AGENTE INFILTRADO: UMA ANÁLISE QUANTO AOS REQUISITOS E SUA APLICABILIDADE E EFICIÊNCIA NO ATUAL CENÁRIO DO DIREITO BRASILEIRO

Diogo Boghossian Soares da Rocha[1]

RESUMO: O presente artigo faz uma digressão histórico-normativa do instituto da infiltração de agente no cenário jurídico nacional, bem como pontua aspectos jurídicos relevantes e que merecem a atenção necessária na aplicação do eficiente instrumento de obtenção de provas, notadamente em relação a regramentos introduzidos com a edição da Lei 12.850/13, que acabou por assentar postulados a serem seguidos pelos agentes envolvidos, especialmente o Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária, analisando, ainda, a sua efetiva aplicação no cenário atual brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Infiltração de Agentes. Digressão histórico-normativa. Questões jurídicas relevantes introduzidas pela Lei 12.850/13. Requisitos. Efetividade e Aplicabilidade no cenário atual brasileiro.

[1]Promotor de Justiça; Membro do Ministério Público do Estado de Rondônia; diogorocha@mpro.mp.br

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa dissecar as minúcias dessa, ao menos no Brasil, nova técnica de investigação policial, imprescindível para o combate ao sofisticado e sempre atualizado mundo do crime, já que os meios de produção de provas tradicionalmente conhecidos não alcançam mais resultados satisfatórios no combate ao, verdadeiramente, crime organizado.

O instituto da infiltração de agente policial, apesar de ser novidade em nosso ordenamento jurídico, vem sendo aplicado como eficiente instrumento probatório ao redor do mundo, principalmente nos continentes Norte-Americano e Europa, já faz bastante tempo, com resultados enormemente significativos.

No Brasil, apesar de não ser uma novidade trazida pela Lei 12.850/13, já que o instituto foi mencionado em leis anteriores, o fato é que as omissões dessas leis quanto a aspectos procedimentais e operacionais do instituto praticamente inviabilizavam sua aplicação, sendo que, somente com o advento da Lei de Combate ao Crime Organizado é que se passou a vislumbrar um cenário favorável para aplicação do instituto, em que pese sua inaplicabilidade prática, como se verá no decorrer deste estudo.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Ao conceituar o instituto da infiltração policial, Everton Luiz Zanella leciona que (2016, p. 181):

> É uma técnica especial de investigação criminal que tem por fim específico a obtenção de prova, "a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada". Por meio desta técnica, um agente policial (chamado de agente infiltrado, ou, em outros países, de agente encoberto) infiltra-se na organização criminosa, como se dela fosse membro, para buscar informações e colher elementos relevantes para apurar os fatos, como, por exemplo, saber quem são os líderes, quais as tarefas executadas por cada um dos membros e as sedes utilizadas para os negócios escusos, entre outros.

Da própria conceituação do instituto é possível aferir, de forma clara, sua natureza jurídica de meio de produção de prova. André Carlos e Reis Friede, em sua obra 'Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado', de maneira mais completa, conceituam o instituto já deixando claro sua natureza jurídica (2014, p. 16):

> A infiltração policial, enquanto meio de prova (art. 3º, VII, da Lei 12.850/13), caracteriza-se por sua própria complexidade jurídico-operacional,

> considerando, ainda, tratar-se de uma técnica especial de investigação através da qual um agente policial, devidamente selecionado e treinado para a tarefa, ocultando a verdadeira identidade, e utilizando outra a ser fornecida pelo Estado, é introduzido no âmbito de uma organização criminosa e, conquistada a confiança dos verdadeiros membros, passa a atuar com o fim de obter provas a respeito das atividades delituosas praticadas, objetivando, com isso, desmantelá-la.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 75) enxerga a natureza jurídica do instituto como um meio de prova misto, visto que o agente tanto busca provas materiais como funcionará como testemunho de tudo aquilo que presenciou enquanto infiltrado na organização criminosa; não obstante, sua natureza jurídica, como se denota, não deixa de reconhecer, ainda que genericamente, como um meio de prova.

Questão interessante a ser enfrentada na conceituação do instituto, a fim de que possa ficar definitivamente compreendido e evitar distorções deste meio de prova é a sua diferenciação quanto a outros meios de obtenção de prova que trazem certa similitude com a infiltração de agentes, que,contudo, jamais se confundem.

A doutrina, de uma forma geral, traz três outros personagens que guardam alguma correlação com a infiltração de agentes, são eles:Agente Provocador, Agente Encoberto e Informante; a diferenciação estará basicamente na forma de atuar daquele incumbido de passar as informações de um ilícito para a polícia.

Para tanto, a fim de melhor compreender as diferenças, se faz necessário, antes, conceituarmos agente infiltrado, na visão de Zanella (2016, p. 183):

> O agente infiltrado é um policial, selecionado e treinado, que, com respaldo legal e autorização judicial, será dissimuladamente integrado à organização criminosa com a finalidade de angariar provas dos crimes cometidos (ou dos que ocorrerão no curso da diligência) e da respectiva autoria, bem como para buscar, se possível, seu desmantelamento.

Veja que o agente infiltrado há de ser, necessariamente, um agente de polícia judiciária que é "infiltrado" na organização criminosa, após a obediência de todo um trâmite legal disciplinado em lei, que culmina com a autorização judicial, chamada por alguns doutrinadores de mandado de infiltração.

Já o agente provocador, segundo o professor Flávio Cardoso Pereira (Revista do MP-GO, Goiânia, ano XI, n.16, dez/2008, p. 42), citando Julius Glaser, "é aquele que instiga a outro a perpetrar o delito tão somente porque

quer que esse resulte posteriormente convicto e seja castigado". Segundo o citado mestre, o agente provocador pode até mesmo ser um particular.

Confrontando a atuação de ambos, Flávio Cardoso finaliza asseverando que o infiltrado, diferentemente do provocador, jamais poderá promover atos que instiguem ou incitem a prática do delito, sob pena de poder responder pelo ilícito praticado. Frise-se que a atuação do provocador poderá ensejar em um flagrante preparado, invalidando toda a prova produzida, o que jamais ocorre com o instituto da infiltração de agente.

Nesta seara, o autor Joaquim Loureiro, em seu livro: "Agente Infiltrado? Agente Provocador!" (2007, p. 43 *et seq.*), traz análise minuciosa de um fato ocorrido durante investigação em Portugal,na qual, em uma queixa contra o Estado Português, foi enfrentada a questão pelo T. E. D. H (Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens), suprema instância europeia na defesa dos direitos humanos, tendo sido sacramentada, no ano de 1998, a ilegalidade da prova produzida naquele caso, que considerou a atuação do policial como agente provocador, por violação ao art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, condenando o Estado Português a indenizar o investigado.

Outra figura que aparece citada por alguns doutrinadores é a do agente encoberto ou agente meramente *encubierto*, denominado pelo Direito espanhol. Segundo André Carlos e Reis Friede este seria "o policial que, a fim de investigar determinada infração penal, oculta sua verdadeira condição, não chegando a se infiltrar, todavia, na organização criminosa" (2014, p. 26).

Importante destacar a diferenciação estabelecida pelo Direito Espanhol quanto ao "agente meramente *encubierto*", conceituado acima, do "agente *encubierto*", considerado como sinônimo de agente infiltrado.

