



INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS: O USO DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE, TIPICIDADE E CULPABILIDADE

INFILTRATION OF POLICE OFFICERS: THE USE OF ILICIT, TYPICITY AND CULPABILITY EXCLUSION

Felipe de Almeida Cezário Lombardi¹
Rodrigo Vaz Silva²

RESUMO

Nos últimos anos, com os avanços nos mecanismos de obtenção de provas em organizações criminosas, muito passou-se a discutir sobre os limites de atuação de agentes policiais, sobretudo no âmbito da infiltração policial. É fato que apesar de existir uma legislação específica que versa sobre o tema (Lei 12.850/2013) ainda existe uma série de discussões sobre a punibilidade da conduta do agente e o uso de excludentes de antijuridicidade. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar de que forma as excludentes de ilicitude, tipicidade e culpabilidade podem ser utilizadas para justificar os delitos ou crimes cometidos por agentes policiais infiltrados em prol do êxito das investigações. A partir de uma revisão bibliográfica, evidenciou-se que os crimes praticados por agentes infiltrados devem ser avaliados com rigor e cautela, haja vista que a legislação em vigor não trata, em específico, das exceções a serem levadas em consideração no desenrolar das ações investigatórias.

Palavras-chave: Crime Organizado. Agente Infiltrado. Excludentes de antijuridicidade.

ABSTRACT

In the last years, with the advances in the mechanisms of obtaining evidence in criminal organizations, much has been discussed about the limits of action of police officers, especially in the area of police infiltration. It is a fact that although there is a specific legislation on the subject (Law 12.850 / 2013) there is still a series of

¹Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade de Passo Fundo (UPF), acadêmico de Curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado. Campus Concórdia. Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: felipedeacl@gmail.com

²Mestre em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp, Bacharel em Direito pela Universidade do Rio Grande (FURG), Professor de Curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado. Campus Concórdia. Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: rodrigo.silva@professor.unc.br

discussions about the punishable conduct of the agent and the use of anti-juridical exclusion. In this context, the purpose of this article is to analyze how the exclusionists of unlawfulness, typicality and guilt can be used to justify the crimes or crimes committed by infiltrated police officers for the success of the investigations. From a literature review, it was evident that the crimes committed by undercover agents must be rigorously and cautiously evaluated, given that the current legislation does not specifically address the exceptions to be taken into account in the course of the proceedings. investigative actions.

Keywords: Organized Crime. Infiltrated Agent. Antijuridity excluders.

1 INTRODUÇÃO

Diante do contexto atual de expansão da criminalidade organizada, é substancial que existam meios de investigação realmente eficazes na desestruturação de tais organizações. Um dos instrumentos que pode ser utilizado nesses casos é a infiltração de agentes policiais, regulamentado pela Lei nº 12.850 de 2013 e 13.441 de 2017 – no âmbito de crime organizado em meio cibernético, o qual possibilita um conhecimento mais aprofundado sobre a estrutura da organização e favorece, ao mesmo tempo, a coleta de provas decisivas para que ocorra o desmantelamento e a condenação do grupo.

Insta salientar que no ordenamento jurídico brasileiro existem algumas condutas que, quando praticadas em situações específicas e atendendo a condições descritas nas prerrogativas legais, extinguem a punição do autor do fato, são as chamadas excludentes – de ilicitude, de tipicidade e de culpabilidade, as quais possuem, cada qual, suas particularidades.

As excludentes de ilicitudes encontram-se elencadas no Código Penal, e envolvem o Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Estricto Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular de Direito. As excludentes de tipicidade, por sua vez, englobam o caso fortuito, a força maior, a coação física irresistível, os estados de inconsciência e os movimentos reflexos. Já a culpabilidade é composta por três elementos, sendo que somente a Inexigibilidade de Conduta Diversa pode ser aplicada no âmbito de agentes policiais infiltrados.

Salienta-se que, para que tais excludentes possam ser aplicadas, é fundamental que seja verificada a real necessidade das ações do agente infiltrado

com o fito de evitar excessos e abusos na ação policial e também de determinar se os crimes foram cometidos com fins legítimos – em prol da investigação – ou particulares.

