



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
Faculdade de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

INFILTRAÇÃO POLICIAL:

A responsabilidade penal do agente policial infiltrado em organizações criminosas.

CHRISTIAN JESKE

Rio Grande, 2015

CHRISTIAN JESKE

INFILTRAÇÃO POLICIAL:

A responsabilidade penal do agente policial infiltrado em organizações criminosas.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito, da
Universidade Federal de Rio Grande –
FURG, como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª MSc. Rita de Araujo Neves

Rio Grande, 2015

Dedico este trabalho aos meus pais, Erno Jeske e Ana Maria Hass Kist, que, aos seus modos, sempre permaneceram ao meu lado em momentos difíceis e me proporcionaram a oportunidade de chegar até aqui.

RESUMO

A promulgação da Lei 12.850, de agosto de 2013, traz significativas mudanças legislativas no combate ao crime organizado no Brasil. Entre os principais pontos abordados nessa nova lei, encontra-se o instituto da infiltração policial, tema com grande divergência doutrinária, e que nos leva a discutir assuntos complexos e delicados dentro de nosso ordenamento jurídico.

O presente estudo apresentará uma análise sobre as características do trabalho do policial infiltrado em organizações criminosas, com base na lei 12.850 de agosto de 2013, bem como traçará críticas ao sistema adotado no Brasil para a prática da infiltração, trazendo comparações com outros ordenamentos jurídicos, nos quais a infiltração policial se perpetua no combate ao crime organizado há muito mais tempo do que no Brasil.

Palavras-chaves: Infiltração policial, organizações criminosas, investigação policial.

SUMÁRIO

Introdução.....	06
1. Considerações Iniciais.....	08
1.1. Lei do Crime Organizado.....	12
1.2. Os meios de obtenção de provas.....	13
2. Da infiltração Policial.....	19
2.1. Das garantias ao policial infiltrado.....	24
2.2. Da proporcionalidade no instituto da infiltração.....	29
2.3. Da responsabilidade pelos atos praticados.....	31
3. Do direito comparado: a questão da infiltração policial em outros ordenamentos jurídicos.....	35
3.1. Da instigação ao investigado.....	38
3.2. As garantias ao agente infiltrado em outros países.....	41
Conclusão.....	43
Referências bibliográficas.....	44

Introdução

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo discorrer sobre os temas que envolvem o agente policial infiltrado em organizações criminosas, tendo como foco principal a responsabilidade dos atos praticados pelo mesmo no exercício do instituto da infiltração policial.

Começando pelas origens históricas do crime organizado, este o principal meio a que o referido instituto se dispõe a combater, até a chegada do mesmo ao Brasil, através do presente estudo se busca fazer breves relatos das situações que levaram ao surgimento do crime organizado, e em seu tempo, do principal meio de combate a ele nos tempos contemporâneos, a infiltração de agentes públicos em organizações criminosas.

Sendo um tema delicado e de difícil acesso, em virtude do pouco tempo em que está ativa a infiltração policial em nosso ordenamento jurídico como meio de investigação, foi apresentado como meio de repressão ao crime organizado no sistema penal brasileiro apenas em agosto de 2013, inserido na Lei 12.850, denominada de “Lei do Crime Organizado”.

Compulsados os artigos disponíveis referentes à infiltração policial, é fácil concluir que o dito instituto é da mais difícil utilização dentro do ordenamento jurídico pátrio, pois para um efetivo grau de resultados, deve-se ignorar ou até mesmo “ferir” alguns dos direitos fundamentais dos investigados.

Apresentando diversas lacunas legislativas, o instituto torna-se muito perigoso para o agente policial infiltrado, pois a sua identidade e de seus familiares, é cuidada de maneira muito superficial pelo legislador brasileiro, não apresentando sanções para quem revelar seus dados, ao contrário do que acontece em outros países, como a Argentina, por exemplo, onde o servidor público que por ventura revelar a identidade ou dados pessoais do policial infiltrado poderá sofrer com penas severas, que vão de dois a seis anos de prisão, além de multa que varia de dez a cem mil pesos.

Sobre a responsabilidade penal, a Lei do Crime Organizado, apresenta o princípio da proporcionalidade, que se revela tão falho em dar segurança aos policiais infiltrados quanto as garantias apresentadas para a proteção do agente,

visto que é um termo vago e que deixa o policial infiltrado à mercê de uma análise subjetiva pelo magistrado.

Por fim, o presente trabalho se propõe a fazer uma análise comparativa entre como é tratado o instituto da infiltração policial no Brasil e em outros países que sofrem problemas com o crime organizado, mas que apresentam o instituto da infiltração policial consolidado há mais tempo que em nosso país, como Alemanha, Argentina, Espanha, Estados Unidos da América e Portugal.

1. Considerações Iniciais

Como referências para abordar os fatos históricos que antecederam e caracterizaram o crime organizado, moldando a forma de atuar das atuais organizações, foram utilizados, especialmente, os estudos de Ana Luiza Ferro (2014), Luiz Carlos Rocha (2003), e Eduardo Araujo da Silva (2014).

Assim, a partir das pesquisas dos autores estudados, verificamos que o crime organizado tem suas origens nas sociedades secretas da Idade Média, que agiam geralmente com objetivos políticos, passando pela pirataria praticada no século XVII e XVIII, as Máfias italianas, a *Yakuza* japonesa e as Tríades chinesas. Para o crescimento de suas atividades, essas associações criminosas contavam com o apoio dos agentes públicos corruptos das regiões em que atuavam.

Importante o significado da palavra “crime”, segundo Luiz Carlos Rocha:

No sentido legal, crime é um comportamento humano, ativo ou passivo, proibido pela lei penal. Segundo os autores, o crime envolve aspectos biológicos, sociais e jurídicos, mas só quando a norma penal lhe impõe o seu imperativo, juntando-lhe como consequência a sanção penal, é que se pode dizer que há verdadeiramente crime. (ROCHA, 2003, p. 57).

No Brasil, entre as raízes do crime organizado, encontra-se o cangaço do final do século XIX e início do século XX atuando principalmente nordeste brasileiro, estes possuíam organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes, dedicando-se a saquear vilas e cidades, além de extorquir dinheiro mediante ameaças ou sequestro de pessoas importantes e influentes.

Todavia, o crime organizado teve seu início caracterizado com o “jogo do bicho” no começo do século XX, pois foi após esse momento que surgiram organizações com as principais características do crime organizado, como o forte poder aquisitivo e o apoio de agentes públicos.

As organizações criminosas brasileiras passam a ganhar maior expressão no país com o surgimento do Comando Vermelho (CV), no começo dos anos 70, que tomam o controle do crime no estado do Rio de Janeiro. Com as organizações das milícias, que são formadas por policiais e passam a atuar nas favelas cariocas

com a suposta finalidade de expulsar as facções criminosas que controlavam o tráfico de drogas, e mais recentemente, com o Primeiro Comando da Capital (PCC), fundado em 1993 no estado de São Paulo e que organizou a rebelião simultânea de 29 presídios paulistas em 2001, sendo essa a maior organização criminosa ativa conhecida no Brasil.

Ana Luiza Almeida Ferro define como organização criminosa:

Creemos, então, que a organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção – para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal –, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendências à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa. (FERRO, 2014, p. 28).

Ainda, conceitua Luiz Carlos Rocha que o crime organizado é a delinquência de grupo constituído e desenvolvido com uma estrutura orgânica, por indivíduos que formam entre si estáveis associações para o crime, entregando-se, mediante o auxílio mútuo, a todos os tipos de negócios escusos.(ROCHA, 2003).

Ainda, define o autor sobre a área de atuação do crime organizado:

O crime organizado atua em rede, no plano internacional, nacional, estadual e local, cometendo os crimes chamados do “colarinho branco” e toda espécie de crime comum, nas seguintes áreas: político-partidária, financeira, em concorrências públicas de obras e serviços, edificações sonegação fiscal, falência fraudulenta, falsificação e defraudação de moeda e de papéis, de ações e debêntures de empresas, na contratação de máquinas e aparelhos, contrabando e descaminho, armas e munições, tráfico de mulheres, crianças e de órgãos para transplantes, narcóticos, jogo, prostituição, lavagem de dinheiro, assalto a banco, assalto a carro-forte, sequestro, gangue de rua e extorsão de todo o tipo. (ROCHA, 2003, p. 184).

Tendo em vista esse método organizado de crime, as legislações vieram, ao longo do tempo, se adequando ao novo cenário, tipificando as organizações criminosas já no século XVIII, com o código napoleônico, na figura da “*association de malfaiteurs*”, e assim, inspirando outros códigos a adotarem tal sistema.

Na legislação pátria, antes da Lei 12.850/13, não havia em nosso ordenamento jurídico tipificação penal para o fenômeno do crime organizado, pois, a hoje revogada Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, foi idealizada para preencher a inadequação da legislação nacional sobre o tema do crime organizado e disciplinar a repressão ao fenômeno, mas sofreu com inúmeras críticas porque sequer tipificava o “crime organizado”, conforme nos diz Ana Luiza Almeida Ferro:

A Lei 9.034/95 foi alvo de reiteradas críticas, desde a inadequação e imprecisão de sua terminologia, passando pela ausência de definição de organização criminosa, até o questionamento da inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos, a exemplo do seu art. 3º. (FERRO, 2014, p. 33).