Por fim, os Informantes, que seriam aquelas pessoas que prestam informações de todo tipo à autoridade pública, sem que suas identificações sejam reveladas. Estas, em verdades, são colaboradores que resolvem prestar informações quanto a um ilícito às autoridades, em regra, sem que sejam identificadas; não obstante, nada impede que se identifiquem.

Flávio Cardoso traz em seu artigo "Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigiadas" outros personagens que guardam alguma relação com os infiltrados, mas que com eles não se confundem, como o denunciante anônimo e o arrependido, embora, a meu ver, se enquadrem como espécies de informantes.

Assim, uma vez estabelecido os conceitos da infiltração de agentes e do agente infiltrado, resta claro que se trata de um meio específico de

produção de prova, regulamentado pela Lei 12.850/13, que em nada se confunde com as demais formas de produção de provas já utilizadas pela polícia e que prescindem de autorização judicial

2. AGENTE INFILTRADO NO CONTEXTO HISTÓRICO

A prática de adotar medidas para melhor conhecer os oponentes, tentando obter informações privilegiadas de dentro da cúpula inimiga, existe deste os tempos antigos. Segundo Montoya, citado por Flávio Cardoso Pereira (2013, p. 316-317), o antecedente histórico mais importante do agente infiltrado está relacionado com as atividades de espionagem política levada a cabo na França durante o regime absolutista.

Flávio Cardoso (2013, p. 316-320), em sua obra "*El Agente Infiltrado desde elPunto de Vista del Garantismo Procesal Penal*", escrito em língua espanhola, cita, ainda, opinião de diversos estudiosos que apontam inúmeros outros marcos históricos que teriam sido a origem remota da infiltração de agentes, tais como: Polícia de Paris durante o século XVIII; programa de infiltração de agentes criado por EUGÈNE FRANÇOIS VIDOCQ em 1800; programa de infiltração policial denominado *SpecialIrishBranch* no Reino Unido em 1883; *ItalianSquad* nos Estados Unidos em 1906.

Everton Luiz Zanella (2016, p.182), citando Montoya, sustenta que a origem da infiltração de agentes no contexto mundial se deu nos idos de 1850, com a fundação, nos Estados Unidos da América, da *PinkertonAgency*, uma agência de detetives encarregada de infiltrar-se nas quadrilhas do oeste.

Enfim, independente do marco histórico do surgimento do instituto, o fato é que é inegável que os adversários desde sempre utilizaram-se da tática de tentar obter informações de seus oponentes para melhor conhecê-los e, assim, ter mais sucesso na tentativa de desmantelá-los.

Segundo o professor Flavio Cardoso (2013, p. 320), *"Se puede concluir de modo general, por lo tanto, que elorigen natural de la figura específica del agente encubiertopuede ser buscado especialmente em laantigüedad, mas precisamente em Francia delsiglo XVII."*

Já devidamente regulamentado e disciplinado em lei, nos moldes do que hoje se conhece por agente infiltrado, sua previsão nos principais países Europeus se deu, em sua maioria, na década de 90. Por exemplo, na Alemanha surgiu em 1992 através de legislação destinada a combater o narcotráfico; na Espanha foi implementado em 1999 pela Lei Orgânica nº 5, que inseriu o art. 282 no CPP espanhol; em Portugal foi previsto no art. 59º, nº 1 do Decreto-

Lei nº 15/93 e art. 6º da Lei nº 36/94, estando atualmente disciplinado pela Lei nº 101 de 2001.

Nos Estados Unidos da América, apesar de não haver um regulamento único e específico quanto à infiltração de agentes, certamente é o país onde esta técnica de investigação é mais solidificada, tendo sido intensificada após a guerra civil americana e evoluído a partir de 1930, quando o FBI passou a adotá-la. Hodiernamente é frequentemente utilizada pelas polícias estaduais e federais (FBI e DEA).

No plano internacional, a infiltração de agentes ganhou destaque através das Convenções de Palermo, internalizadas através do Decreto 5.015/2004 (art. 20.1), e da Organizaçãodas Nações Unidas - ONU contra a Corrupção de 2003 (art. 50.1).

Como se sabe, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cognominada de Convenção de Palermo, é o principal instrumento normativo global de combate ao crime organizado, sendo aprovado na Assembleia Geral da ONU do dia 15 de novembro de 2000.

> Artigo 20 - Técnicas especiais de investigação (texto em português):
> 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 intercepção de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Como se denota da transcrição do dispositivo, apesar da previsão do instituto, o fato é que ele não disciplinou de maneira detalhada as condições

e forma de aplicação, ficando cada Estado membro incumbido de legislar regulamentando a aplicação do instituto.

Por seu turno, em nível europeu, a infiltração de agentes ganhou destaque no Convênio entre os Estados-membros da União Europeia de Assistência Judicial Penal de 2000, que, assim como a Convenção de Palermo, também atribuía a função de disciplinar e detalhar sua aplicação às legislações nacionais, merecendo destaque, segundo o professor Flávio Cardoso (2013, p. 337), o Tratado de Lisboa:

> La existencia y obligatoriedad jurídica de este catálogo, a pesar de no incluirseexpresamente em el Tratado, suponeungran avance para la defesa de losDerechosfundamentalespues aporta visibilidad al compromisoeuropeo frente a losciudadanos y com ello, unrefuerzo a laidentidadeuropea. Asimismo, el catálogo de derechosotorga a losciudadanoseuropeosmayorseguridad jurídica y una mejor y más completa proteccion, em la medida em que se regulannuevosdirechos no recogidosni em lasConstitucionesnacionalesni em el CEDH

2.1 INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO INTERNO

Em relação ao direito interno, a primeira aparição do instituto da infiltração de agentes se deu com a Lei 9.034/95, cujo art. 2º, I, disciplinava:

> Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organização criminosa são permitidos, além das já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
> I – a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bando, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-Lei nº 2,848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade;
> (...)

Não obstante, a redação foi vetada pelo Presidente da República, já que, além de prever o instituto de maneira extremamente simplória, não trazia a imprescindível necessidade de autorização judicial para adoção da medida, o que poderia trazer enorme insegurança jurídica aos cidadãos. Dessa forma, acertadamente, assim foi redigido o veto:

> O inciso I do art. 2º, nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado. (…)
> Além do mais, deve-se salientar que o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime, preexcluída, no caso, a antijuridicidade, o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código Penal.

> Em assim sendo, parece-nos que o inciso I do art. 2º deve merecer o veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 66, § 1º, da Constituição Federal, ressaltando, contudo, que este Ministério, posteriormente, encaminhará proposta regulamentando a matéria constante do dispositivo acima mencionado.

Questão interessante é que o projeto de lei nº 3.516/89, do qual se originou a Lei 9.034/95, da lavra do então deputado Michel Temer, previa em seu art. 8º a necessidade de autorização judicial para a infiltração de agentes, ocorre que, com asupressão deste artigo durante o processo legislativo, acabou por comprometer todo o instituto, tendo ao final sido acertadamente vetado pelo Presidente.