Nesse contexto, surge o problema da pesquisa: de que forma as excludentes de ilicitude, tipicidade e culpabilidade podem ser utilizadas na atuação de agentes policiais infiltrados? Com a finalidade de responder tal problemática, o presente estudo tem por objetivo geral analisar de que forma as excludentes de ilicitude, tipicidade e culpabilidade podem ser aplicadas para justificar os delitos ou crimes cometidos por agentes policiais infiltrados em prol do êxito das investigações, isentando-os de responsabilidade penal sobretudo no cenário do combate ao crime organizado.

Ademais, como objetivos específicos, discute-se acerca das organizações criminosas no Brasil – como surgiram e de que modo atuam, e apresentam-se as prerrogativas legais que embasam e caracterizam a infiltração policial como uma forma de investigação do crime organizado. Para atingir tais objetivos, realizou-se uma revisão bibliográfica em material científico já publicado sobre o tema, bem como em normativas e jurisprudências que versam sobre o problema da pesquisa.

2 DESENVOLVIMENTO

Em face das intensas transformações das relações sociais como um todo, faz-se necessário que o Direito esteja em constante evolução a fim de atender as demandas da população e de normatizar os mais variados fenômenos que surgem na dinâmica das sociedades. Uma das situações que mais tem mobilizado o ordenamento jurídico nas últimas décadas diz respeito ao crime organizado, cada vez mais disseminado.

Frente à ostensividade das organizações criminosas, institutos legais foram promulgados com o intuito de coibir esse tipo de crime, de instituir técnicas de persecução penal e também de regulamentar a questão dos instrumentos de investigação nesses casos, dentre os quais de se destaca, no contexto desta pesquisa, a ação do agente infiltrado (MENDRONI, 2007).

Diante da necessidade de atuar conforme o ambiente no qual está inserido, e considerando também a hostilidade da situação, o agente infiltrado muitas vezes se

vê obrigada a cometer um delito para garantir o sucesso da investigação ou para preservar sua vida. Nesses casos, é essencial discutir sobre as excludentes que podem ser invocadas com intuito de abolir a característica criminosa das ações (FRANCO, 1994).

Com a finalidade de embasar as discussões sobre o tema em questão, serão discutidos, na presente seção, aspectos teóricos e legais referentes à infiltração policial e aos excludentes que podem ser aplicados em casos de cometimento de crimes.

2.1 O CRIME ORGANIZADO

Sabe-se que o crime organizado não consiste em um fenômeno recente na história da humanidade. De acordo com os estudos de Silva (2003), as primeiras organizações criminosas das quais se tem registro envolvem as máfias italianas, japonesas e chinesas, originárias nos anos finais do século XVI e iniciais do século XVII. De uma forma geral, ambas possuíam origens rurais e tinham como objetivo principal proteger os camponeses dos abusos e excessos cometidos por aqueles que detinham poder.

Zaffaroni (1996), por sua vez, revela que as referidas máfias, apesar de serem consideradas como organizações criminosas, não se enquadram nos moldes do crime organizado tal como ele é concebido hoje em dia. Isso porque, segundo o autor, a criminalidade organizada é passível de existência somente em um mundo no qual se tem o capitalismo como regime econômico.

No Brasil, por sua vez, tem-se o movimento do cangaço como o primeiro antecedente das organizações criminosas do país. Atuante na região nordeste nos anos de transição entre os séculos XIX e XX, e com uma origem embasada no coronelismo existente naquela região, o cangaço apresentava uma organização hierárquica e realizava, dentre outros delitos, extorsão de dinheiro, saques e sequestros. É importante salientar que, por trás de tais ações, havia ainda fazendeiros e políticos corruptos que apoiavam o movimento e inclusive o financiavam com armas (SILVA, 2003).

Anos mais tarde, mas ainda no início do século XX, surgiu aquela que é considerada a primeira organização criminosa de fato no Brasil, o “jogo do bicho”,

surgida inicialmente como um jogo de azar que acabou sendo patrocinado por grupos organizados que passaram a deter o seu monopólio por meio de envolvimento corrupto de agentes públicos (SILVA, 2003).