Ainda sobre a Lei 9.034/95, disserta Eduardo Araujo da Silva:

No Brasil, através da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, que dispunha sobre a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, o legislador procurou tutelar o fenômeno do crime organizado. Todavia, além de abandonar a linha inicial do Projeto nº 3.519/89, não seguiu nenhuma das correntes conceituais anteriormente anotadas e tampouco buscou uma posição híbrida. Assim, não partiu de uma noção de organização criminosa, não definiu o crime organizado através de seus elementos essenciais, não arrolou as condutas que constituiriam a criminalidade organizada e nem procurou aglutinar essas orientações para delimitar a matéria. Optou apenas e tão somente, num primeiro momento, por equiparar a organização criminosa às ações resultantes de quadrilha ou bando (art.1º). (SILVA, 2014, p. 20).

Assim, no prisma de solucionar tais lacunas legislativas, surge a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que aparece como um grande aporte do poder legislativo no combate às organizações criminosas no Brasil, revogando a Lei 9.034/95, e admitindo e positivando novos meios de obtenção de provas no ordenamento jurídico pátrio.

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

Nessa toada, a “Lei do Crime Organizado” apresenta o instituto da Infiltração Policial, delimitando a infiltração apenas para as forças policiais, após requerimento do delegado de polícia ou Ministério Público ao Juiz competente, tendo este o prazo de 24 horas para decidir sobre a pertinência da infiltração policial, com base no compromisso internacional firmado na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conforme seu artigo 20:

Art. 20. Técnicas especiais de investigação:

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.
2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.
3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.
4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Sendo a infiltração um instituto extremamente arriscado para o policial, pelas inúmeras circunstâncias as quais esse fica exposto, foram criados pelo legislador diversos mecanismos para se tentar proteger o agente, dispostos ao longo do artigo 12 da referida lei, além de algumas tentativas de inibir a utilização do instituto, sendo expressamente colocado que a sua utilização somente seria permitida depois de cessadas todas as outras tentativas de produção de prova, em *ultima ratio*.

Ainda, faltou ao legislador brasileiro a percepção para regulamentar a atuação do agente infiltrado, deixando esta análise e alguma eventual punição do agente sob a guarda de um critério subjetivo imposto pelo juiz de direito.

1.1. Lei do Crime Organizado

Editada após o Brasil se comprometer perante as Nações Unidas a combater o crime organizado, sendo ratificada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, a Lei do Crime Organizado surge com o intuito de promover a investigação criminal, os meios para a obtenção de prova, às infrações penais que estariam sob o crivo da lei e o procedimento criminal a ser aplicado em cada caso, conforme Ana Luiza Ferro:

A Lei 12.850, de agosto de 2013, representa uma tentativa de evolução na disciplina do complexo fenômeno da criminalidade organizada, buscando acompanhar a tendência internacional no tratamento do tema, até por força da recomendação constante da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, e ratificada em plano interno pelo Decreto nº 5.015, de março de 2004. (SILVA, 2014, p. 01).

Nesse contexto, a Lei 12.850/13 não se limita a definir e tipificar o crime organizado, mas traz meios de investigação e obtenção de provas, como preconiza a mesma autora:

Também dispõe sobre a investigação e os meios de consecução da prova, dedicando especial atenção aos instrumentos da colaboração premiada, da ação controlada, da infiltração de agentes e do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações sobre ilícitos penais correlatos e, finalmente, sobre o procedimento criminal aplicável. (FERRO, 2014, p. 38).

Ainda, a Lei do Crime Organizado em seu artigo 1º, § 1º caracteriza como organização criminosa:

A associação formada por 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 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Assim, podemos decompor a definição em quatro elementos, segundo Ana Luiza Ferro:

A definição pode ser decomposta nos seguintes elementos: a) associação com número mínimo de quatro pessoas; b) organização estrutural, incluindo divisão de tarefas, formal ou informal; c) propósito de obtenção, por via direta ou indireta, de vantagens de qualquer natureza; e d) previsão de instrumentalização do fim visando mediante o cometimento de infrações penais, com penas máximas superiores a quatro anos, ou de cunho transnacional. (FERRO, 2014, p. 40).

Nota-se que diferentemente dos dispositivos revogados pela nova lei, só será considerada como organização criminosa aquela que cometer crimes de alto potencial ofensivo (com penas máximas superiores a quatro anos), como furto qualificado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro e falsificação de documentos, restringindo na prática a eficácia da lei, que se atém ao potencial ofensivo da contravenção e não à nocividade social dessa macrocriminalidade.

De fato, a grande nocividade social desse tipo de macrocriminalidade emana principalmente da organização em si, de suas características como organização, de cuja atuação nascem os mais variados ilícitos penais. Não são estes, destarte, que tornam a organização criminosa o que ela é; é ela, ao contrário, que os torna o que eles são: infrações organizadas, porque perpetradas por membros de uma organização criminosa, agindo em prol desta. (FERRO, 2014, p. 43).

Ainda, em seu art. 2º a Lei 12.850/13 define como pena para “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa” a reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

1.2. Dos meios de obtenção de prova

A evolução da criminalidade individual para a criminalidade especialmente organizada e o caráter multiforme do crime organizado, que de certa forma é imune aos meios convencionais de investigação (observação, interrogatórios, estudos dos vestígios deixados), fizeram com que se desenvolvessem novas técnicas com o objetivo de tornar mais eficiente a investigação e o tratamento penal relacionado a essas organizações, assim preconiza Luiz Carlos Rocha:

O aperfeiçoamento dos conhecimentos, todavia, nos processos de combate ao crime, é sempre uma necessidade imperiosa, em face do aumento da criminalidade, dos crimes violentos, da corrupção associada ao tráfico de drogas, dos crimes chamados do “colarinho branco”, da sonegação e da fraude fiscal e do surgimento de novas formas do crime organizado. (ROCHA, 2003, p. 22).

Podemos caracterizar da investigação, conforme Luiz Carlos Rocha, como um meio da polícia de apurar delitos penais praticados e buscar por sua autoria, sendo uma de suas funções o auxílio, com o fornecimento de provas, ao inquérito policial. (ROCHA, 2003).

Ainda, o referido autor busca diferenciar a “investigação” do “inquérito” policial, referindo-se ao inquérito como uma formalização da investigação, que por sua vez, busca a apuração da materialidade e autoria do crime:

O inquérito policial, por outro lado, é um procedimento administrativo, de natureza inquisitiva, feito pela Polícia de Segurança ou Judiciária, para preparar a ação penal, que será deduzida por meio da acusação feita pelo órgão do Ministério Público ou pelo ofendido. Em uma palavra, o inquérito policial formaliza a investigação que teve por objetivo a apuração da materialidade do crime e de sua autoria. (Rocha, 2003, p. 24).

Não bastasse a complexidade e os inúmeros delitos praticados pelos membros dessas organizações, seus autores também se esforçam para ocultar e dificultar a obtenção das provas, por meio de ameaças e subornos, conforme nos diz Eduardo Araujo da Silva:

Ademais, como já referido, o crime organizado tem como uma de suas características principais o alto poder de intimidação, não poupando aqueles que ousam violar a “lei do silêncio” imposta a todos os integrantes da organização.

O “segredo” é a lei suprema que rege a vida dos “chefes”, “gerentes” ou simplesmente “soldados” dos cartéis. O temor da vingança, portanto, naturalmente dificulta a obtenção da prova oral nas investigações criminais e processos penais que envolvem a criminalidade organizada. (SILVA, 2014, p. 33 e 34)

Ainda, segue o referido autor:

Outrossim, o poder de intimidação imposto por seus membros às testemunhas das atividades da organização, assim como a complexidade das condutas por eles desenvolvidas – que não raras vezes se utilizam de sofisticados meios tecnológicos, dificultando a sua apuração – determinaram a busca de novos métodos de investigação pela polícia, dentre os quais a infiltração de agentes, transplantada dos procedimentos de espionagem e de contraespionagem realizados pelos serviços secretos para o processo penal. A introdução de policiais em organizações criminosas, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito do seu funcionamento e sua estrutura, tem se mostrado um

eficiente instrumento para a apuração da criminalidade organizada. (SILVA, 2014, p. 34).

Em virtude da dificuldade da produção de provas pelos meios convencionais, tais como as perícias, coletas de matérias e pistas diversas deixadas, a lei 12.850/13 traz em seu artigo 3º, novos meios de obtenção de provas, sendo destacados, entre outros, a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, a ação controlada e a infiltração policial:

I – Colaboração premiada: O primeiro item abordado pela Lei do crime organizado como meio de obtenção de prova é a colaboração premiada, subdivide-se em colaboração preventiva, que consiste em o investigado confessar seus crimes às autoridades e evitar que outras infrações venham a se consumir, e na colaboração repressiva, que incide no auxílio à polícia na atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões.

Segundo Eduardo Araujo, a colaboração premiada pode ser utilizada na fase pré-processual, podendo ser implicada a discricionariedade regrada na propositura da ação penal; na fase judicial, sendo a requerimento das partes; e na fase pós-processual, quando da execução da pena. (SILVA, 2014).

Ainda cabe destacar a diferença terminológica entre delação (muito vista nos dias de hoje, com a operação Lava-Jato) e colaboração premiada.

Segundo Ana Luiza, a colaboração processual não se restringiria ao modelo da delação premiada com características marcadamente penais, portanto restrita somente à minoração de pena ou extinção da punibilidade, e o que se daria somente na fase judicial. A colaboração buscaria um acordo entre o Estado e o colaborador, buscando evitar os órgãos jurisdicionais, o que seria uma condição mais vantajosa para a celeridade do procedimento investigatório, bem como garantidora dos interesses do investigado. (FERRO, 2014)

II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos: também conhecida como vigilância eletrônica, o instituto permite, após a pertinente autorização judicial, a instalação de equipamentos de som e imagem em ambientes fechados (casas, escritórios, armazéns e prisões), ou abertos (ruas, praças e ambientes públicos) com a finalidade de gravar as conversas feitas entre os

investigados (sinais acústicos), bem como os sinais utilizados (sinais ópticos), como meio de poder entender melhor o assunto tratado nas conversas, visto que os mesmos utilizam diversos meios para tentar impedir as investigações.