Naturalmente que, além da não previsão da autorização judicial, a "permissão" em cometer crimes, também inviabilizaria a aplicação do instituto; em suma, apesar de ter tido sua aparição no Brasil em 1995, o fato é que o dispositivo sequer virou lei, permanecendo a técnica de investigação inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

Praticamente seis anos depois, com o advento da Lei nº 10.217 de abril de 2001, foi finalmente introduzido em nosso ordenamento jurídico a técnica de investigação conhecida como infiltração policial.

A referida lei teve o escopo tão somente de alterar a redação dos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034/95, bem como inserir os incisos IV e V e um parágrafo no art. 2º, suprindo as alegadas omissões e incorreções que deram azo ao veto presidencial parcial da antiga lei; vejamos o que foi acrescido à Lei nº 9.034/95 pela Lei nº 10.217/01:

> Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.
> Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
> (…)
> V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.
> Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Dessa forma, a Lei Federal nº 10.217/01 introduziu o instituto da infiltração policial na Lei nº 9.034/95, sendo a técnica de investigação formalmente existente em nosso ordenamento jurídico, em que pese a sua persistente falta de regulamentação e disciplina.

Apesar da existência formal do instituto, o fato é que, pela maneira simplória que veio disciplinado, sem qualquer regulamentação quanto ao procedimento e demais meios operacionais a serem adotados, o instituto recebeu uma enxurrada de críticas da doutrina, todas extremamente pertinentes, já que inviabilizava a aplicação da novel técnica de investigação.

Uma das principais críticas à lei inovadora era o fato de ter ela ampliado o rol de incidência da técnica investigadora (previa apenas para crimes praticados por quadrilha ou bando, tendo sido acrescida para as associações e organizações criminosas), sem sequer haver um conceito no ordenamento jurídico nacional do que consistia o conceito de "Organização Criminosa"; vejamos o que diz a professora Sônia Brito (2016, p. 184):

> A Lei 9.034/95 como já referida, criada com o objetivo de regulamentar os procedimentos de prevenção e repressão às ações praticadas por organizações criminosas, não conceituou o que deveríamos entender por essas organizações direcionadas para a criminalidade e, uma vez alterada pela Lei nº 10.217/01, continuamos sem saber do que se trata, visto que apenas temos orientações a respeito das definições de quadrilha ou bando e associação criminosa, grupos criminosos estes tipificados na legislação pátria.

A ausência de um conceito legal quanto a organização criminosa em nosso ordenamento jurídico acabou por gerar inúmeras interpretações doutrinárias quanto ao seu conceito, promovendo uma inegável insegurança jurídica quanto à aplicabilidade do instituto.

Além desta, inúmeras outras divergências doutrinárias surgiram com a nova redação dada pela lei nº 10.217/01: Era aplicável também para as contravenções penais, já que a nova lei referiu-se a "ilícitos" e não mais a "crime", como a anterior? Era constitucional a previsão da possibilidade de agentes de inteligência se infiltrarem, tal como os agentes de polícia? Tais questionamentos serão abordados quando da análise da Lei Federal nº 12.850/13, que, de antemão esclareço, foram superados.

Pois bem, a partir daí algumas legislações federais reproduziram o instituto da infiltração de agentes no ordenamento jurídico nacional, sem que seguissem a mesma redação, acarretando, a toda evidência, uma desordem sistêmica, porquanto cada norma de regência estabeleceu requisitos distintos, sendo que nenhuma delas previu o procedimento e demais meios operacionais para a efetiva aplicação do instituto.

Logo no ano seguinte, 2002, foi publicada a Lei Federal nº 10.409/02, que dispunha sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou

drogas ilícitas, prevendo, em seu art. 33, a infiltração policial:

> Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nessa Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº 9,034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:
> I – infiltração de policiais em quadrilha, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações;
> (…).

Verifique que a redação dada pela Lei do Tráfico, quanto à técnica investigativa, não previu a possibilidade de agentes de inteligência realizarem a infiltração, exigiu a oitiva do Ministério Público antes da decisão judicial, além de permitir a adoção da técnica investigativa para apurar crimes praticados por "grupos" criminosos, gerando ainda mais insegurança jurídica e divergência doutrinária.

Não obstante, tal redação durou pouco mais de quatro anos, já que, em 2006, foi revogada pela Lei Federal nº 11.343/06, atual Lei de Drogas, que disciplinou:

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

Assim, passaram a coexistir em nosso ordenamento jurídico duas previsões quanto a infiltração de agentes, com algumas incongruências entre elas.Em nenhuma delas havia um regramento claro quanto ao procedimento e operacionalização do instituto, sendo merecedor de inúmeras críticas doutrinárias. Luiz Flávio Gomes *et al* (2011, p. 284) ao analisarem o art. 53, I, da Lei nº 11.343/06, ensinam:

> A infiltração policial (*undercover*) foi disciplinada, mais uma vez, de modo lacunoso. Muitos são os dispositivos legais, no estrangeiro, que cuidam do assunto. O primeiro problema que se apresenta é o seguinte: quais crimes o infiltrado está autorizado a praticar? Toda pessoa que se apresenta ao crime organizado submete-se a ordens e é compelido a praticar alguns crimes. O infiltrado estaria isento de qualquer pena nesse caso? Quais crimes ele poderia praticar sem ter problemas legais? O infiltrado deve mudar sua identidade, a de sua família, etc. Quandodescoberto é aposentadocompulsoriamente. Nada disso foi regulado na nova lei. A eficácia do instituto está seriamente comprometida. Vejamos sua eficiência. O tempo dirá se esse meio investigativo é realmente útil.

De acordo com o entendimento majoritário da doutrina à época, quando a investigação referia-se a prática criminosa afeta ao tráfico ilícito de entorpecente, aplicava-se a Lei especial; quando a investigação tivesse escopo em outro crime, aplicava-se a Lei nº 9.034/95 com a redação dada pela Lei nº 10.217/01.

Em que pese a enxurrada de críticas, o fato é que o instituto estava vigente e podendo ser aplicado nas futuras investigações policiais. Nesse sentido, posicionamento de Jesus e Bechara, citado por André Carlos e Reis Friede (2014, p. 05-06):

> Apesar da redação lacunosa da lei que introduziu a figura do agente infiltrado, não há necessidade de regulamentação dela por meio de outra espécie normativa. A principal exigência para sua aplicação, que constitui o *standart* mínimo para o deferimento da medida, está expressamente reconhecida. Assim, há as exigências de se tratar de associação criminosa e de decisão judicial fundamentada. Não se faz qualquer alusão quanto ao procedimento ou ao prazo da medida. É possível, contudo, afirmar a intencionalidade dessa omissão legislativa, uma vez que a determinação do prazo deve se orientar pela necessidade do caso concreto e pelo bom senso e responsabilidade do juiz. Por outro lado, a iniciativa de provocação é do Ministério Público e da autoridade policial. Por se tratar de uma providência indiscutivelmente de caráter cautelar, o pedido deve ser autuado em apartado, mantido o absoluto e irrestrito sigilo ao longo da infiltração.

No mesmo sentido, Damásio Evangelista de Jesus, citado por Zanella (2016, p. 186), defendia a vigência do instituto, e mais, sustentava a aplicação por analogia da Lei nº 9.296/96 – Lei das Interceptações Telefônicas – para suprir as lacunas deixadas pelas leis que disciplinaram a infiltração de policiais.