Com o avançar dos anos e com as mudanças na sociedade brasileira, uma outra variedade de delitos passou a ser incluída em casos de crime organizado. Conforme as colocações de Gomes e Cervini (1997),

[...] todo diagnóstico social é muito problemático e discutível no Brasil, como sabemos, porque temos uma carência quase absoluta de investigações e dados empíricos. Apesar disso, talvez possamos arriscar que o crime organizado no nosso território ou seu lado mais saliente esteja ligado ao tráfico de drogas e de armas, corrupção (fraude contra o erário público ou contra a coletividade), furto e roubo de automóveis e roubo de cargas. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 83-84).

Um fato de relevância para compreensão da temática em questão diz respeito ao surgimento de organizações criminosas dentro de presídios e penitenciárias, sobretudo a partir das décadas de 70 e 80. Tem-se, por exemplo, o surgimento das violentas organizações conhecidas como “Comando Vermelho”, “Falange Vermelha” e “Primeiro Comando da Capital” – PCC. De acordo com Salla (2008), tais grupos criminosos são marcantes no desenvolvimento do crime organizado no Brasil.

José (2010), em seus estudos, postula que as inúmeras dificuldades encontradas pelas autoridades e dos órgãos administrativos na garantia da ordem dentro dos presídios levou, dentre outros problemas, ao desenvolvimento e manutenção da criminalidade organizada nas instituições de cumprimento de pena. Se aproveitando das possibilidades de geração de lucro no sistema penitenciário, os referidos grupos passaram a estender sua atuação para fora dos presídios, sobretudo no âmbito do tráfico de drogas.

Tais modificações na forma de atuação das organizações criminosas no decorrer dos anos levaram a uma maior abrangência no uso do termo “crime organizado”, como pontua Mendroni (2007):

São inúmeras as organizações criminosas que existem atualmente. Cada uma assume características próprias e peculiares, amoldadas às próprias necessidades e facilidades que encontram no âmbito territorial em que atuam. Condições políticas, policiais, territoriais, econômicas, sociais, etc., influem decisivamente para o delineamento destas características, com

saliência para umas ou outras, sempre na conformidade das atuações e com o objetivo de obter maiores fontes de renda. (MENDRONI, 2007, p. 11).

Sob o aspecto normativo, as organizações criminosas podem ser definidas da seguinte forma:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013).

Apesar das particularidades existentes nas organizações criminosas, algumas características podem ser consideradas comuns, dentre as quais são destacados por José (2010):

- Acumulação de poder econômico por parte dos integrantes da organização, uma vez que normalmente as atividades do grupo são desenvolvidas com base na oferta de serviços e produtos “proibidos” e, portanto, escassos e que altamente lucrativos;
- Elevado poder de corrupção, envolvendo principalmente agentes públicas nos três níveis de poderes Estatais;
- Necessidade de legalização do lucro obtido ilicitamente, ou seja, tornar lícitos os lucros obtidos por meio do crime;
- Elevado poder de intimidação, tanto nos membros da organização quanto na população de um modo geral. Normalmente são utilizados métodos violentos para a obtenção de lucro ou até mesmo para punição de membros que revelam informações sobre o grupo;
- Conexões locais e internacionais, contando inclusive com divisão de territórios no que concerne a atuação das organizações; e
- Existência de uma hierarquização e relação com a comunidade. As organizações criminosas costumam contar com uma rigorosa divisão de tarefas e, com o fito de conquistarem a simpatia da população do local no qual atuam, fazem ampla oferta de serviços sociais.

Além de tais características, Franco (1994) pontua ainda outros pontos de relevância para se compreender como ocorre a atuação das organizações criminosas:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com grupos deliquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado. (FRANCO, 1994, p. 70).

É evidente, com base em todas as características descritas, que para combater o crime organizado o Estado deve fazer uso de ferramentas e técnicas que possibilitem a repressão e o combate de tal crime por meio da coleta de provas e posterior condenação dos envolvidos nas organizações. De fato, José (2010) assevera que a legislação brasileira, nos últimos anos, tem procurado evoluir nos métodos de investigação do crime organizado, sobretudo com o objetivo de obtenção de provas.