Ainda, poderão os agentes públicos gravar sinais emitidos por aparelhos de comunicação que não se enquadrariam no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática, aumentando assim a eficiência dos meios de obtenção de provas contra as organizações criminosas.

III – ação controlada: a ação controlada, conforme Artigo 8º da Lei 12.850/13, consiste em retardar o momento em que aconteceria a intervenção policial:

Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Segundo Eduardo Araujo da Silva:

A ação controlada consiste numa estratégia de investigação que possibilita aos agentes policiais retardar suas intervenções em relação a infrações em curso, praticadas por organizações criminosas, para acompanhar os atos de seus membros até o momento mais apropriado para a obtenção de provas e efetuar suas prisões. (SILVA, 2014, p. 86).

Mediante a ação controlada, os órgãos públicos podem, em um primeiro momento, evitar efetuar a prisão de pessoas com menos influência dentro de suas organizações criminosas, para assim, possibilitar a obtenção de provas contra outras pessoas mais influentes, que poderiam controlar a organização, ou ainda, contra um maior número de pessoas possíveis dentro da organização criminosa.

Ainda, há de se diferenciar o “flagrante retardado” do “flagrante provocado”.

A primeira modalidade refere-se à possibilidade trazida pela ação controlada, com o agente público adiando o momento em que efetua a prisão em flagrante até um melhor momento escolhido dentro da lógica que for utilizada pela força policial na investigação, objetivando melhores resultados, conforme já relatado acima.

Já na segunda modalidade, no flagrante preparado, ocorre uma provocação ao investigado a praticar do delito. O investigado, ao menos inicialmente, não estaria predisposto a praticar o delito, porém, motivado pelo agente provocador (policial ou não), acaba por desencadear vontade própria para o cometimento do crime. O flagrante preparado, apesar de ser permitido em diversos ordenamentos jurídicos, como o americano, não é aceito no Brasil.

VII – a infiltração, na forma da Seção III da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, consiste na infiltração de policiais, após requerimento do Delegado de Polícia ou Ministério Público e autorização expressa do Juiz de Direito, por meio do engano e no decorrer de uma investigação criminal, em organizações criminosas com o intuito de obter provas sobre os membros dessas organizações, seus meios de obtenção de recursos, seus líderes e seus fins.

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

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

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

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

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

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

Ainda, por ser um instituto relativamente novo, se comparado a outros meios convencionais de combate ao crime já existentes no ordenamento jurídico pátrio, o dispositivo possui diversas lacunas legislativas que impossibilitam a aplicabilidade do referido instituto da infiltração policial com todo o seu potencial investigativo em situações práticas, o que acaba por tornando ineficaz em meio a tanta confusão.

Tendo uma grande eficácia e ao mesmo tempo grande dilema ético envolvendo este meio de obtenção de prova, ele é o foco deste trabalho e será tratado nos capítulos subsequentes.

2. Da infiltração policial

O instituto da infiltração tem origem no período compreendido no absolutismo francês, na figura do “delator”, onde cidadãos comuns tentavam descobrir, através de técnicas como a observação, possíveis inimigos políticos da monarquia dentro da sociedade francesa, em troca de favores concedidos pelas autoridades. Ainda, essa atividade se limitava a perceber e levar ao conhecimento das autoridades os atos praticados, mas, ao passar do tempo e sem a obtenção de resultados satisfatórios, passou-se a exercer a provocação aos suspeitos para a prática de condutas ilícitas. (SILVA, 2014).

Sobre a provocação ressalta Ana Luiza Almeida Ferro:

Analisando alguns aspectos históricos, vale ressaltar, que na antiguidade, não se fazia distinção entre a figura do “*agente provocador*” e do “*agente infiltrado*”. Em opinião de Alves Mereis, os primeiros agentes provocadores (e que portanto não podem ser considerados como os primeiros infiltrados), da história europeia foram contratados por inspetores da polícia parisiense, no final do século XVIII. Assim, a polícia francesa distinguia entre aqueles que trabalhavam de forma encoberta na clandestinidade, e que eram chamados de forma eufemística de “*observateurs*”, e aqueles que eram abertamente contratados, a quem, em linguagem popular, se denominava de “*mouches*”, “*sous-inspecteurs*” ou “*préposes*”. (FERRO, 2014, p. 185).

Vale ressaltar a grande dificuldade do ordenamento jurídico pátrio para separar a figura do “*agente infiltrado*” do “*agente provocador*”, resultando em posicionamentos jurisprudenciais divergentes, conforme colacionado abaixo:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. AÇÃO CONTROLADA. AGENTE INFILTRADO. ESCUTA AMBIENTAL. INVALIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. A ação penal veiculada tem sua prova baseada em autorização para ação controlada e agente infiltrado, com escuta ambiental (captação de sinal óptico e acústico), concedida na fase preliminar/policial/investigatória do processo. Dita modalidade investigatória, no entanto, encontra-se eivada de vícios. Inicialmente, ditas modalidades são incompatíveis entre si, já que se diferem principalmente quanto aos limites da ação policial. Em segundo lugar porque exigem, para sua concessão, indícios suficientes/importantes/indispensáveis sobre a existência de organização criminosa (no caso, associação para o tráfico) em

atividade, e, especialmente, demonstração de que a investigação não poderia se realizar por outros meios – o que não se verificou no caso. A lei não usa de palavras vazias e sem sentido, impondo-se ao intérprete que a aplique nos seus termos e conforme os seus limites. Além disso, de organização criminosa não se tratava para que fosse possível o uso dos instrumentos legais e tecnológicos. Tratava-se, sim, de pessoas pobres, residentes em um beco absolutamente humilde, que sediava precários casebres e um "cracódromo". Por fim, em terceiro, porque embora ambas as medidas tenham sido autorizadas judicialmente, nenhuma foi adequadamente cumprida, **uma vez que o agente adquiriu, diversas vezes, entorpecentes com os suspeitos, atuando como agente provocador, o que acarreta a atipicidade da conduta criminosa.** A invalidade da prova provoca reflexos na integralidade da persecução penal, maculando todas as provas daí produzidas, o que resulta na ausência de provas para a condenação. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. ABSOLVIÇÃO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70058671728, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 06/11/2014). (grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. Cuidando-se o tráfico de drogas de crime grave, tanto que equiparado a hediondo, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade – potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes – está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. Caso em que, eventual discussão quanto à inidoneidade de elemento probatório (imagens de DVD) em razão de sua suposta manipulação por parte da autoridade policial, não apresenta relevo, porquanto o decreto preventivo **não encontra suporte apenas em tal dado informativo, senão que, ainda em diligências investigativas realizadas pelos policiais infiltrados, ocorrendo, inclusive, aquisição de drogas pelos agentes.** Mostra-se inaceitável a extrapolação dos prazos processuais, se decorrente de inércia ou negligência do juízo, o que não ocorre no caso vertente. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70061723953, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 01/10/2014). (grifei).

Eduardo Araujo da Silva traz que a figura do agente infiltrado não deve ser confundida com a do agente provocador, pois, o provocador deliberadamente desencadearia a prática de atos ilícitos pelos membros da organização criminosa, sem dela fazer parte, para em seguida impedir que o ato provocado produza resultados. Ainda, aponta que podem ser identificados como elementos constitutivos do delito provocado: a) a incitação por parte do agente provocador para determinar a vontade delituosa do indivíduo provocado, o que seria o elemento objetivo; b) a vontade de o agente provocador determinar a prática de um crime para possibilitar a punição do seu autor (elemento subjetivo); c) a adoção de medidas de precaução para se evitar que o crime provocado se consuma. (SILVA, 2014).

Ainda complementa Eduardo Araujo da Silva:

A instigação da conduta delituosa representa um atentado contra a dignidade do cidadão, cuja iniciativa não pode ser provocada para fins criminosos. Trata-se de um abuso do Estado que compromete a segurança jurídica, pois seus agentes não podem investir indistintamente contra todo e qualquer cidadão para testar sua eventual inclinação delituosa. À luz da Constituição brasileira, a ilicitude da prova obtida mediante provocação decorre da ofensa à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e da violação à segurança jurídica, resultante da própria definição de Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), que é aquele regido por leis que visam garantir a estabilidade da vida em sociedade. (SILVA, 2014, p. 100).

O agente provocador, não é aceito no ordenamento jurídico do Brasil, pois o mesmo contribui ou induz, mediante uma ação, o investigado a cometer um ato ilícito. Isso ocorre exatamente porque, quando há essa instigação por parte do policial, à vontade do suposto autor do crime não é livre, está viciada. Assim, não havendo vontade livre não pode haver o próprio crime, que deriva de uma conduta típica (esta prejudicada pela falta de vontade do autor), antijurídico e culpável. Assim conceitua Fernando Capez como fato típico:

É a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade. Os seres humanos são entes dotados de razão e vontade. A mente processa uma série de captações sensoriais, transformadas em desejos. O pensamento, entretanto, enquanto permanecer encastelado na consciência, não representa absolutamente nada para o Direito Penal (*pensiero non paga gabella; cogitationis poena Nemo patitur*). Somente quando a vontade se liberta do claustro psíquico que a aprisiona é que a conduta se exterioriza no mundo concreto e perceptível, por meio de um comportamento positivo, a ação (“um fazer”), ou de uma inatividade indevida, a omissão (“um não fazer o que era preciso”). (CAPEZ, 2012, p. 127).