Como se percebe pelos posicionamentos doutrinários, dada a ausência de regulamentação mais detalhada quanto a diversos aspectos do procedimento e operacionalização do instituto, coube aos estudiosos e juristas, cada um com sua visão, tentar estabelecer as condições mínimas para aplicabilidade do instituto, o que, naturalmente, acarretou uma insegurança jurídica e uma inaplicabilidade na prática.

Com isso, apesar da vigência do instituto, tornou-se imprescindível que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria, com maiores especificidades quanto à aplicabilidade da técnica investigativa, delimitando prazos, condições, consequências, procedimento, garantias, deveres, dentre outros.

Assim, através do Projeto de Lei do Senado – PLS nº 150 – de autoria da então Senadora Serys Slhessarenko, foi deflagrado, no ano de 2006,

procedimento legislativo que culminou com a promulgação da Lei Federal nº 12.850/13, conhecida como a Lei de Combate ao Crime Organizado, que, enfim, regulamentou o instituto, trazendo todos seus pormenores para sua efetiva aplicabilidade.

3. INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – LEI FEDERAL Nº 12.850/13.

A Lei Federal nº 12.850/13, já em seu artigo 1º, resolve uma questão que foi objeto de infinita discussão doutrinária e jurisprudencial, ao conceituar expressamente e de forma clara o que se entende por Organização Criminosa, colocando fim à subjetividade do intérprete.

Disciplina, em seu art. 1º, § 1º, aspectos materiais e procedimentais no enfrentamento ao crime organizado, definindo organização criminosa como sendo a associação de 04 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Com isso afasta a discussão existente em relação à quantidade mínima de pessoas necessárias para configurar uma organização criminosa, além de delimitar a aplicabilidade da lei e, consequentemente, de suas técnicas de investigação, para a apuração de "infrações penais" cujas penas sejam superiores a quatro anos.

Ao mencionar expressamente "infrações penais" e não "crimes", deixa claro o legislador a intenção de possibilitar a aplicação da lei para todos os tipos de ilícitos penais, inclusive para as contravenções penais, o que também era objeto de divergência. Nesse sentido André Carlos e Reis Friede (2014, p. 21): "A partir de agora, não se discute mais que a nova Lei do Crime Organizado poderá alcançar organizações voltadas para a prática de contravenções penais".

Referida norma trouxe aspectos importantes não apenas na definição, mas também na tipificação do crime de organização criminosa, findando uma omissão legislativa histórica, como se depreende do seu art. 2º, *in verbis*:

> Art. 2o Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

> § 1o Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Não apenas conceituou e tipificou o crime de Organização Criminosa como também trouxe e regulamentou diversas espécies de meios de obtenção de prova(colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, entre outros) destacando especial atenção ao instituto da infiltração policial, certamente uma técnica investigativa de vital importância para combate ao crime organizado, que a cada dia mais se estrutura, se condiciona e se fortalece, sendo imprescindível a adoção de novas técnicas de investigação para fazer frente a tamanha evolução do crime, que constantemente se aperfeiçoa e inova.

Frise-se que os mecanismos colocados à disposição das autoridades pela Lei de Combate ao Crime Organizado são essenciais para o enfrentamento da corrupção e demais crimes organizados, já que os "antigos" meios de produção de provas já não são mais capazes de possibilitar uma exitosa apuração dos fatos, dada a enorme evolução, tanto tecnológica quanto estrutural, da organização criminosa.

Assim, passaremos a esmiuçar e analisar tão somente uma das técnicas de investigação trazida pela referida Lei, a Infiltração de Agentes, matéria a que se propõe o presente artigo.

Inicialmente cabe destacar, de acordo com o que leciona Flávio Cardoso (2013, p. 381-382), que a finalidade concreta da infiltração seria conseguir informações relevantes e suficientes para se chegar à desarticulação da organização criminosa, prevenindo e combatendo os crimes por elas praticados.

Inegavelmente que ao se infiltrar em uma organização criminosa, o agente policial visa evitar a prática de novos delitos (prevenção), na medida do possível e desde que sua atitude não estrague o disfarce, e, principalmente, obter informações para que as autoridades possam desvendar os crimes já praticados e punir os responsáveis (repressão).

Quantos aos aspectos materiais que envolvem a infiltração de agentes como espécie de obtenção de provas, *ex vi* da seção III da Lei 12.850/13, merece destaque a exposição dos (i) requisitos e a (ii) responsabilidade penal do infiltrado.

3.1 REQUISITOS

Ao analisar o disposto nos artigos 10 a 14 da Lei nº 12.850/13, a maior parte da doutrina consente em estipular os seguintes requisitos, são eles: a) natureza da infração penal e indícios de sua prática; b) imprescindibilidade e proporcionalidade; c) agente de polícia judiciária e voluntariedade; d) representação do delegado ou requerimento do Ministério Público e) decisão judicial circunstanciada, motivada e sigilosa; f) prazo.

No entanto, para a aplicação da infiltração de agente, não basta tão somente o preenchimento dos requisitos legais, é necessário que o infiltrado apresente "condições" que viabilizem a medida, tais como: treinamento adequado, falseamento da identidade, aptidão física e mental, acompanhamento, dentre outros, fator que será abordado em tópico próprio.

A Lei nº 12.850/13 ao dispor em seu artigo 10, *caput*: "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", já explicita alguns requisitos essenciais do instituto.

Entretanto, o primeiro dos requisitos para aplicação do instituto vem disposto ainda no art. 1º da mencionada lei, combinado com § 2º do art. 10: "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." (destacado). a) Natureza da infração penal e indícios de sua prática.

Como dito, a Lei nº 12.850/13 trouxe diversos novos mecanismos extraordinários de investigação, condicionando, entretanto, suas aplicações tão somente para apuração de ilícitos ligados a organização criminosa, cuja pena máxima seja superior a quatro anos.

Assim, o primeiro requisito para que se possa utilizar a técnica de investigação da infiltração de agentes, bem como as demais, previstas no art. 3º da lei, é que os ilícitos investigados sejam decorrentes de organização criminosa, assim conceituada em seu art. 1º, § 1º, e que a pena máxima seja superior a quatro anos.

Além destes crimes, a lei também previu a possibilidade de aplicação das técnicas investigativas para apuração de infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente

(§ 2º, I), bem como às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional (§ 2º, II).

Naturalmente, por se tratar de medida cautelar, não se faz necessária a prova da materialidade e autoria de tais crimes, mas tão somente indícios de que estejam sendo praticados e de quem sejam seus autores. Para tanto deverá o magistrado, ao proferir a decisão, analisar os requisitos clássicos: fumaça do bom direito – que são os indicadores da existência de um dos ilícitos previstos nos §§ 1º e 2º da lei – e o perigo da demora – risco ou prejuízo que a não realização da operação poderá causar para a aplicação da lei penal, para a investigação ou mesmo para se evitarem novas infrações penais.

Questão que muito se debatia antes do advento da lei, como já mencionado anteriormente, era quanto ao conceito de organização criminosa, o que acarretava inegável insegurança jurídica, vez que não se sabia, de forma precisa, quais fatos no caso concreto poderiam ser considerados como organização criminosa e, consequentemente, ser aplicado às técnicas extraordinárias de investigação; entretanto, dada a clareza com que foi conceituada em seu § 1º, creio que a discussão perdeu seu objeto, sendo impertinente sua abordagem.