Andrade (2008) revela que as inovações nos métodos investigativos se mostraram cada vez mais necessárias por conta da própria forma de atuação das organizações criminas. Além dos atos criminosos violentos e complexos, os indivíduos que fazem parte do crime organizado atuam de modo a eliminar toda e qualquer prova que possa existir contra eles.

Um dos métodos mais relevantes de investigação nesses casos consiste na infiltração de agentes policiais, instrumento devidamente regulamentado na legislação brasileira e que constitui o foco do presente estudo.

2.2 INFILTRAÇÃO POLICIAL

A infiltração policial consiste em um método investigativo que pode ser compreendido como sendo

[...] a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor do crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detecta, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles (CUNHA; PINTO, 2014, p. 96).

Apesar da figura do agente infiltrado (ou agentes delatores, como eram anteriormente chamados) já existir desde o século XIV, com a finalidade de descobrir os inimigos políticos dos modelos de organização política vigente, sua abordagem no ordenamento jurídico brasileiro é considerada relativamente recente (BEZERRA, 2015).

A Lei nº 9.034/1995, também conhecida como Lei do Crime Organizado, consiste na primeira prerrogativa legal que abordou a temática em discussão. Por meio do referido dispositivo, instituíram-se os primeiros instrumentos, devidamente regulamentados, de combate às organizações criminosas. Em seu artigo 2º, postula-se:

Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

I – a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade (BRASIL, 1995).

Apesar de inovar no âmbito da repressão à criminalidade, o referido dispositivo permitia a infiltração de agentes policiais sem a necessidade de autorização judicial e, além disso, concedia autorização para que o agente cometesse crimes, preexcluindo a antijuridicidade. Por conta de tais problemáticas, a redação acima apresentada foi vetada pelo artigo 2º da Lei nº 10.217/2001, a partir da qual permitiu-se, na persecução criminal, a “[...] V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”.

Vale destacar que nos anos que se seguiram à promulgação dessa lei, outras modificações foram feitas no âmbito da infiltração policial, sem que houvesse, contudo, um melhor detalhamento sobre os procedimentos a serem realizados no

desenvolver dessa técnica. Esse cenário levou a uma insegurança jurídica no que diz respeito às particularidades da infiltração e à responsabilização penal do agente infiltrado, o que prejudicava, de certa forma, a efetividade do referido método (BEZERRA, 2015).

Em decorrência disso, promulgou-se, em 2013, a Lei nº 12.850, que além de abordar a questão das organizações criminosas e dos instrumentos de investigação existentes, detalhou as normas e os procedimentos da infiltração policial, os prazos da infiltração, bem como os direitos e as responsabilidades penais do agente. O artigo 10º da Seção III da referida legislação determina:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerido pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso do 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. (BRASIL, 2013).

É importante destacar que o agente infiltrado consiste em um membro do Estado que, por intermédio de uma autorização legal, atua de modo a se infiltrar em uma organização criminosa com o intuito de conquistar a confiança dos seus membros e descobrir informações relevantes à investigação dos delitos cometidos pela organização. Bezerra (2016) revela ainda que o agente infiltrado pode ser compreendido tanto como um meio de obtenção de prova (identificação de fontes de prova) como um meio de prova (instrumento pelo qual se insere as fontes de prova na investigação).

Salienta-se ainda que a referida legislação tratou de estabelecer também limites de atuação do agente infiltrado:

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 (BRASIL, 2013).

Sendo assim, compreende-se que em cada conduta realizada pelo Agente, deve o Juiz verificar a razoabilidade da ação praticada, que não deve ser lesiva aos direitos fundamentais que não estejam em razoabilidade com os objetivos da operação. Uma das grandes problemáticas da infiltração policial, e que consiste no foco do presente estudo, reside na prática de condutas típicas por parte do agente infiltrado no decorrer da investigação, o que é, muitas vezes, inevitável (GUERRA, 2017).

José (2010) assevera que apesar da existência de doutrinas contrárias à referida concepção, é essencial que o agente faça parte das atividades da organização criminosa para que possa se infiltrar de forma eficaz sem que sua identidade seja colocada a prova.