Já Damásio de Jesus apresenta como Teoria da Vontade:

A teoria da vontade foi exposta de forma orgânica na obra de Carrara: “Dolo é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um fato que se conhece contrário à lei”. Para os partidários dessa teoria, o dolo exige os seguintes requisitos:

- a) Quem realiza o fato deve conhecer os atos e sua significação;
- b) O autor deve estar disposto a produzir o resultado.

Assim, para a teoria da vontade, é preciso que o agente tenha a representação do fato (consciência do fato) e a vontade de causar o resultado. (JESUS, 2011, p. 327 e 328).

Contudo, o primeiro caso de agente infiltrado teria ocorrido somente em 1800, ainda na França, onde sob as diretrizes da polícia francesa, Eugène François Vidocq, que possuía um passado voltado para o cometimento de atos ilícitos, foi infiltrado em uma organização criminosa. (FERRO, 2014).

Ana Luiza Almeida Ferro subdivide o conceito de infiltração em quatro partes distintas:

Públicas: *“quando o agente oculta sua condição funcional com o fim de estabelecer laços de confiança com os membros do clã criminoso na busca de informações, como nos casos de agentes infiltrados”;* (FERRO, 2014, p. 188).

Semi-públicas: *“quando os sujeitos ativos, mesmo que não particulares, contam com o apoio do poder público na busca de informações e provas, a exemplo dos informantes”;* (FERRO, 2014, p. 188).

Semi-privadas: *“quando ocorre a atuação de detetives particulares e de jornalistas na busca de informações e provas”;* (FERRO, 2014, p. 188).

Privadas: *“quando sujeitos particulares realizam investigações para a satisfação de seus interesses pessoais, geralmente buscando dados sobre fatos não policiais, como traições amorosas, descobrimento de informações familiares, etc.”.* (FERRO, 2014, p. 189).

Já para Luiz Carlos Rocha, infiltração é:

Infiltração é a ação de introduzir-se audaciosamente em determinado meio para nele, temporariamente, agir, viver ou conviver, trabalhar ou participar de suas atividades, a fim de obter informações. (ROCHA, 2003, p. 45).

E ainda complementa o autor, com os objetivos da infiltração policial:

A infiltração tem os seguintes objetivos:

- a) Obter informações;
- b) Fotografar, filmar;
- c) Constatar a existência de máquinas, armas, instrumentos ou materiais diversos;
- d) Apurar o que está ocorrendo;
- e) Saber que crime está sendo cometido ou planejado;
- f) Verificar se existe contrabando, drogas ou mercadorias desviadas ou furtadas;
- g) Identificar as pessoas envolvidas;
- h) Levantar os contatos;
- i) Anotar os veículos utilizados;
- j) Instalar aparelhos de escuta;
- l) Obter provas;
- m) Determinar o momento certo para se efetuar a prisão em flagrante ou para se proceder à busca e apreensão. (ROCHA, 2003, p. 45).

Com a “Lei do Crime Organizado” surge no Brasil o instituto da Infiltração Policial, delimitando a infiltração apenas para as forças policiais, depois de feito requerimento pelo delegado de polícia ou Ministério Público ao juízo competente.

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

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

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

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

Segue Ana Luiza Almeida Ferro sobre a Infiltração:

Se justifica o recurso a este meio extraordinário de investigação, em razão da ineficácia das técnicas tradicionais de investigação, utilizadas habitualmente no controle da expansão da criminalidade organizada, e ainda, diante da dimensão internacional desses grupos delitivos, da destacada estrutura logística utilizada em suas atividades ilícitas, e por fim, face às dificuldades em se conhecer a fundo a potencialidade lesiva, a estrutura material e o *modus operandi* dessas verdadeiras “*multinacionais do crime*”. (FERRO, 2014, p. 184).

A infiltração policial é um dos meios mais eficazes na produção de provas contra as organizações criminosas, pois mesmo havendo os riscos proporcionados ao agente infiltrado e por se tratar de uma técnica que restringe alguns dos direitos fundamentais dos investigados, possibilita a força policial a interagir com os seus integrantes e líderes, sem inibir os mesmos como um integrante da força policial o faria, conhecendo o seu funcionamento, bem como os meios de obtenção de recursos.

Entretanto, evidentemente, o depoimento policial não é aceito como uma verdade absoluta na jurisprudência brasileira. Isso ocorre, porque no Processo Penal Brasileiro, no tocante às provas, não se adota o sistema de provas tarifadas, ou com valores previamente determinados. Assim, deve se levar em conta o envolvimento do policial com a investigação, podendo haver por parte do agente encoberto uma tentativa de afastar eventuais ilicitudes praticadas no decorrer da investigação. Conforme nos traz Eduardo Silva, se deve levar ao conhecimento do Juiz de Direito outras provas que corroboram com o testemunho do policial infiltrado, para poder lhe dar algum valor probatório.

A valoração dos depoimentos de policiais sempre foi fonte de divergência na jurisprudência, ante o temor de que sua participação nas investigações que conduziram ao processo possa influenciar a imparcialidade de suas palavras. Todavia, assim como não há como se desprezar *a priori* o depoimento do policial que, como qualquer pessoa, pode figurar como

testemunha no processo criminal (art. 202 do Código de Processo Penal), também não há como creditar valor absoluto às suas palavras, as quais devem ser recebidas com cautela, pois inegavelmente sua participação nas diligências pode exercer influência sobre o seu depoimento em juízo. (SILVA, 2014, p. 104).

Na jurisprudência brasileira, é de entendimento majoritário que o depoimento do policial deve ser respaldado por provas que corroborem suas premissas, não sendo aceitável a condenação do acusado pela simples prova testemunhal do agente policial que efetuou a infiltração, conforme decisão exemplificativa colacionada abaixo:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA. DEPOIMENTO DE POLICIAL PARTICIPANTE DA APREENSAO. HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE PARA RESPALDAR CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. NAO CONFIGURAÇÃO. USO RECENTE DE ENTORPECENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENA. OBSERVÂNCIA DA FORMA LEGAL. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. 1) Para a existência do crime de tráfico [Lei nº 11.343/06, art. 33] não é imprescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização da droga; o fato de tê-la em depósito ou guardá-la, além da destinação comercial comprovada por indícios e circunstâncias - quantidade, forma de acondicionamento, incriminação de policial -, mostra-se suficiente para a configuração daquele tipo penal; **2) O depoimento de policial participante da apreensão de drogas, como de ordinário acontece com toda espécie de prova, é válido para sustentar condenação, na medida em que se harmonize com os demais elementos do conjunto probatório;** 3) Demonstrada, de forma clara e precisa, a conduta criminosa do apelante, firmando o convencimento do magistrado de que consciente e voluntariamente praticou o fato que lhe foi imputado na denúncia, não há como se acatar a alegação de insuficiência ou fragilidade de provas para a sua condenação; 4) Não há como se desclassificar o crime de tráfico de drogas para o de consumo próprio quando a análise das circunstâncias fáticas que envolveram a prisão e as condições em que se desenvolveram as ações do réu, conforme com os elementos dos autos, evidenciam a prática do comércio ilegal; 5) O recente uso de entorpecentes pelo réu, por si só, não afasta a incidência do crime de tráfico, vez que, frequentemente, aqueles que se dedicam a essa prática criminosa também são consumidores de drogas; 6) O crime de associação para o tráfico [Lei nº 11.343/06, art. 35] revela-se perfeitamente configurado quando as circunstâncias fáticas registradas nos autos evidenciam a existência de uma sociedade criminosa organizada formada por duas ou mais pessoas para a comercialização contínua de drogas; 7) Não havendo equívocos na sentença, no que toca à fixação da pena e de seu regime prisional, deve a mesma ser confirmada pela instância ad quem; 8) Recursos de apelação improvidos. (grifei).

2.1. Das garantias do agente policial infiltrado

A Lei do Crime Organizado, em seus artigos 12 e 14, trata dos deveres e garantias impostas ao agente policial infiltrado no âmbito da investigação criminal, tratando especialmente das garantias desse agente, como o sigilo de sua

identidade, a recusa de participar da infiltração policial ou a imediata interrupção das atividades desenvolvidas pelo próprio agente quando o mesmo perceber que sofre risco iminente a sua segurança, além de usufruir das medidas de proteção destinadas a testemunhas, regulamentadas pelo artigo 9º da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

O sigilo de informações referentes à identidade do agente infiltrado, tem, em um primeiro momento, por intuito não revelar o plano operacional decorrente da investigação, conforme Ana Luiza Araujo Ferro:

Não se justifica a publicidade acerca dos detalhes da operação de infiltração, o que por certo fulminaria o alcance dos objetivos traçados no mapeamento operacional da investigação. Trata-se, pois, da função utilitarista do sigilo. (FERRO, 2014, p. 210).

Ainda, há de se destacar que um dos fatores primordiais para deferimento pelo Juiz de Direito da Infiltração Policial deve ser a segurança do agente, não devendo o Estado colocar em risco a integridade física do policial, mas sim disponibilizar em sua assistência todos os meios para que o mesmo possa exercer a sua função, minimizando os riscos, como a figura do “protetor do infiltrado”.

Entre em jogo a figura conhecida por “*protetor do infiltrado*”, o qual geralmente consiste em um superior hierárquico do mesmo. Sua atuação consiste na função essencial de acompanhar, de forma muito próxima, as atividades do agente policial, com vista a garantir ao mesmo, que em

situações de extrema gravidade, possa o infiltrado ter acesso a um contato direto e urgente com os responsáveis pela elaboração do plano de infiltração, bem como com a autoridade responsável pela expedição da autorização para o início da operação. (FERRO, 2014, p. 212).

Ana Ferro traz ainda que o “*protetor do infiltrado*” deve exercer função fundamental na hora de escolher os meios de atuação dentro da organização, como forma de proteger a integridade física e a vida do policial dentro de situações de risco decorrentes da infiltração.