Outro requisito que também vem previsto no § 2º do art. 10 é a imprescindibilidade: "(…) e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.". *b)* Imprescindibilidade e Proporcionalidade:

A infiltração de agentes trata-se, sem dúvida, de uma das, ou quiçá, a mais eficiente técnica extraordinária de investigação existente no mundo. É inegável que, uma vez bem desempenhada, trará relevantíssimos frutos para uma exitosa investigação policial e consequente desmantelamento de uma estrutura criminosa.

Isso porque, como é de sua essência, um, ou mais, agentes do Estado, devidamente disfarçados, passarão tempos imersos dentro da cúpula de uma "sociedade" voltada para a prática de ilícitos, obtendo informações e colhendo provas que jamais poderiam ser angariadas de outra forma que não estando no seio, no núcleo da organização criminosa.

Ao conseguir a confiança dos integrantes e "fazer parte" da organização criminosa, o agente obterá elementos de provas que seriam inimagináveis de se obter por outro meio. No livro "Infiltrado – O FBI e a Máfia" (2009, Ed.

Larousse), o agente do FBI Joaquim [Jack] Garcia, narra uma história verídica sobre a investigação feita aos Gambino, considerada a "primeira família" do crime organizado, descrevendo diversos fatos em que atuou como infiltrado em inúmeras investigações contra o narcotráfico nos EUA, demonstrando a imensa efetividade do instituto para o desmantelamento do crime.

Em contrapartida também é, inegavelmente, o meio de produção de provas mais invasivo da intimidade e demais garantias fundamentais do infiltrado, colocando, a depender do caso e da organização criminosa, a sua integridade física e sua vida em risco. Vejamos o que diz Flávio Cardoso (2013, p. 382-383):

> Sin embargo, el agente incubierto merece elcalificativo de "medio de controlextraordinario" al conllevar una alteración de principiosconstitucionales básicos u unfuerte "ataque" a determinados derechosfundamentales, razones ambas determinantes de que suempleo quede sometido al cumplimiento de estrictos requisitos legales, paliativos de losriesgos para lasgarantíasprocesales vigentes em un Estado de Derecho.

Desta feita, a medida ganha caráter de excepcionalidade máxima, ou seja, só se permite sua adoção caso seja extremamente imprescindível para a investigação, e mais, que ao menos já se tenha tentado angariar as provas através de outros meios previstos na própria Lei nº 12.850/13 como, por exemplo, a interceptação de comunicação telefônica.É o que dizem os professores André Carlos e Reis Friede (2014, p. 24):

> Uma estratégia a ser empregada pelo magistrado para subsidiar a tomada de decisão é verificar, nos autos de investigação, se outros meios de prova já foram manejados, tal como a interceptação das comunicações telefônicas, uma vez que não seria minimamente razoável entender como a infiltração policial poderia ser deferida antes mesmo daquela ter sido manobrada.

Outro fator a ser observado para o deferimento da medida, que a meu ver está diretamente relacionado com a imprescindibilidade, é a proporcionalidade, já que os delitos investigados devem guardar proporção com a invasividade aos direitos fundamentais do infiltrado, ou seja, não se deve autorizar a medida quando não for para apuração de crimes de extrema gravidade. Há de se fazer uma ponderação entre o crime que se está apurando e a ofensa aos direitos do agente.

Leciona Flávio Cardoso Pereira em seu artigo para a Revista do Ministério Público de Goiás, ainda antes da promulgação da Lei nº 12.850/13 (2008, p. 46):

> O juízo de proporcionalidade consiste noutro requisito extremamente indispensável ao êxito da infiltração. Impõe-se que a infiltração apenas possa ser utilizada quando os direitos a serem protegidos forem superiores àqueles que serão violados com a infiltração (por exemplo, serão violados os direitos fundamentais de intimidade, privacidade, imagem, honra etc.). Assim, quando o crime a investigar, na falta de regulamentação, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito faz a limitação pelo máximo de gravidade, somente permitindo a infiltração quanto a crimes graves.

Voltando, agora, ao *caput* do art. 10, é possível extrair os demais requisitos legais: "Art. 10. A infiltração de agente de polícia (...)". c) Agente de Polícia Judiciária e Voluntariedade:

A nova legislação, ao iniciar o artigo mencionando expressamente "a infiltração de agente de polícia", acaba com uma divergência também existente antes de sua edição. Isso porque as normas anteriores (art. 2º, V, da Lei 9.034/95, com redação acrescida pela Lei nº 10.217/01), previam a possibilidade dos agentes de inteligência (ABIN) também figurarem como infiltrados, o que sempre foi questionado pela doutrina, dada sua incontestável inconstitucionalidade, em razão da ofensa ao disposto no art. 144 da CF.

Inclusive, a inconstitucionalidade de atuação dos agentes de inteligência como Polícia Judiciária foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, quinta turma, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 149.250/SP, rel. Min. Adilson Vieira Macabu, no famoso julgamento da operação *Satiagraha:*

> (…) 1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da operação Satiagraha.
> 2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a polícia federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.
> 3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof.ª Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da constituição.
> 4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalescem, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei (...)

Desta forma, a proposital exclusão dos agentes de inteligência da Lei nº 12.850/13, que revogou a Lei nº 9.034/95, demonstrou claramente a acertada intenção do legislador em permitir, tão somente, aos agentes

da polícia judiciária, com competência constitucional relativa à segurança pública, de praticarem atos próprios da polícia judiciária, como é a infiltração de agentes.

Ademais, segundo André Carlos e Reis Friede (2014, p. 28) "o artigo 1º da Lei 9.883 de 7 de dezembro de 1999, diploma legal que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência, bem como criou a ABIN, confere uma competência restritiva a tal instituição."

Por fim, no que se refere ao requisito do agente infiltrado ser policial, entendo corolário lógico do próprio instituto que esta adesão do policial ao meio de prova seja de forma voluntária.

Seria inimaginável que algum agente de polícia se submeteria a tamanhas privações de ordem pessoal e profissional, submergindo ao mundo do crime, sem que fosse por vontade própria; até porque, se não houver extrema dedicação e voluntariedade por parte do infiltrado, certamente a operação estará fadada ao fracasso.

Tanto é assim que uma das formas da cessação da infiltração de agentes, previstas em lei, é pela manifestação de vontade do agente policial (art. 14, I, da Lei 12.850/13), independentemente de prévia comunicação ao Delegado de Polícia ou Ministério Público. A previsão legal deixa claro que a infiltração não poderá ser iniciada ou continuada por ordens de superiores hierárquicos, se não houver a voluntariedade do infiltrado.

Prosseguindo com os requisitos legais, disciplina o art. 10: "(…) representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial (...)". d) Representação do Delegado ou Requerimento do Ministério Público:

Este requisito procedimental estabelece a forma como deve se dar início à aplicação da técnica legislativa; e, levando-se em consideração nosso sistema processual penal adotado em nosso ordenamento jurídico, não poderia ser diferente.

