

Infiltração Policial: possibilidade

Ricardo Antonio Andreucci

Definindo organização criminosa como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada 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”, a nova Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, dispôs, também, sobre a investigação criminal e sobre os meios de obtenção de prova dos delitos a ela relacionados, revogando expressamente a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995.

Dentre os meios de obtenção de prova para apuração de infrações penais praticadas por organizações criminosas, a nova lei destaca, no art. 3º, VII, a infiltração, por policiais, em atividades de investigação.

A infiltração não é figura nova em nosso ordenamento jurídico, já tendo sido prevista na redação originária do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.034/95, dispositivo esse que recebeu, à época, veto presidencial. O inciso I vetado pelo Presidente da República referia-se à “infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade”.

Baseava-se o veto claramente na ausência de autorização judicial para a infiltração policial, ressaltando, ainda, a polêmica preexclusão da antijuridicidade do crime cometido pelo agente infiltrado.

Posteriormente, a infiltração foi acrescentada ao art. 2º da Lei nº 9.034/95 pela Lei nº 10.217/2001, “mediante circunstanciada autorização judicial”.

Nessa sistemática, o “agente de polícia ou de inteligência” (na redação do art. 2º, V, da Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/01) atuaria com a identidade encoberta, tentando cultivar a confiança dos criminosos. Entretanto, diferentemente do agente provocador, estaria o infiltrado autorizado pelo juiz a participar da organização, ouvido, previamente, o Ministério Público.

Assim, o controle judicial da providência investigatória retiraria da autoridade policial o pleno poder discricionário de investigar, minimizando eventual hipótese de arbitrariedade.

Certamente que a infiltração de agentes, nos moldes em que foi prevista na lei anterior, não os autoriza, por si só, à prática delituosa, o que gerou interessante celeuma na doutrina e jurisprudência pátrias.

Poderia o agente infiltrado, para granjear a confiança dos demais integrantes da organização criminosa e não levantar suspeitas acerca de sua real situação, praticar ou participar de crimes? Nesse caso, seria responsabilizado penalmente pelos crimes que praticou?

Parcela da doutrina pátria já sustentava que a resposta a essas indagações estaria no Princípio da Proporcionalidade Constitucional (*Verhältnismaßigkeitsgrundsatz*, na doutrina alemã), segundo o qual, numa situação real de conflito entre dois princípios constitucionais, deve-se decidir por aquele de maior peso. Assim, entre dois princípios constitucionais aparentemente de igual peso, prevalecerá aquele de maior valor. Nesse sentido, não se justificaria, por exemplo, o sacrifício de uma vida em favor da infiltração do agente.

Assim, para que efetivamente ocorresse a isenção de responsabilidade penal do agente infiltrado, deveriam concorrer algumas exigências: a) a atuação do agente infiltrado precisaria ser judicialmente autorizada; b) a atuação do agente infiltrado que cometesse a infração penal deveria ser consequência necessária e indispensável para o desenvolvimento da investigação, além de ser proporcional à finalidade perseguida, de modo a evitar ou coibir abusos ou excessos; c) o agente infiltrado não poderia induzir ou instigar os membros da organização criminosa a cometer o crime.

Na nova Lei nº 12.850/13, a infiltração recebeu tratamento um pouco diferente, estando restrita a “agentes de polícia” (e não mais “de polícia ou de inteligência” da redação anterior), mantendo-se, entretanto, a necessidade de “circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial”.

Na nova sistemática, a infiltração poderá ser representada pelo Delegado de Polícia ou requerida pelo MP, quando houver indícios de infração penal praticada por

organização criminosa e a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. A infiltração será autorizada pelo prazo inicial de até 6 (seis) meses, podendo ser renovada, desde que comprovada sua necessidade, apresentando o infiltrado, ou a autoridade a quem estiver subordinado, relatório circunstanciado de tudo o que for apurado.

Explicitando ainda mais a operacionalização da infiltração, precioso instrumento de combate ao crime organizado, a lei exige que o requerimento do MP ou a representação do Delegado de Polícia contenham, dentre outros elementos, “o alcance das tarefas dos agentes”, a fim de que possa o juiz, ao autorizar a operação, estabelecer os “seus limites”, como expressamente dispõe a parte final do art. 10.

Prevê expressamente a nova lei, ainda, a obrigatoriedade de o agente infiltrado guardar, em sua atuação, “a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação”, respondendo pelos excessos praticados.

Nesse aspecto, sempre sustentamos (vide nosso *Legislação Penal Especial*, 9ª edição, Saraiva, 2013), ainda sob a égide da Lei nº 9.034/95, que a melhor solução seria considerar-se a eventual conduta criminosa praticada pelo agente infiltrado (muitas vezes necessária aos propósitos da infiltração e visando obter a confiança dos demais integrantes da organização criminosa) acobertada por uma causa de preexclusão da antijuridicidade, consistente na infiltração propriamente dita, autorizada judicialmente, atendido o Princípio da Proporcionalidade Constitucional.

Curioso notar, entretanto, que a nova lei, a par de se alinhar ao Princípio da Proporcionalidade Constitucional no “caput” do art. 13, estabelece, no parágrafo único, que “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”, estabelecendo expressamente causa excludente de culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa (conforme o Direito), a acobertar eventuais ilicitudes praticadas pelo infiltrado, isentando-o de responsabilidade. Essa não nos pareceu a melhor solução, até porque coloca o agente infiltrado em delicadíssima posição de ter que avaliar, muitas vezes em situação concreta de perigo durante o desenrolar da infiltração, a inexigibilidade de conduta diversa em sua atuação, a qual será posteriormente reavaliada e até mesmo rechaçada pelas autoridades, acarretando-lhe a eventual responsabilização pelos “excessos praticados”.

Melhor seria tivesse a nova lei ousado mais e erigido a infiltração propriamente dita em causa de preexclusão de antijuridicidade.

Vale citar, ainda, que o art. 14 do novo diploma previu expressamente alguns direitos do agente infiltrado.

Por fim, a infiltração, nos moldes em que foi prevista, tem suas regras adequadamente definidas, conferindo ao policial infiltrado garantias necessárias ao adequado desempenho de sua missão, e à sociedade a certeza de saber que toda a operação está sendo minuciosamente acompanhada e fiscalizada pelo Poder Judiciário e pelo MP. Não obstante as críticas que a nova lei venha a sofrer e mesmo que se entenda ainda serem insuficientes à contenção da criminalidade organizada os mecanismos por ela disciplinados, é inegável que houve notável avanço legislativo no trato da matéria, dotando-se a polícia, o MP e o Poder Judiciário de preciosos mecanismos de combate às organizações criminosas.