Além disso, conforme artigo 12, §3º da lei 12.850/13, havendo risco iminente à integridade física do agente, a operação poderá ser sustada mediante requerimento do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, devendo-se dar apenas ciência ao Ministério Público, no caso de ser sustada a partir de requerimento do delegado de polícia, e à autoridade judicial.

Imagine-se, por exemplo, que o infiltrado após alguns meses convivendo e arraigado junto ao núcleo central da organização, vivenciando de modo particularmente próximo com outros membros do grupo delitivo, passe a desenvolver uma relação afetuosa com uma mulher que faça parte do mesmo. Em assim acontecendo, e temendo que esta relação amorosa possa prejudicar o bom andamento da investigação, o infiltrado relata ao seu “protetor” ou a outra autoridade competente, seu desconforto. Pode nessa hipótese, tanto o membro do Ministério Público quanto o delegado de polícia, determinar seja o infiltrado resgatado daquele ambiente, a fim de que não corra riscos de ter a sua verdadeira identidade descoberta. Estaria, pois, sustada a operação, evitando-se que tal situação *sui generis* pudesse colocar em risco a integridade física e a própria vida do infiltrado. (FERRO, 2014, p. 214).

Como forma de reforçar as garantias estendidas ao agente infiltrado, o legislador trouxe no Artigo 14 as seguintes medidas protetivas:

Art. 14. São direitos do agente:

I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

Podemos destacar do Artigo 14 da Lei 12.850/13: a atuação facultativa do agente no instituto da infiltração, devendo o mesmo optar por participar ou não da investigação como infiltrado, tendo em vista este instituto tratar de uma situação extremamente difícil e com enormes riscos à segurança do agente, torna-se inviável o Estado forçar algum de seus funcionários se expor a tais riscos, mesmo sobre as prerrogativas existente; o poder do agente infiltrado de fazer cessar toda e qualquer situação que possa fornecer riscos a sua segurança, voltada mais para situações

que possam ocorrer dentro da organização criminosa, elementos que possam fornecer temores à vida ou a sua integridade física. (FERRO, 2014).

Eduardo Araujo Silva preconiza sobre os direitos do agente policial infiltrado em organizações criminosas:

O infiltrado terá direito, pois, a recusar ou fazer cessar sua atuação, ante os riscos inerentes a tal função, notadamente quanto à sua vida; às medidas protetivas previstas na Lei nº 9.807/99, inclusive à alteração de sua identidade, quando necessário; a ter sua imagem e suas informações pessoais preservadas, com eventual aplicação analógica no Estado de São Paulo, das disposições constates do Provimento CG 32/200; ter sua identidade e imagem preservadas pelos meios de comunicação, salvo se houver prévia autorização por escrito. (SILVA, 2014, p. 106).

Mais a frente, em seu inciso II, aparece mais uma vez o uso de documentos falsos pelo agente infiltrado, desta vez com o intuito de proteger o agente e seus familiares de possíveis represálias dos membros da organização criminosa objeto da investigação.

II – ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

Conforme se aprofunda no tema sobre a confecção de documentos falsos para o agente infiltrado, começam a surgir lacunas legislativas, como, por exemplo, qual seria a autoridade responsável pela promoção da alteração da identidade do agente e pela confecção desses documentos. Assim, após o Juiz de Direito decidir pela utilização de documentos falsos por parte do agente infiltrado, faltou ao legislador definir o órgão responsável pelo prosseguimento do feito. (FERRO, 2014).

Ainda, segundo Ana Ferro, faltou sensibilidade ao legislador para definir o uso de documentos falsos por parte da família do agente, como cônjuge e filhos, pois, levando-se em conta que essas organizações criminosas movimentam grandes somas de dinheiro, possuem grande influência global e são, na maioria das vezes, extremamente violentas. Assim, se, por ventura, for descoberta a verdadeira identidade do agente infiltrado, a família do mesmo por certo correrá extremo perigo. (FERRO, 2014).

Por fim, nos incisos III e IV do artigo 14, a lei do crime organizado dispõe sobre o sigilo das informações sobre o agente durante a investigação e no âmbito processual.

III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;
IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Tendo em vista que o testemunho do policial infiltrado deve ter elevado grau de importância dentro do processo criminal, pois o agente presenciou pessoalmente várias situações e ninguém mais qualificado que ele para reconstruir os fatos apurados na investigação, é de suma importância que a defesa possa fazer perguntas ao policial.

Nesse sentido ocorre uma divergência doutrinária, onde, por um lado, conforme Ana Luiza Araujo Ferro, se deve respeitar o princípio constitucional do contraditório, não podendo o agente que se infiltrou na organização criminosa ocultar a sua real identidade, devendo a defesa poder fazer contato visual com esse agente no momento em que efetua as perguntas. Assim Ferro aponta como um grande equívoco a proteção da imagem do agente durante a fase processual. (FERRO, 2014).

De outro lado, visando proteger o agente e sua família dessas organizações multinacionais do crime, o legislador achou por razoável a utilização de meios como a “*prova sub-rogada*”, utilizada na Alemanha, e que consistiria na presença de um superior ocupando o lugar do agente que efetuou a infiltração, ou a utilização de meios que impossibilitassem a visualização da real identidade do infiltrado, como máscaras ou outros meios mais sofisticados. (FERRO, 2014).

Da mesma forma encontra posicionamento jurisprudencial no sentido de preservar a imagem do agente acerca da divulgação da sua qualificação através dos meios de comunicação, conforme abaixo colacionado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. Decisão que determinou à agravante abster-se de informar a qualidade de agente infiltrado nas notícias que veiculasse sobre o agravado. Risco de dano irreparável ou de difícil reparação em prejuízo do agravado não

demonstrado. Necessidade de dilação probatória. Decisão reformada. Recurso provido.
 (TJ-SP - AI: 812357220128260000 SP 0081235-72.2012.8.26.0000, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 11/10/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/10/2012)

Aqui, destaca-se para mais uma lacuna legislativa da Lei 12.850/13, onde segundo a autora, faltou ao legislador impor taxativamente como crime a divulgação da identidade do agente, seja por meio de dados ou imagens, de modo a proteger a integridade do agente policial.

Deveria o legislador brasileiro, ter demonstrado uma preocupação concreta com relação a preservação da identidade e de outros dados do infiltrado, a exemplo do que se fez na Argentina, onde a Lei 23.737/89 (art. 31 *sexies*), define como crime punido com prisão de dois a seis anos e mais multa de dez mil a cem mil pesos, o ato do funcionário ou empregado público, que indevidamente revelar a real ou nova identidade de um agente infiltrado ou, ainda a nova identidade ou domicílio de uma testemunha ou acusado protegido.” (FERRO, 2014, p. 231).

Assim, não restam dúvidas que a legislação brasileira ainda é falha no tocante às garantias ao agente policial infiltrado, muito em virtude da ignorância do legislador sobre o tema, mas também em virtude do tempo em exercício do instituto, haja vista que em países de primeiro mundo, como os Estados Unidos da América, e alguns de terceiro mundo, como a Argentina, o instituto da Infiltração policial ocorre há décadas.

2.2. Da proporcionalidade no instituto da infiltração

O Artigo 13 da Lei do Crime Organizado define que o agente infiltrado que não guardar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Ainda, em seu parágrafo único, traz que se o crime for praticado em virtude da investigação policial em andamento e não for exigível conduta adversa, não é punível o ilícito praticado pelo agente.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.
 Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

O princípio da proporcionalidade dá-se início muito antes da atuação do agente infiltrado. Tendo em vista que o instituto da infiltração policial só será aceito em último caso, isto é *ultima ratio*, deve haver uma minuciosa análise crítica sobre os casos em que se deve utilizar tal instituto, não se podendo banalizar algo que viola alguns direitos fundamentais dos investigados, conforme leciona Ana Luiza Araujo Ferro:

Desta Forma, o dispositivo deve ser interpretado de forma a se compreender que não seria adequado recorrer à técnica policial da infiltração policial para obter-se êxito na persecução e investigação de alguns delitos que não apresentem conteúdo econômico e nos quais estejam ausentes a periculosidade, como ocorre, por exemplo, na tentativa de desarticulação de um simples grupo de punquistas que praticam pequenos furtos em um determinado supermercado. (FERRO, 2014, p. 215).

Assim, a investigação policial através da infiltração policial fica restrita somente a organizações com um grande poder delitivo, que possam causar grandes danos à sociedade em si, como nas hipóteses de terrorismo e narcotráfico, caracterizando a infiltração de agentes como um meio extraordinário de investigação policial.

Em se tratando da proporcionalidade dos atos praticados pelo agente, o legislador foi taxativo em dizer que se o agente não agir com proporcionalidade na investigação, deve ele responder pelos excessos praticados. Assim, se o agente praticar algum delito que extrapole o limite da proporcionalidade decorrente da investigação, deve responder por isso.

O infiltrado investiga as atividades delitivas estando entranhado no interior da organização criminosa, e segundo nosso ponto de vista, deverá atuar sem exceder ou violar de forma desnecessária, as garantias constitucionais daquelas pessoas investigadas, utilizando-se de estratégias de investigação como o engano e a dissimulação, para obter dados, informações e provas que venham a comprovar a prática de delitos graves praticados por membros de um determinado grupo de delinquentes organizados. (FERRO, 2014, p. 185).

Ana Luiza Araujo Ferro traz o seguinte exemplo para elucidar a questão:

Vejamos alguns exemplos, o infiltrado, na tentativa de obter informações sobre a venda de drogas por uma organização criminosa, já estando ambientado nesse grupamento delitivo, resolve violentar sexualmente um dos membros deste, a fim de que este lhe conte detalhes sobre o *modus operandi* utilizado na empreitada criminosa. (FERRO, 2014, p. 216).