Como se trata de um meio de produção de prova, a ser produzida em sede de investigação policial, nada mais natural que tivesse que ser representado pelo Delegado de Polícia ou requerido pelo Ministério Público, os responsáveis pela investigação criminal em nosso país.

Questão inovadora, ao menos se levarmos em consideração as demais provas cautelares já conhecidas em nosso sistema, é a necessidade de uma

prévia manifestação técnica do delegado quando o requerimento for feito pelo Ministério Público. Isso se dá porque o responsável pela operacionalização da infiltração, ainda quando requerida pelo *Parquet*, se dará utilizando-se do aparato, tanto estrutural quanto pessoal, da Polícia Judiciária. Assim, nada mais correto que o responsável direto pela adoção da medida se manifeste quanto à viabilidade de executá-la ou não.

Portanto, entende-se que tal manifestação, de suma importância, se dá tão somente para que o delegado ateste a possibilidade de implementar a medida no caso específico, esclarecendo se há estrutura e pessoal qualificado para tanto, mas jamais se imiscuindo no mérito do requerimento, cuja análise compete ao juiz.

Lado outro, como nas demais provas cautelares mais conhecidas, uma vez representada pelo Delegado de Polícia, deverá necessariamente ser ouvido o Ministério Público (art. 12, § 1º da Lei nº 12.850/13), que poderá, diferentemente da situação inversa, opinar sobre a conveniência ou não da medida, já que faz parte das atribuições constitucionais do Ministério Público o controle das atividades policiais.

Questão que se apresenta controvertida na doutrina diz respeito ao momento do requerimento da prova, se somente durante a investigação policial ou se também poderia ser feita já no curso da ação penal.

Uma corrente minoritária defende que a medida pode ser requerida ou representada tanto na fase de investigação quanto requerida pelo Ministério Público na fase judicial, conforme defendido por Guilherme de Souza Nucci (2015, p.86). Segundo o doutrinador, ao prever no *caput* do art. 10 que o juiz apreciará o pleito após manifestação técnica do delegado "quando solicitado no curso de inquérito policial", permite concluir que seria possível requerer tal medida em momento outro que não no curso do inquérito policial, o que só poderia ser no curso da ação penal.

Outra corrente, majoritária, entende que a infiltração de agentes só poderá ser feita durante a investigação policial. Fundamenta o entendimento no fato de o art. 12, § 2º, da lei prever que "os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público". Ora, se acompanharão a denúncia é porque tem que ter sido realizado antes de seu oferecimento.

Filio-me à segunda corrente, não só pelos fundamentos expostos acima, mas por entender que a realização da infiltração no curso da ação penal inviabilizaria o instituto. Ora, como manter o sigilo da operação obedecendo

aos princípios do contraditório e ampla defesa, que regem a ação penal?

Uma vez deferida a medida no curso da marcha processual, não havendo como suspender o processo, por princípios constitucionais, a parte contrária teria o direito de tomar conhecimento, sob pena de nulidade da prova produzida. Uma vez conhecido da parte contrária, não faz sentido infiltrar um policial em uma organização criminosa assumindo todos os riscos inerentes à medida, confiando que a outra parte não vá informar os integrantes da organização.

Ademais, como se trata de uma medida excepcional, *ultima ratio*, como justificar seu requerimento se já foi oferecida a denúncia? Como justificar que já havia elementos mínimos para o oferecimento da ação penal e durante a ação penal entender que a infiltração seria a única forma de comprovar a infração?

Assim, pelos fundamentos acima expostos e, ainda, pela natureza eminentemente investigativa da medida, defendo só possa ser realizada durante a investigação policial, entendendo que a expressão utilizada pelo legislador no *caput* do art. 10 consiste em mero preciosismo legislativo. Neste sentido, Everton Luiz Zanella (2016, p.190):

> Em suma, embora não haja vedação legal para infiltração durante a fase judicial, ela, na prática, é absolutamente inviável diante das dificuldades de ser concretizada ao longo do processo-crime. Pior que isso: ela feriria, a nosso ver, os princípios da proporcionalidade (se já há processo em trâmite, a infiltração não seria a ultimaratio probatória), bem como, a ampla defesa e o contraditório (uma operação em andamento em fase de instrução judicial contraditória não poderia ser ocultada da defesa técnica – diferentemente do que ocorre com as diligências cautelares promovidas na fase investigativa.

Por fim, em se tratando de requerimento/representação, a lei traz algumas exigências que devem constar do pedido, tais como: demonstração da necessidade da medida, o que será ou poderá ser angariado pelos agentes como meio de prova e, quando possível o nome ou apelido dos integrantes e a localidade (art. 11 da Lei nº 12.850/13).

Esta exigência se dá, mais uma vez, em razão da excepcionalidade da medida, uma vez que se está sendo necessário socorrer-se a infiltração, é necessário que se tenha angariado um mínimo de informações (indícios de materialidade e autoria) por outros meios de prova.

Finaliza o art. 10 com a seguinte previsão: "(…) será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites."e)decisão judicial circunstanciada, motivada e sigilosa:

Esta previsão, cuja omissão foi a razão do veto presidencial quando da tentativa de introduzir o instituto no ordenamento jurídico brasileiro em 1995, passou a estar presente desde a Lei nº 10.217/01.

Segundo a doutrina, o termo "circunstanciada" quer dizer que a decisão judicial não deve se limitar a deferir a medida, mas sim estipular, o quanto seja possível, os limites e alcance da medida; enfim, deverá o magistrado, tanto quanto possível, especificar expressamente na decisão quais provas o infiltrado estará legitimado a produzir, como, por exemplo, apreensão de documentos, escuta ambiental, gravação, dentre outras.

Deverá, ainda, estipular prazos para emissão de relatórios por parte do infiltrado, duração da infiltração, delimitar o objetivo e justificar a imprescindibilidade da medida, enfim, deverá consignar na decisão tudo aquilo que possibilite um maior controle da operação, dando um verdadeiro norte aos executores da medida.

Já no que se refere à motivação, como sabido, por imperativo constitucional, toda decisão judicial deve ser devidamente motivada. Quanto ao sigilo, trata-se de providência essencial a ser adotada pelo magistrado, sob pena de comprometer e inviabilizar toda a produção de prova e, o que é ainda mais temeroso, se for quebrado no curso da infiltração, colocará em sério risco a vida dos infiltrados.

Assim, trata-se de medida essencial a ser adotada e fiscalizada pelo magistrado, que deve tomar as providências pertinentes para que o sigilo seja mantido, desde sua distribuição e tramitação (art. 12, caput e § 2º, da Lei nº 12.850/13), inclusive no interior de seu gabinete, o que também deve ser atentado pelo promotor e delegado.

Finalizando os requisitos para a implementação da medida, prevê a lei no § 3º do art. 10: "§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.". f) Prazo:

Este requisito legal visa garantir uma maior segurança e controle judicial em operação de tamanha relevância, na medida em que estipula um prazo máximo de efetivação da medida sem que se tenha nova decisão judicial. Ora, não poderá nenhuma operação de infiltração policial perdurar mais de 6 meses sem que o judiciário analise novamente a pertinência e imprescindibilidade da medida.

