subjetiva. Ressalte-se que o princípio do contraditório não tem completa aplicação à infiltração de agentes policiais, ante o próprio objetivo e essência de tal prova que exige, do policial, a omissão de sua identidade e a maior discrição na realização de suas funções. Mas, não se deve com isso, afirmar que tal meio de prova, por não se basear no contraditório, o estaria violando.

Por fim, a parte final deste trabalho tratou de tema com antigas grandes divergências na doutrina brasileira. Buscou-se demonstrar as diversas correntes sobre o assunto onde defende-se tratar de excludente de ilicitude, de escusa absolutória, de atipicidade penal da conduta do agente infiltrado e, por fim, de excludente de culpabilidade. Esta última, a adotada por este artigo e pela Lei 12.850/13.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA FILHO, José Antônio Pinheiro. **Implicações sobre a figura do agente infiltrado**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 17.06.2003. Acesso: 16/03/2012, 18:30.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. 2ªEd. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2004.

BORGES, Paulo Corrêa. **O crime organizado**. 1. Ed. São Paulo, UNESP. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília. 05 de Outubro de 1.988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. 07 de Dezembro de 1940.

BRASIL. Lei nº 9.034 de 03 de Maio de 1995. **Lei de Combate ao Crime Organizado**. Diário Oficial da União. Brasília. 03 de Maio de 1995.

BRASIL. Lei nº 10.217/2001 de 11 de Abril de 2001. **Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9034/95, que dispõe sobre a utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas**. Diário Oficial da União. Brasília. 11 de Abril de 2001.

BRASIL. Lei nº 12.694 de 24 de Julho de 2012. **Dispõe sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.** Diário Oficial da União. Brasília. 24 de Julho de 2012.

BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infiltrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 (Código Penal), revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília. 2 de Agosto de 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** Teoria do Estado e da Constituição/Direito Constitucional Positivo. 17ª Ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; Cervini; Raúl. **Crime Organizado.** Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal. 1 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado.** O que se entende por isso depois da lei nº 10.217/01. Disponível na internet: <http://jus.com.br/revista/texto/2919/crime-organizado-que-se-entende-por-isso-depois-da-lei-no-10-217-01>. Acesso 06/03/2012, 15:13.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **O agente infiltrado na investigação das associações criminosas.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.117, p. 12-13, ago. 2002. Acesso: 16/03/2012, 17:50.

JESUS, Damásio E. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente infiltrado reflexos penais e processuais.** <http://jus.com.br/revista/texto/7360/agente-infiltrado>. Acesso: 18/08/2012, 08:00.

KOZLOWSKI, Igor. **Agente infiltrado:** natureza jurídica das condutas praticadas no âmbito da organização criminosa. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br 1º.11.2007. Acesso 16/03/2012, 18:40.

LUIZI, Luiz. **Princípios Constitucionais Penais.** 1ª Ed. Porto Alegre, Sete Mares Editora. 1991.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal.** Coimbra. Almedina. 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.** São Paulo. Atlas. 2007.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado.** São Paulo. IBCCrim. n5. 1998.

ONETO, Isabel. **O Agente Infiltrado**: Contribuindo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas. Coimbra. Coimbra. 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2012.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado** – Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba. Juruá. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. 8ªEd. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. III. 6ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado** – procedimento probatório. 2ª Ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009.