Assim, o agente infiltrado responderá pelo delito praticado contra o investigado, no caso a violência sexual, pois não há nexos causal entre o crime praticado e a investigação em si. A excludente de ilicitude do parágrafo único também não se aplica ao caso em questão.

Em seu artigo 13, parágrafo único, o legislador propositalmente não mencionou os crimes que não seriam tolerados a prática pelo agente, como forma de não criar um teste de iniciação nas organizações criminosas em foco. Conforme Ana Ferro, essa decisão foi acertada, haja vista a falta de escrúpulos dos membros dessas organizações, que por certo criariam “rituais” com crimes como estuprar ou assassinar alguém para entrar na organização, de modo a identificar o agente infiltrado. (FERRO, 2014).

Assim, não restaram esclarecidos pelo dispositivo citado quais seriam os crimes que não seriam apreciados pela excludente da ilicitude, deixando tal decisão sob um caráter subjetivo do Juiz de Direito.

2.3. Da responsabilidade pelos atos praticados

A responsabilidade penal do agente policial infiltrado é vista como um tema muito delicado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com o princípio da proporcionalidade imposto ao agente, o legislador se preocupou em não dar um “passe livre” ao agente para que o mesmo comete-se qualquer tipo de delito sem ter que responder por eles.

A punibilidade do agente que atua de forma infiltrada é uma das questões mais angustiantes do direito penal contemporâneo, pois para a total integração do agente numa organização criminosa, a hipótese de praticar alguns crimes não pode ser descartada. (SILVA, 2014, p. 97)

Assim, ficou impossibilitado que o agente cometesse delitos que não fossem relacionados à investigação, mas não restou claro pelo legislador até que ponto seria aceitável proteger a investigação em troca de práticas condenáveis.

Como exemplo de tal incógnita podemos usar o agente que é levado por um membro de uma organização terrorista a um galpão para torturar uma pessoa, ele tem a possibilidade de chegar ao objetivo da investigação após realizar a tortura solicitada, onde conheceria todos os planos da organização criminosa. Ele deve cometer tal ilícito, que é considerado hediondo pelo ordenamento jurídico pátrio, ou

deve abdicar da posição de infiltrado, estragando o disfarce e deixando várias pessoas à mercê desta organização terrorista?

Conforme Ana Luiza Almeida Ferro, tal conduta não seria aceitável:

Diante do acima exposto, se conclui que a operação encoberta deve estar encaminhada a descoberta da atividade criminosa, dos delitos praticados e da responsabilidade penal daqueles sujeitos implicados na organização criminosa; e em razão da necessidade, proporcionalidade e sua vinculação aos fins da investigação, o infiltrado estará isento de responsabilidade penal. Entretanto, para se concretizar tal exclusão da culpabilidade ou da ilicitude do agente policial, deverá o mesmo não perpetrar atos de provocação, de delitos e ainda, praticar crimes não graves, que mantenham relação direta com o objeto da investigação levada a cabo através da operação de infiltração. (FERRO, 2014, p. 218 e 219).

Corroborando com essa linha, Eduardo Araujo da Silva:

É necessário identificar um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os princípios orientadores do Estado de Direito, pois se de um lado o Estado deve buscar reprimir com eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que aquelas cometidas pela organização criminosa. Haveria um inevitável contrassenso, pois naturalmente não se afigura razoável conceber que o Estado possa, através de seus agentes, na atividade de persecução criminal, praticar condutas mais gravosas que aquelas apuradas. (SILVA, 2014, p. 97 e 98).

Tendo em vista o citado, só seria aceitável a prática de crimes “menos graves” pelo agente policial infiltrado, não cabendo a esse fazer uma espécie de “juízo de valores” sobre ser aceitável ou não o cometimento de algum crime de maior potencial lesivo, pela continuidade da investigação sobre a organização criminosa.

Contudo, o legislador adotou como causa de exclusão da culpabilidade a inexigibilidade de conduta diversa, acertadamente, pois deste modo possibilita não só a atuação do agente, mas também a responsabilização dos membros da organização criminosa, que não poderiam se aproveitar desta exclusão.

Outra vantagem derivada da aceitação da exclusão da responsabilidade penal do infiltrado, em razão deste estar encoberto pela inexigibilidade de conduta diversa, refere-se ao fato de que ainda que este não responda pelo crime praticado, pela não incidência de culpabilidade, restaria possível a punição daquelas pessoas pertencentes a organização criminosa e que concorreram de qualquer modo para a prática delitiva. (FERRO, 2014, p. 220).

Damásio de Jesus, sobre a culpabilidade, diz que a pena só seria imposta a quem, agindo dolosa ou culposamente, e merecendo juízo de reprovação,

cometesse um fato típico e antijurídico, sendo que a falta de um desses elementos, excluiria a culpabilidade:

Nullum crimen sine culpa. A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade). (JESUS, 2011, p. 53).

Ainda, há de se destacar que deve o agente infiltrado sempre buscar uma conduta que “não delituosa”, sendo somente aceitável tais delitos em caráter excepcional, que exponha a sua integridade física ou o resultado da investigação sobre a organização criminosa.

Ana Ferro ainda traz à tona a responsabilidade civil pelos atos praticados pelo agente policial, que apesar de não ter sido agraciado pela Lei do crime organizado, seria importante criar um fundo para reparar danos causados no decorrer da investigação.

Embora a nova Lei 12.850/13 tenha silenciado a respeito dessa questão, torna-se importante ressaltar a necessidade de que seja instituída pelo Estado, a dotação de recursos financeiros para fazer frente aos gastos previsíveis e consequentes de uma operação de infiltração, a exemplo da contratação de seguros de responsabilidade civil em nome do policial encoberto. (FERRO, 2014, p. 221).

Corroborando com a premissa da responsabilidade civil do agente que prática atos por vontade própria seguem decisão nesse sentido:

REEXAME NECESSÁRIO – Dá-se por interposto, porquanto o valor atribuído à causa excede sessenta salários mínimos (artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil). RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Morte de preso em virtude de tortura praticada pelos agentes policiais - Responsabilidade objetiva do Estado na hipótese de dever de guarda de pessoas - Teoria do risco administrativo - Falha do sistema prisional em garantir a incolumidade daqueles que estão sob sua custódia - Atitude comissiva dos policiais civis que espancaram o detento até a sua morte - Ausência de causas excludentes de responsabilidade. DANOS MORAIS - Dever de indenizar os danos suportados pelos autores, que são esposa e filhos do detento falecido - Confirmação do quantum debeat fixado pelo juízo a quo. DANOS MATERIAIS - Diante das peculiaridades do caso vertente, mormente da atitude inadmissível adotada por servidores públicos, adota-se o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é cabível o pagamento de pensão mensal até a data em que o falecido completaria sessenta e cinco anos de idade - Manutenção da quantia de dois terços de um salário mínimo - Pedido inicial julgado parcialmente

procedente - Ratificação do decism - Reexame necessário e recurso de apelação interposto pela ré não providos.

(Relator(a): Osvaldo de Oliveira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 12/05/2010; Data de registro: 26/05/2010; Outros números: 5906325100).

PELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO ILÍCITO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR. AGRESSÃO. VIOLAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. "QUANTUM". HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. 1. A responsabilidade do Estado decorrente dos atos de seus agentes é objetiva, por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. No caso, enquanto de um lado há prova suficiente da realização da abordagem da Brigada Militar e da agressão cometida por um dos policiais, de outro lado nenhuma prova há sobre a ação dos milicianos ter ocorrido no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do poder-dever de polícia ou em situação de legítima defesa. 3. Afrontada a direitos constitucionalmente garantidos (integridade física e moral do cidadão) passível de ensejar a reparação civil reclamada na ação. 4. Dano moral majorado para R\$ 8.000,00, valor adequado para compensar satisfatoriamente os danos do autor (princípio compensatório - todo o dano deve ser reparado), ao mesmo tempo evitar o enriquecimento sem causa (princípio indenitário - nada mais do que o dano deve ser reparado) e punir o demandado. 5. Pedido de minoração dos honorários sucumbenciais desacolhido, sob pena de se fixar verba aviltante, contrária às diretrizes do art. 20 do CPC. Apelação do réu desprovida e apelação do autor provida. (Apelação Cível Nº 70060617412, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 24/09/2014)

(TJ-RS - AC: 70060617412 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 24/09/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/09/2014)

Ainda, segundo a autora, não seria aceitável que o Estado arque com os prejuízos financeiros praticados pelo agente encoberto no decurso da investigação, como no caso de dano moral por prática abusiva do agente policial infiltrado que não teria relação com a investigação em si e que foram realizados com caráter de índole pessoal ou com objetivos próprios. (FERRO, 2014).

3. Do direito comparado: a questão da infiltração policial em outros ordenamentos jurídicos.

Diferentemente do Brasil, onde o agente infiltrado só poderá ser um policial, em outros países esse agente pode pertencer a diversas forças governamentais de combate ao crime e ao terrorismo, como serviços de inteligência. Na maioria dos países essa questão também é abordada com cuidado, haja vista os direitos e garantias dos cidadãos que são atingidos.