Isso não quer dizer que o judiciário só analisará a conveniência do prosseguimento da medida a cada seis meses, muito pelo contrário,

deverá o magistrado e as demais autoridades envolvidas, neste interstício, constantemente aferir e avaliar a plausibilidade em prosseguir com a infiltração, tanto que é possível a exigência de relatórios do infiltrado, até mesmo diário, se for o caso, justamente para que se acompanhe de perto a eficiência da produção das provas e os eventuais riscos suportados pelo infiltrado.

Não obstante, a previsão legal de duração máxima de seis meses garante uma segurança maior no controle da medida, sendo certo que ela pode ser renovada por, no máximo, igual período, quantas vezes se demonstre necessária e imprescindível.

3.2 RESPONSABILIDADES DO AGENTE INFILTRADO

Uma vez infiltrado, conforme já mencionado anteriormente, o agente poderá se ver em determinadas situações em que, para não estragar seu disfarce, seja necessária a prática de determinados ilícitos penais; nesse cenário, quais seriam as consequências quanto à responsabilização pelos atos praticados pelo infiltrado?

Em razão da ausência de previsão legal quanto ao tema nas legislações anteriores, existia um grande debate doutrinário relativo à possibilidade de o infiltrado praticar crimes sem ser responsabilizado, bem como quanto a quais seriam os crimes que poderiam ser praticados.

O fato é que não havia consenso na doutrina a respeito do tema, sendo que parte entendia que o infiltrado poderia praticar qualquer crime, desde que presentes a razoabilidade e a proporcionalidade, outros entendiam que não poderiam ser praticados crimes contra bens jurídicos considerados de alto valor, como a vida, por exemplo.

Com o advento da Lei nº 12.850/13, houve certa amenização nas divergências, já que ela disciplinou:

> 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.

Como se percebe, a lei não estipulou quais crimes podem ou não ser praticados, o que nos permite concluir que pode ser qualquer um, desde que não seja exigível do agente uma conduta diversa. Ou seja, não limitou os

crimes, mas também não foi dada uma "carta branca" ao infiltrado, já que só não responderá pelo fato se, analisando o caso concreto, não for exigível dele uma conduta diversa.

Outro aspecto que era muito discutido e que a nova lei acabou por deixar expresso girava em torno de qual seria a natureza desta isenção de responsabilidade pelos ilícitos praticados. Restou claro que a lei entendeu tratar-se de uma causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta adversa.

Não obstante a previsão legal, a doutrina não é pacífica quanto ao tema, entendendo que, a depender do ilícito praticado, irá incidir uma causa distinta de excludente. Segundo Cezar Roberto Bittencourt e Paulo César Busato (2014, p. 177-182), citado por Everton Luiz Zanella (2016, p. 210):

> Se o crime praticado encontra-se na esfera do previsto no projeto de infiltração (autorizado judicialmente), haverá uma situação de justificação (estrito cumprimento do dever legal) e o agente infiltrado somente responderá pelo crime se houver excesso, ou seja, se exceder os limites do que foi autorizado – art. 13 da Lei 12.850/2013.
> Porém, se o crime praticado pelo agente não estiver relacionado à investigação em curso – ou seja, estiver fora do alcance do projeto operacional autorizado -não mais falamos de causa excludente da ilicitude, mas sim, de culpabilidade, caso se verifique que o agente foi compelido a cometê-lo – art. 13, parágrafo único.

Já André Carlos e Reis Friede (2014, p. 80) entendem ser determinadas condutas atípicas, por ausência de dolo:

> Por conta disso, preferimos a primeira solução, porque, a nosso ver, a ação específica de se infiltrar na organização, com o objetivo de desmantelá-la, não se reveste de tipicidade, não sendo correto invocar, neste diapasão analítico, nem o estrito comprimento do dever legal, nem a causa excludente da culpabilidade insculpida no art. 13, parágrafo único, da Lei 12.850/2013

Henrique Viana Bandeira Moraes, em seu artigo "Da Responsabilidade Penal dos Agentes Infiltrados em Organizações Criminosas", publicado na Revista Jus Navigandi, defende ser uma causa de escusa absolutória, já que constituem causas pessoais de exclusão de pena, sendo melhor aplicável aos agentes infiltrados por política criminal.

De outro lado, Helena Frade Soares, em seu artigo "Da Infiltração Policial em Organizações Criminosas: Evolução, Espécie e Consequências", entende que, por imperativo legal, em qualquer situação o agente infiltrado não seria punido por uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, desde que inexigível conduta diversa.

Enfim, inegavelmente trata-se de questão que não será pacificada na doutrina, comportando diversas interpretações quanto à natureza jurídica do instituto que não pune o agente pelos crimes praticados, não obstante, há consenso de que ele deverá agir sem excessos e de forma proporcional.

Inicialmente, já quanto ao crime de ingressar na organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/13), entendemos, conforme o professor Zanella, que não seria aplicável a excludente da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa – até porque existe uma autorização judicial permitindo que o agente ingresse na organização, o que o faz voluntariamente, não podendo, portanto, afirmar que não seria exigível dele outra conduta. Ora, se o faz voluntariamente, é porque, em tese, seria possível uma conduta diversa, consistente no não ingresso à organização criminosa.

Dessa forma, filio-me à corrente que entende tratar-se de uma causa de exclusão da ilicitude, concernente no estrito cumprimento do dever legal, já que, ao infiltrar-se na organização criminosa, mediante a devida autorização judicial, estará o policial cumprindo um dever legal.

Já no que concerne a eventuais práticas de ilícitos em concurso com integrantes da organização criminosa, entendo que, em qualquer caso, seja nos crimes inerentes à organização, seja nos crimes estranhos à organização, estaremos diante da excludente da culpabilidade de inexigibilidade de conduta adversa.

Isso porque, ao praticar o ilícito, o agente o faz para preservar a investigação, seu disfarce ou sua própria vida, desde que, obviamente, seja inexigível dele outra conduta, analisando o contexto fático. Não nos parece correto afirmar que existe uma prévia autorização judicial para a prática de crimes inerentes à organização, até porque, pode ser que o agente infiltrado não necessite participar de crime algum.

Assim, entendemos que em qualquer situação que venha o agente policial a praticar crimes após estar infiltrado na organização, desde que proporcional e inexigível outra conduta, se estará diante da causa de exclusão da culpabilidade, concernente na inexigibilidade de conduta diversa.

Quanto às demais responsabilidades legais, ensina o professor Flávio Cardoso Pereira (2013, p. 427-431) que o agente infiltrado só irá responder pessoalmente por eventuais danos cíveis causados a terceiros caso aja com a finalidade de lucrar pessoalmente, nada tendo a ver com as tarefas de investigação, já que o Estado não pode suportar prejuízos financeiros causados por atos individuais e independentes dolosamente praticado por seus funcionários.

Sustenta, por fim, que o agente infiltrado estará sujeito às penalidades administrativas em caso de insubordinação a ordens de seu superior hierárquico, já que não há que se falar em violação ao princípio do *non bis in idem*, dada a independência das esferas penais e administrativas.

Embora na referida obra o professor esteja analisando o instituto à luz das legislações espanholas, entendo que o mesmo raciocínio deva ser aplicado ao Direito brasileiro, já que existe previsão constitucional quanto à responsabilidade civil do servidor em caso de agir com dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da CF); da mesma forma, em nosso ordenamento jurídico vigora a independência das esferas administrativa e penal, sendo a sanção administrativa independente da penal.