É importante destacar que não há, na legislação brasileira vigente, qualquer dispositivo que aborde a questão da punibilidade de crimes que venham a ser cometidos pelos agentes infiltrados no curso da investigação, sendo assim, quando isso ocorre, faz-se uso do que é disposto nas doutrinas e nas jurisprudências que versam sobre o tema. Boa parte das doutrinas compreende que as excludentes de antijuricidade consistem na solução ideal para a referida problemática, as quais serão abordadas nas seções a seguir.

2.3 EXCLUDENTES DE ANTIJURICIDADE

Abordando a questão das excludentes de antijuricidade, salienta-se que existem diferentes concepções sobre o tema, tanto doutrinárias quanto legislativas e jurisprudenciais. No presente estudo, será traçado um panorama geral sobre as excludentes e quando estas podem ser invocadas no âmbito da infiltração de agentes policiais.

Inicialmente, é importante discorrer sobre a prática do ato delituoso em si. Martins (2008) assevera que toda e qualquer conduta humana – e, por conseguinte,

todo e qualquer delito – é realizada com uma finalidade específica e, sendo assim, são pensados e planejados de forma racional. Nesse sentido, conforme o autor supracitado, um delito pode ser caracterizado como um crime quando há a presença da tipicidade, da antijuricidade – ou ilicitude, e também da culpabilidade.

Sobre a tipicidade, salienta-se que esta consiste na “adequação do fato humano ao tipo ilícito contido na norma incriminadora. Ou, em outras palavras: é a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal” (MARTINS, 2008, p. 65). De um modo geral, considera-se a existência de duas modalidades de tipicidade: formal, na qual ocorre uma adequação da conduta ao tipo penal; e material, na qual se verifica a importância do bem atingido no caso em questão e fim de se verificar se este deve ou não ser protegido pelas prerrogativas legais disponíveis.

De acordo com as reflexões de Ito e Ito (2019), será evocado o excludente de tipicidade quando:

- a) houver coação física absoluta, ou seja, a conduta não é realizada de forma livre. No caso dos agentes policiais infiltrados, pode ocorrer a necessidade de se praticar um delito contra a vontade própria, principalmente em casos no qual existe ameaça ou coerção;
- b) existir incidência do princípio da insignificância, o qual considera que crimes que causam um ofensa irrelevante ao bem jurídico protegido pela tipicidade penal não devem ser punidos;
- c) existir incidência do princípio de adequação social, a partir do qual se concebe que condutas socialmente toleradas não podem ser tidas como criminosas, por mais que se enquadrem em fatos típicos; e ainda
- d) existir incidência da teoria da tipicidade conglobante, a qual determina que um conduta fomentada ou até mesmo tolerada pelo Estado não pode ser considerada como conduta típica.

Sobre a questão da antijuricidade, Greco (2011, p. 234) postula que “a maioria dos doutrinadores entendem que a tipicidade exerce uma função indiciária da ilicitude, uma vez que, sendo a conduta tida como típica, é bem possível que seja também antijurídica”. Vale destacar que muitas vezes a conduta do agente infiltrada

não se enquadra nos excludentes de tipicidade, sendo considerada, portanto típica. Entretanto, ela pode não ser tida como ilícita ou antijurídica.

Dentre os excludentes de ilicitude destacam-se: o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito; o estrito cumprimento do dever legal. De acordo com Jesus (2011), o estado de necessidade existe quando há um embate de interesses protegidos no âmbito jurídico, sendo que um prevalece sobre o outro. Entende-se, por exemplo, que em determinadas situações algum bem jurídico deverá ser sacrificado em prol de outro.

Sobre a legítima defesa, esta pode ser compreendida como sendo “aquela requerida para repelir de si ou de outrem uma agressão atual e ilegítima. Seu pensamento fundamental é que o Direito não tem por que ceder ante o injusto” (BITENCOURT, 2011, p. 374). Tal excludente pode ser aplicado nos casos em que o agente policial se vê obrigado a cometer um crime com o intuito de preservar sua própria vida.