Na Argentina, a Lei só permite o uso do instituto da infiltração policial em operações que já tiveram início, abstendo o seu uso para se iniciar os procedimentos investigatórios. Diferentemente do legislador brasileiro, o argentino resolveu por colocar taxativamente na Lei 24.424, de 27 de dezembro de 1994, os crimes que o agente infiltrado não poderá praticar em hipótese alguma, no caso, colocar em perigo a vida ou a integridade física de uma pessoa ou lhe impor grave sofrimento, seja esse físico, moral ou algum outro, conforme segue:

Ley 24.424 de 07 de diciembre de 1994:

ARTICULO 7º - Incorpórase como articulo 31 ter a la Ley 23.737, el siguiente:

Artículo 31 ter: No será punible El agente encubierto que como consecuencia necesaria Del desarrollo de La actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que este no implique poner en cierto la vida o la integridad física de una persona a la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.¹

Na Espanha, com o objetivo de limitar o poder de decisão do agente infiltrado, foram impostos taxativamente alguns meios que buscam facilitar o controle das atividades dos agentes envolvidos.

¹ Livre tradução pelo autor: Lei 24.424, de 07 de dezembro de 1994:

ARTIGO 7º. - incorporado como artigo 31 da Lei de 23.737, como se segue:

Artigo 31: Não será punido o agente disfarçado que, como uma consequência necessária do desenvolvimento da ação confiada, tenha sido obrigado a cometer um crime, desde que tal não implique colocar em uma vida ou a integridade física de uma pessoa a imposição de uma grave sofrimento físico, moral ou algum outro.

Para limitar o âmbito da ação do policial, a lei espanhola prevê que, para adquirir e transportar objetos e instrumentos do crime, deverá ter prévia autorização judicial. Prevalecem, outrossim, na consideração do tema, duas regras: 1. Como regra geral, o agente policial estará isento de responsabilidade criminal por todas aquelas atuações que houvera realizado como consequência direta e necessária do desenvolvimento de sua investigação; 2. Se houver se excedido, não guardando sua atuação a “devida proporcionalidade” com o fim da investigação ou se houver provocado o delito, poderá ser responsabilizado. (SILVA, 2014, p. 98).

Ainda, quanto à legislação Espanhola que dispõem sobre a infiltração policial, trás o artigo 2º, da Lei orgânica 5/1999 espanhola sobre o agente infiltrado em organizações criminosas:

Artículo segundo

Se añade en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo 282 bis con la siguiente redacción:

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

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

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

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

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

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial

competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.²

Na Alemanha, o instituto da infiltração policial, promulgado em 22 de setembro de 1992, através da Lei “gesetz zur bekämpfung des illegalen rauschgifthandels und anderer erscheinungsformen der organisierten kriminalitat” (lei contra o tráfico ilícito de drogas e outras formas da criminalidade organizada). Assim, a referida lei introduziu no Código de Processo Penal Alemão (Strafprozeßordnung), à prática da infiltração policial em organizações criminosas.

Ainda, na Alemanha, só é permitido o uso do instituto da infiltração policial em crimes de maior potencial lesivo a sociedade, como no campo dos entorpecentes, tráfico de armas, lavagem de dinheiro ou falsificação de documentos. Ainda, nos casos de urgências, o policial alemão poderá iniciar a operação de infiltração sem a autorização do Juiz ou membro do Ministério Público competente, sendo somente requerido que o mesmo consiga essa autorização no prazo de 03 (três) dias.

² Livre tradução pelo autor:

Artigo Segundo

Ele é adicionado no Título III do Livro II do artigo 282 Lei de Processo Penal bis com a seguinte redação:

1. Para efeitos do artigo anterior e no caso de investigações envolvendo atividades da criminalidade organizada próprios, o Juiz de Instrução competente ou o Ministério Público para informar rapidamente o juiz poderá autorizar agentes da Polícia Judiciária, por fim fundou e dada a sua necessidade para fins de investigação, de agir sob identidade falsa e para adquirir e objetos de transporte, efeitos e instrumentos de crime e adiar a apreensão dos mesmos. A alegada identidade será concedido pelo Ministério do Interior por um período de seis meses, renovável por iguais períodos, sendo legalmente autorizada a agir em tudo relacionado com a investigação específica e participar no tráfego jurídico e social em que a identidade.

A resolução pela qual ele vai se lembrar do verdadeiro nome do agente e da suposta identidade que irá atuar no caso.

A resolução será reservado e mantido fora com medidas de segurança adequadas.

As informações obtidas pelo agente secreto deve ser feita o mais rapidamente possível consciente de quem autorizou a investigação. Além disso, essas informações devem ser fornecidas para o processo em sua totalidade e conscientemente avaliada pelo tribunal competente.

2. Os funcionários da Polícia Judiciária que atuaram em uma investigação com identidade falsa, nos termos do disposto no nº 1 poderá manter esta identidade ao depor no processo que possa surgir a partir dos fatos que participaram e que isso Fica acordado pelo tribunal fundamentado, sendo também aplicável o disposto na Lei Orgânica 19/1994, de 23 de dezembro.

Nenhum funcionário da Polícia Judiciária pode ser forçado a agir como um agente secreto.

3. Quando ações de investigação possa afetar os direitos fundamentais, o agente secreto é aplicável às autorizações judiciais competentes nesta matéria estabelecidos pela Constituição e pela lei, e atender às demais disposições legais aplicáveis.

Nos Estados Unidos da América, são impostos limites ao agente infiltrado, com uma vasta série de restrições impostas pelo Estado a fim de manter o agente sobre controle. Assim o mesmo não poderá perceber vantagens pessoais do ilícito que cometer decorrente da investigação. Ainda, o mesmo não deverá violar direitos constitucionais, oferecer ou receber favores sexuais no exercício de suas funções ou provocar o cometimento de crimes pelo investigado; intimidar ou ameaçar o investigado; usar documentos falsos, permitir que um confidente participe de um delito, utilizar equipamentos eletrônicos de vigilância, utilizar fundos do governo, investigar líderes religiosos ou políticos, diplomatas altos cargos do governo, empresários e artistas sem prévia autorização judicial. (SILVA, 2014).

Ainda, a de se destacar, que nos Estados Unidos da América, a infiltração pode ser realizada por agentes particulares, pelos informantes, sob a justificativa de que seria mais fácil para os informantes, que normalmente tem raízes no crime organizado, se infiltrar nas organizações sem serem descobertos.

3.1. Da instigação ao investigado

Nos Estados Unidos da América, mesmo após décadas em funcionamento do instituto da infiltração, ocorrem diversas dúvidas quanto à intromissão por parte do Estado e o comportamento dos agentes infiltrados americanos na tentativa de provar a prática de delitos por parte de seus investigados.

Should anything trouble us about these fairly routine undercover operations? Commentators have pointed to a number of potentially disturbing features. Were the government's methods unduly intrusive? Did the undercover agents use undue pressure or incentives to encourage the offense? Such pressures or incentives could support a defense of entrapment. Critics might condemn the sting operation against Smith as a form of "sentencing entrapment" in which the police selected the drug type and quantity in order to trigger a higher penalty. The use of "other acts" evidence at trial is also controversial. And many commentators protest the use of a preponderance standard to prove uncharged offenses at sentencing. (JACQUELINE, 2004, p. 1112).³

³ Livre tradução pelo autor: Há algum problema sobre estas operações encobertas rotineiras? Os críticos têm apontado uma série de características potencialmente perturbadoras. Foram os métodos do governo indevidamente intrusivo? Será que os agentes secretos usam a pressão ou incentivos indevidos para incentivar o delito? Essas pressões ou incentivos poderiam dar suporte a defesa do

Ainda, surgiu nos Estados Unidos outro problema decorrente da instigação do investigado. Os tribunais estadunidenses estão condenando os acusados pelos crimes que são provocados a cometer pelo agente infiltrado, e não pelos crimes que originaram a investigação em torno do sujeito. Como exemplo, podemos usar um recluso que é investigado por comandar o tráfico de drogas de uma determinada cidade. A investigação, após algum tempo realizando métodos tradicionais de investigação, opta por usar o agente infiltrado para obter provas contra o investigado, assim, o agente encomenda uma quantidade de drogas do investigado, que usa a gíria “baú” para se referir as drogas. Após conferir os dados obtidos na investigação, nota-se que o investigado, fazendo uso desta gíria, comercializou enorme quantidade de drogas. Apesar disso, os tribunais nos Estados Unidos da América só estão conseguindo condenar o investigado pela venda efetuada ao agente encoberto, visto a falta de provas referentes às outras vendas realizadas pelo delinquente.

Without rejecting these criticisms, I want to call attention to a problem typically overlooked. In each scenario, the government used undercover methods to investigate suspicions about the target's it facilitated – what I will term a “contrived offense” - to convict the target of the suspected crimes. (I will call the wrongdoing that originally attracted police interest the “independent crime,” since this conduct occurred prior to and independent of governments intervention.) Instead of prosecuting the independent crime, the government convicted the target of the contrived offense. Prosecuting this contrived offense became a substitute for proving the independent crime that originally motivated police infiltration. In addition, once the government convicted the target of a contrived offense, it increased punishment by introducing at sentencing the uncharged crimes that initially provoked it's investigation. In this fashion, the government successfully bypassed any need to persuade a jury of those independent crimes by proof beyond a reasonable doubt.” (JACQUELINE, 2004, p. 1113).⁴

aprisionamento. Os críticos condenam a operação policial forçada contra Smith como uma forma de "armadilha da condenação" em que a polícia selecionou o tipo e quantidade de drogas, a fim de desencadear uma sanção mais elevada. O uso de "outros atos" evidencia um julgamento controverso. Muitos críticos protestam contra o uso preponderante das provas plantadas nas sentenças.