4. CONDIÇÕES E EFETIVIDADE DO INSTITUTO NO CENÁRIO BRASILEIRO ATUAL

Neste tópico abordaremos questões que, embora não sejam consideradas como requisitos legais para a aplicação do instituto, são essenciais para a aplicação da técnica de investigação.

Como se percebeu através do estudo até aqui realizado, que esta técnica de investigação, ainda que não regulamentada, existia desde o século XVII. Ainda que não regulamentada por lei, ela era utilizada para se obter informações dos adversários, sendo colocadas no fronte inimigo pessoas camufladas para obter tais informações. Quais eram as condições para que esta arrojada medida gerasse os frutos desejados?

Certamente que a condição mais importante para que se tenha sucesso na operação é a escolha acertada da pessoa do infiltrado que, naturalmente, deve passar por treinamento específico; talvez seja este o grande problema que enfrentaremos para colocar em prática no Brasil esta essencial técnica investigativa.

Como visto, este meio de prova vem sendo aplicado com muito sucesso na Europa e, principalmente, nos Estados Unidos da América desde a década de 70; grande exemplo do sucesso da infiltração de agentes já na década de 70 nos EUA foi retratado no conhecido filme DonnieBrasco, estrelado por Al Pacino e Johnny Depp, onde o agente Joe Pistone se infiltra na máfia italiana da família Bonanno, chegando a fazer parte da cúpula, colhendo provas que resultaram na prisão de centenas de pessoas.

Ocorre que nestes países existem sofisticados Centros de Treinamentos para Agentes Infiltrados, que preparam por anos o agente policial para que ele

reúna as condições mínimas que o permitam ingressar em uma organização criminosa sem colocar em risco a investigação e a sua própria vida, como, por exemplo, a *Central IntelligenceAgency* (CIA), com expertise em formar "espiões".

É necessário termos em mente que o agente infiltrado que, como sabemos, trata-se de um agente de polícia que foi adequadamente treinado e preparado para o combate ao crime de uma maneira mais tradicional, confrontando os "bandidos"; já na situação de infiltrado, irá exercer uma função diametralmente oposta, já que estará ao lado dos bandidos, se fazendo passar por um deles e, por vezes, tendo até que praticar crimes para manter seu disfarce.

A depender do tipo de infiltração, o agente terá que permanecer por meses ou anos infiltrado, levando uma vida paralela, com costumes distintos, nome falso, sem contato com amigos e familiares, enfim, agindo verdadeiramente como outra pessoa.

Dessa forma, é inegável que se torna extremamente necessário uma preparação e treinamento adequado para que os infiltrados consigam suportar tamanha pressão, não só física, mas, principalmente psicológica. Neste sentido, vejamos o que leciona Rogério Sanches Cunha, em seu artigo "A Figura do Agente Infiltrado e sua Responsabilidade Penal":

> Não será, decerto, todo e qualquer policial que revelará aptidão para a tarefa, cujas peculiaridades dos métodos a serem utilizados e o engajamento com pessoas de alta periculosidade, exigirá do agente especialíssimo preparo, sob pena de comprometer o sucesso da missão e, pior, de pagar com a própria vida em virtude de sua incapacidade (…)

Portanto, a principal condição para que o instituto seja satisfatoriamente utilizado é que se dê treinamento específico para tal finalidade aos agentes de polícia. No Brasil, pelo que se conhece, não existe nenhum Centro de Treinamento para Agentes Infiltrados, razão pela qual esta importantíssima técnica de investigação não vem sendo aplicada na prática, ao menos nos moldes do que disciplina a Lei 12.850/13, lamentavelmente.

O que se vê sendo aplicado em nosso país são agentes completamente despreparados e sem a devida proteção do Estado, apenas com a coragem, se "disfarçarem" e tentarem ingressar no grupo criminoso para obter alguma informação, sem que sequer o Judiciário ou o Ministério Público tenham conhecimento, ou seja, colocando em risco toda a produção da prova, dada sua questionável legalidade.

Estas medidas, em que pese por vezes gerarem frutos, não podem ser confundidas com o instituto da Infiltração de Agentes, sendo tão somente práticas investigativas utilizadas pela polícia, que se aproxima do "agente meramente *incubierto*" denominado pelo Direito Espanhol, como visto acima.

CONCLUSÃO

O Direito Penal e Processual Penal contemporâneo não mais se satisfaz somente com os antigos meios de produção de provas; à vista da evolução tecnológica, de novos instrumentos aplicados em prol do crime, da macrocriminalidade organizada, não há dúvidas de que a Lei nº 12.850/2013 ao prever e disciplinar diversos outros instrumentos probatórios, supriu uma necessidade há muito sentida em nosso ordenamento jurídico, consolidando-se como um imprescindível instrumento investigativo no combate ao crime organizado.

Notadamente a infiltração de agentes afigura-se como uma das principais inovações investigativas trazidas pela Lei do Combate ao Crime Organizado, com comprovado sucesso no desmantelamento de organizações criminosas em todo o mundo, principalmente Europa e Estados Unidos da América.

No que pertineà regulamentação jurídica, em que pese alguns questionamentos doutrinários a respeito de algumas omissões, o fato é que o instituto está satisfatoriamente regulamentado, prescindindo de qualquer norma complementar, sendo perfeitamente aplicável em nosso ordenamento jurídico, ao menos na teoria.

Não obstante a inegável evolução jurídica trazida pela Lei nº 12.850/2013, o fato é que, ao menos no que diz respeito à técnica investigativa da infiltração de agentes, é necessário, na prática, evoluir ainda muito mais, para que, efetivamente, o instituto seja aplicado nos moldes do que determina a lei, trazendo, de fato, resultados exitosos em investigações nacionais, do que até então não se tem notícias.

Com efeito, urge um investimento substancial na Polícia Brasileira, com construção de estrutura e pessoal adequados para formar verdadeiros agentes infiltrados, possibilitando, assim, a efetiva aplicação do instituto, obtendo-se resultados conforme vistos ao redor do mundo, onde o instituto já vem sendo aplicado há tempos e existem verdadeiros Centros de Treinamentos para Agentes Infiltrados. Sem a preparação e treinamento

adequado para o principal ator do instituto, o infiltrado, de nada adiantará a sua previsão legal, já que irrazoável a assunção de tamanho risco ao policial, sem um mínimo de preparo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.Diário Oficial da União, Brasília-DF, 04 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001.**Altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.Diário Oficial da União, Brasília-DF, 12 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ CCIVIL_ 03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 23 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogasilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencadas pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/Leis / L9034.htm>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**.Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.Diário Oficial da União, Brasília-DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional**. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 de outubro de 2013. Disponível em: <http://

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.Diário Oficial da União, Brasília-DF, 15 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/ Decreto/D5015.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003Diário Oficial da União, Brasília-DF, 1° de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 149.250/SP**. Relator Adilson Vieira Macabu. Diário da Justiça, Brasília-DF, 22 de março de 2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18501124/habeas-corpus-petdoc-no-hc-149250>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 127.483**. Plenário. Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli. PACTE. (S). :Erton Medeiros Fonseca. IMPTE. (S). Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.08.2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/diarioJustica.