Com relação ao exercício regular do direito, destaca-se que não há uma conceituação legal para o termo, compreendido por algumas doutrinas como o cumprimento de “situações expressas nas regulamentações legais em sentido amplo, ou até mesmo dos costumes, [...] podendo ainda tratar-se de norma codificada ou consuetudinária” (GRECO, 2011, p. 366). Situação semelhante ocorre nos casos de estrito cumprimento do dever leal, o qual diz respeito aos

[...] deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc. (GRECO, 2011, p. 361).

De um modo geral, considera-se, portanto, que as excludentes de antijuricidade atingem os elementos constitutivos do crime. Além dos excludentes de ilicitude e tipicidade, resta ainda tratar da questão da culpabilidade:

A culpabilidade é [...] a possibilidade de ser considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo de valor do agente [...] Na

culpabilidade afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime cometido. Em hipótese alguma será possível a exclusão do dolo ou da culpa ou da ilicitude nessa fase, uma vez que tais elementos já foram analisados nas precedentes. Por essa razão, culpabilidade nada tem a ver com o crime, não podendo ser qualificada como seu elemento. (MARTINS, 2008, p. 66).

Diz-se, então, que a excludente de culpabilidade recai sobre a figura do agente infiltrado, podendo ser:

- a) imputabilidade, quando é imputado ao agente, de forma juridicamente expressa, a prática de um fato típico ou punível;
- b) ausência da potencial consciência da ilicitude, nos casos em que o agente compreende, mesmo que de forma potencial, que suas condutas violam preceitos legais; e
- c) inexigibilidade de conduta diversa, quando o agente age em concordância com determinações legais.

É essencial destacar que a aplicação de tais excludentes deve ser realizada a partir de uma adequada análise de cada caso, considerando ainda os princípios da proporcionalidade e as determinações basilares do Direito Penal.

3 AS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE NO CENÁRIO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Discutidas as particularidades dos excludentes de antijuricidade é essencial apresentar que forma tais excludentes podem ser aplicados em casos de excessos na atuação de policiais infiltrados. Tal qual evidenciado no artigo da Lei nº 12.850/13, são puníveis apenas os excessos cometidos pelos agentes infiltrados, isto é, as condutas ilícitas realizadas sem a finalidade de colheita de informações sobre as atividades da organização criminosa deverão ser julgadas como tal. Assim sendo, desde que o agente não cometa excessos, estará agindo sob o embasamento do excludente de ilicitude em decorrência do cumprimento de seu dever legal (BRASIL, 2013).

O cumprimento do dever legal talvez seja um dos pontos de maior relevância a se discutir no contexto do problema da presente pesquisa. De acordo com as

colocações de Tourinho (2003), embora a simples associação do agente a demais pessoas para a prática de um crime consista em uma conduta tipificada pelo Código Penal, não se pode dizer que esta é contrária ao ordenamento jurídico, isso porque “não seria razoável admitir-se uma ‘infiltração’ em associação criminosa sem que se permitisse ao agente dela fazer parte” (TOURINHO, 2003, p. 6). Dessa forma, não há sentido em imputar os agentes infiltrados por conta de crimes associativos de associação criminosa, uma vez que a própria lei permite tal atuação.

É o que defende Kozlowski (2007):

[...] no momento em que o Poder Judiciário expede uma autorização, o ordenamento jurídico passa a coadunar-se com a prática daquelas condutas, de modo que não podem ser consideradas contrárias ao Direito. Nesta linha, à luz da clássica doutrina, teríamos a presença de uma causa de justificação, denominada estrito cumprimento do dever legal (KOZLOWSKI, 2007, p. 1).

Tal posicionamento, entretanto, não é defendido por outros autores que “não conseguem enxergar na prática delituosa o cumprimento do dever, visto que não se concebe que um policial tenha o dever de delinquir” (PACHECO, 2007, p. 131). Para os doutrinadores que defendem tal tese, a excludente de antijuricidade não pode ser utilizada para a não responsabilização do agente infiltrado por considerar que suas ações delituosas consistem em um desvio de conduta.