⁴ Livre tradução pelo autor: Sem rejeitar estas críticas, quero chamar a atenção para um problema geralmente negligenciado. Em determinado cenário, o governo usou métodos encobertos para investigar suspeitas sobre ele do alvo mais facilmente - o que vou chamar de um "crime inventado" - para condenar o alvo dos crimes suspeitos. (Vou chamar a transgressão que atraiu interesse originalmente de "crime independente", uma vez que a conduta ocorreu antes e independente da intervenção do Estado.) Em vez de perseguir o crime independente, o governo tem condenado o alvo da operação pelo crime inventado. Processar o delito artificial tornou-se um substituto para o crime independente que originalmente motivou que motivou a infiltração policial. Além disso, o governo tem condenado o alvo da investigação por um crime planejado, aumentou a punição através da introdução na sentença dos crimes provocados, inicialmente, pela investigação. Desta forma, o governo contornado com sucesso qualquer necessidade de convencer um júri da prática dos crimes

Ainda, no tocante à provocação efetuada pelo agente infiltrado, embora muito criticada, a mesma é aceita em alguns ordenamentos jurídicos, como o já citado norte-americano, sob a alegação de que seria lícita a ideia de facilitar ao investigado chegar ao seu objetivo de delinquir e que isso não seria a formação de uma nova ideia ou que já não estivesse produzida no cerne do investigado, agindo o infiltrado apenas como um facilitador, conforme diz Eduardo Araujo da Silva:

Na jurisprudência norte-americana, entretanto, o conceito de provocação policial não é interpretado com tanta rigidez, adotando os tribunais a doutrina do *entrapment defense*, segundo o qual é lícita a prática de facilidades pelo policial para a prática de um crime, o que não se confunde com a iniciativa de fazer nascer no suspeito a vontade para a prática do crime, até então inexistente. Exige-se, na prática, a consideração sobre o desígnio criminoso do acusado: se não foi originário da ação policial, havendo predisposição para delinquir, suportará condenação criminal. Segundo o entendimento da Suprema Corte, mesmo demonstrado que houve incitação policial para a prática do delito, se a acusação conseguir provar que havia prévia disposição para tanto, o acusado responderá pelo crime praticado. (SILVA, 2014, p. 101).

Já em outros países desenvolvidos, como a Alemanha, nunca esquecendo os crimes praticados durante a segunda grande guerra, hoje em dia há um maior respeito por parte do Estado aos direitos fundamentais de seus cidadãos. Assim, há uma resistência em infringir tais direitos em nome da segurança do Estado, a provocação efetuada pelo agente infiltrado é expressamente proibida, conforme Eduardo Silva:

Na Alemanha, onde o emprego de meios enganosos para a obtenção da prova é expressamente vedado por lei, a doutrina entende que a provocação policial, além de ofender o princípio constitucional de sujeição ou vinculação do Estado e seus órgãos à lei, também viola a garantia constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isto é, sem incitação danosa por parte dos agentes estatais.” (SILVA, 2014, p. 100)

Em Portugal, o legislador ficou “em cima do muro” quanto ao assunto do agente provocador, deixando a questão sob uma análise subjetiva da vontade do investigado, sendo que se o investigado já teria a vontade de praticar tal delito, o ato da instigação seria permitido.

O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade – da intervenção do agente infiltrado – é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e acolher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária. (GONÇALVES, apud SILVA, 2014, p. 100 e 101).

Como já vimos anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro adota uma postura “garantista” no tocante à instigação dos investigados ao cometimento de delitos, não sendo aceita tal conduta no país.

3.2. As garantias ao agente infiltrado em outros países

As garantias ao agente infiltrado na legislação brasileira apresentam inúmeras lacunas. Como já relatado, faltou ao legislador brasileiro agir taxativamente e apresentar punições a quem violasse a identidade do policial infiltrado ou de seus familiares.

Nessa toada, a Argentina trouxe ao seu ordenamento jurídico, ainda na década de 90, a punibilidade do servidor público que divulgar a identidade do agente encoberto, seja por dados, imagens ou outra forma de divulgação, sensibilidade que faltou ao legislador brasileiro.

Ley 24.424 de 07 de diciembre de 1994:

Artículo 10. – Incorporase como artículo 21 sexies a la Ley 23.737, el siguiente:

“artículo 31 sexies: El funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto o, en su caso, la nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido, será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua.⁵

⁵ Lei 24.424, de 7 de dezembro de 1994:

Artigo 10. - incorporado como artigo 21-E da Lei 23.737, conforme segue:

Artigo 31: O funcionário público ou empregado que injustamente revelar a verdadeira identidade ou nova de um agente infiltrado ou, quando aplicável, a nova identidade ou o endereço de uma testemunha ou arguido protegido, é punido com pena de prisão de dois a seis anos multa de 10.000 a 100.000 pesos e desqualificação absoluta perpétua.

Assim, o servidor público que revelar a identidade, ou a nova identidade, se o agente estiver no programa de proteção à testemunha, poderá ser alvo de uma condenação à prisão de dois a seis anos, mais multa de dez a cem mil pesos.

Na Alemanha, a legislação é específica quando as garantias ao policial infiltrado, trazendo em seu próprio Código de Processo Penal, artigo 110b, parágrafo 3º que a identidade do investigador disfarçado pode ser mantido em segredo, mesmo após a cessação do uso. A promotoria e o tribunal, que são responsáveis pela decisão sobre a aprovação do pedido pode exigir que a identidade seja revelada somente a eles. Aliás, em um caso criminal, o sigilo da identidade permite, especialmente quando há motivos razoáveis de preocupação que a revelação possa causar danos a vida, corpo ou a liberdade do investigador disfarçado ou qualquer outra pessoa, a possibilidade de continuar a se utilizar do instituto do policial encoberto.

Portanto, para a proteção do policial infiltrado, mesmo depois de cessadas as operações de investigação, quando for necessário, sua identidade poderá ser mantida em segredo, sendo somente permitido que a identidade seja revelada ao juiz ou membro do ministério público que foram responsáveis pela operação. Ainda, a investigação será suspensa se colocar em risco a integridade física do agente infiltrado ou algum familiar do mesmo.

Considerações Finais

A infiltração policial em organizações criminosas é uma excelente ferramenta de uso excepcional no combate às organizações criminosas com características de “multinacionais” do crime. Haja vista a sua força no combate a essas organizações, as consequências de ferir alguns direitos fundamentais dos investigados pode ser aceitável, à luz da doutrina majoritária.

Tendo isso em mente, cabe destacar que apesar do papel central do agente nesse instituto, isso não faz dele imune às consequências dos excessos praticados na investigação, mesmo em virtude do bom andamento desta. Assim, deve o agente abster-se de cometer delitos no exercício de suas funções e a prática de crimes graves, como a tortura, o assédio sexual ou crimes contra a vida, não pode ser aceitável o seu cometimento por um servidor público no exercício de suas funções, em hipótese alguma.

Ainda, falta à legislação brasileira fatores que tendem a facilitar a compreensão por parte do agente das condutas permitidas, talvez pela falta de compreensão do próprio legislador sobre o tema ou pelo tempo relativamente pequeno em exercício do instituto da infiltração no país em comparação com outros países, certo é que o termo usado pelo legislador – proporcionalidade – foi muito vago, deixando o policial à mercê de uma análise subjetiva e possivelmente falha do Juiz de Direito.

Portanto, deveria ter sido levado mais a sério o Instituto da Infiltração pelo legislador brasileiro, pois ao mesmo tempo em que a Lei 12.850/13 trouxe ao ordenamento jurídico a infiltração policial para combater as organizações criminosas, ela acabou por impossibilitar o uso adequado dessa técnica excepcional de investigação, pois não oferece os meios para garantir a proteção do agente e de seus familiares, silenciando-se no momento de taxar as sanções a quem revelasse a real identidade do policial infiltrado, e não apresentando a segurança necessária a esse policial para exercer suas funções.

Referências bibliográficas

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26586/crime-organizado-nova-lei-12-850-13-e-o-problema-da-conduta-dos-agentes-infiltrados-no-cometimento-de-infracoes-penais>; Acesso em 07 de novembro de 2014.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de, FELIX, Yuri. Infiltração de Agentes e a Lei 12.850/2013: os Limites da Prática de Infiltração Policial no Brasil. Disponível em: http://www.academia.edu/7834253/INFILTRA%C3%87%C3%83O_DE_AGENTES_E_A_LEI_12.850_2013_OS_LIMITES_DA_PR%C3%81TICA_DE_INFILTRA%C3%87%C3%83O_POLICIAL_NO_BRASIL. Acesso em 28 de novembro de 2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 1, Parte Geral: (Art 1º a 120)/ Fernando Capez. 16. ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

DZIEKANIAK, Cibele Vasconcelos. Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos segundo as normas da ABNT. [recurso eletrônico] / Cibele Vasconcelos Dziekaniak. – Rio Grande: FURG, 2014. Disponível em: <http://www.educacaoambiental.furg.br/>.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. /Ana Luiza Almeida Ferro, Flavio Cardoso Pereira, Gustavo dos Reis Gazzola. Curitiba: Juruá, 2014.

JACQUELINE E. Ross, Valuing inside knowledge: Infiltration as a Problem for the law of Evidence, 79 Chicago. Kent. L. Rev. 1111 (2004). Available at: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol79/iss3/29>

JESUS, Damásio de. Direito Penal, volume I: parte geral/Damasio de Jesus. 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Da responsabilidade penal dos agentes infiltrados em organizações criminosas. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12581&revista_caderno=3; Acesso em 13 de março de 2015.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Da figura do agente infiltrado nas organizações criminosas. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12582; Acesso em 31 de novembro de 2014.

ROCHA, Luiz Carlos. Investigação Policial – teoria e prática / Luiz Carlos Rocha – bauru, SP. EDIPRO, 2ª ed. rev. ampl., 2003.

SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações Criminosas: Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13 / Eduardo Araujo da Silva. São Paulo: Altas, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Volume II. 2ª. ed. Rio de Janeiro.