Assim sendo, considerando que a adesão do agente policial infiltrado às associações criminosas encontra respaldo legal no processo de investigação, o grande problema da atuação do referido agente reside nas suas ações durante a infiltração, haja vista que não há uma previsão legal quanto a conduta que deve ser seguida por este. De acordo com as colocações de Moraes (2012), existem duas classes principais de crimes cometidos por agentes infiltrados em organizações criminosas: crimes realizados por conta da provocação ou instigação do agente; e crimes praticados com a participação do agente.

No primeiro caso, diz-se que o agente policial infiltrado torna-se um agente provocador, o qual pode ser definido como “todo agente [...] que, **no desempenho irregular de suas funções**, instiga uma conduta criminosa de terceiro, tomando todas as medidas para que o autor seja imediatamente surpreendido em flagrante delito” (SOUSA, 2015, p. 45, grifo nosso). Diz-se, portanto, que o agente infiltrado

instiga, por ímpeto ou má-fé, a prática de condutas criminosas entre os membros da organização investigados com o fito de possibilitar a punição destes.

Uma consideração de relevância nessa situação reside no fato de que esta provocação atenta contra a dignidade do cidadão e, além disso, excede os limites determinados para o exercício da infiltração policial. Assim, mesmo que o agente esteja cumprindo seu dever legal, não cabe aqui a aplicação dos excludentes de antijuricidade, uma vez que houve excesso em sua atuação (MORAES, 2012).

O segundo caso, mais complexo, pode ocorrer de duas formas: prática de crimes relacionados às atividades da organização criminosa; ou realização de infrações que não encontrem conexão com as atividades da organização criminosa (por exemplo, prática de homicídio durante a investigação de uma quadrilha que atenta contra o patrimônio). Nessas duas situações, há uma série de posicionamentos doutrinários que analisam a questão sob o viés dos elementos do crime e também da punibilidade dos agentes.

Jesus e Bechara (2005), nesse contexto, discutem sobre a natureza jurídica dos excludentes da responsabilidade penal dos agentes nos casos citados:

É possível identificar as seguintes soluções: 1) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Isto porque, se o agente infiltrado tivesse decidido não participar da empreitada criminosa, poderia ter comprometido a finalidade perseguida com a infiltração, ou seja, não havia alternativa senão a prática do crime; 2) escusa absolutória: o agente infiltrado age acobertado por uma escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. A importância da sua atuação está diretamente associada à impunidade do delito perseguido; 3) trata-se de causa excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal. 4) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado [...]. (JESUS; BECHARA, 2005, p. 20).

Quando se fala na aplicação da excludente de tipicidade da conduta do agente infiltrado, são os dois os fundamentos que embasam este uso: a) ausência de imputação subjetiva, uma vez que o agente não atua com o objetivo de praticar o delito, mas sim com a finalidade de cumprir a tarefa que lhe foi incumbida no curso da investigação – diz-se, nesse caso, que não há dolo na atuação do agente; e b) ausência de tipicidade conglobante, que deve ser também verificada em cada caso, como já ocorre com a tipicidade formal.

De modo a aprofundar a segunda hipótese apresentada, Greco (2007) leciona:

A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material). [...] não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomenta (GRECO, 2011, p. 157).

É importante frisar, nesse contexto, que não há qualquer pressuposto legal que imponha ou fomenta ao agente infiltrado a prática de ações delituosas, e a infiltração policial visa unicamente a obtenção de provas referentes às práticas das organizações criminosas. Por conta disso, a ausência de tipicidade conglobante não pode ser motivo para a não responsabilização do agente infiltrado que cometeu crimes.

A partir do que foi apresentado, fica evidente que conforme o caso concreto e o entendimento doutrinário, as excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade não podem ser utilizadas como meio de isentar o agente infiltrado de sua responsabilidade diante de delitos cometidos no curso da investigação. Sendo assim, Pacheco (2007) destaca a relevância da escusa absolutória nessa problemática:

A escusa absolutória aparece fundamentada em motivos transitórios e de conveniência, pois o legislador considera mais útil tolerar o delito que lhe castigar, ainda que reconhecendo que exista delito e que há pessoa que possa responder por ele. Assim, de forma sintética, as escusas absolutórias são circunstâncias pessoais que, por estrita razão de política criminal de utilidade em relação à proteção do bem jurídico, excluem a imposição de pena, restando o pleno reconhecimento da existência do crime, sem, no entanto, a correspondente aplicação de pena (PACHECO, 2007, p. 133).

Considerando tais colocações, fica evidente que as escusas absolutórias consistem em causas pessoais de exclusão de pena que encontram respaldo legal e são, inclusive, utilizadas em outros países que também fazem uso da infiltração policial enquanto meio de investigação de organizações criminosas como uma forma de garantir maior segurança ao infiltrado e preservar os objetivos da investigação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto, evidencia-se que nos últimos anos tem se observado intensas mudanças não somente nas formas de execução dos crimes, mas também nos métodos de investigação e repressão. Diante da complexidade do crime organizado, cada vez mais agressivo e sem limites no âmbito moral e geográfico, o Estado se vê muitas vezes sem um instrumento efetivo de controle nesses casos.

Tal situação é vista por muitos autores como um motivador para a criação de novos meios de investigação, como é o caso da infiltração de agentes policiais. Mesmo reconhecendo a importância de tal ferramenta na esfera criminal, bem como sua legitimidade, é fundamental que exista um respeito aos direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

Com a difusão das novas tecnologias e com a rapidez com as quais as informações são difundidas, tem se tornado cada vez mais comum as especulações em torno da ação de policiais infiltrados, sobretudo quando crimes são cometidos pelos agentes – seja em prol do êxito da operação ou com fins particulares. É importante salientar que a própria legislação existente sobre o tema determina que as ações do agente infiltrado devem satisfazer os requisitos da adequação, da necessidade e também da proporcionalidade.

Compreender essas características, bem como as pormenoridades existentes no desenrolar das ações do agente infiltrado, é primordial para determinar as possibilidades de uso dos excludentes – ou seja, para evitar que o agente seja responsabilizado, no âmbito criminal, por um delito cometido com fins de investigação, desde que inexista o excesso. É importante salientar que a isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado deve obedecer a parâmetros criteriosos e se enquadrar, de forma evidente, em um dos excludentes: de ilicitude, de tipicidade e de culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Métodos ocultos de investigação**. Justiça Penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma. São Paulo: IBCCrim, 2008.

BEZERRA, Marília Andrade. **A responsabilidade penal do agente infiltrado no contexto das organizações criminosas**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília: Diário Oficial da União, [2001]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10217-11-abril-2001-358150-publicacaooriginal-1-pl.html>.

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília: Diário Oficial da União, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília: Diário Oficial da União, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm.

CUNHA, Rogério Sanches da; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: comentários à nova lei sobre Crime Organizado: Lei n. 12.850/2013. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 2, n. 21, p. 65-78, set. 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime organizado**: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUERRA, Aline Ferreira. **Agente infiltrado em organizações criminosas**: punibilidade da conduta do agente infiltrado. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade do Norte Novo de Apucarana, Apucarana, 2017.

ITO, Michel; ITO, Lilian Cavalieri. Das excludentes de tipicidade. **Boletim Jurídico**, v. 1, dez. 2019. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4296/das-excludentes-tipicidade>. Acesso em: 01 dez. 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

KOZLOWSKI, Igor. **Infiltração de agentes policiais vs. princípios ordenadores do estado democrático de direito**: breves considerações. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007.

MARTINS, Jorge Augusto de Souza. **A responsabilidade penal do agente infiltrado**. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batluoni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Da responsabilidade penal dos agentes infiltrados em organizações criminosas. **Âmbito Jurídico**, dez. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-responsabilidade-penal-dos-agentes-infiltrados-em-organizacoes-criminosas/>. Acesso em: 27 maio 2020.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007

SALLA, Fernando. Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 374-375, mar./abr. 2008.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **A Infiltração de agentes em quadrilhas ou bandos, organizações ou associações criminosas**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2003.

ZAFFARONI, Raúl. **Crime organizado**: uma categorização frustrada. Rio de Janeiro: Relume, 1996.

Artigo recebido em: 02/04/2020

Artigo aceito em: 22/06/2020

Artigo publicado em: 12/08/2020