

A Infiltração de Policiais no Direito Espanhol

Márcia Monassi Mougenot Bonfim*

Introdução

O presente trabalho visa introduzir o leitor brasileiro na compreensão da moderna legislação espanhola, no que se refere à previsão, limites e características da utilização do chamado «agente infiltrado» como instrumento de combate à criminalidade organizada. Em verdade, a legislação nasce da constatação de que a ação dos grupos criminosos organizados sempre dificultou a obtenção de provas, uma vez que os instrumentos clássicos de investigação, voltados à apuração da criminalidade comum, mostraram-se insuficientes, surgindo daí a necessidade de previsão de novos instrumentos e, por conseguinte, mudanças na legislação com a finalidade de dar uma resposta compatível à gravidade dos crimes por eles cometidos. Busca-se, assim, um direito adequado a um momento social e a uma determinada sociedade, é dizer, à sociedade espanhola, e talvez mesmo, à «sociedade internacional», na medida em que a criminalidade organizada desconhece fronteiras.

Por isso, a tendência hoje observada em diversos países, notadamente nos Estados Democráticos, é de ao lado de uma modernização do Direito Penal –com a previsão de novos delitos e agravação das penas– estabelecerem técnicas eficazes de investigação de crimes praticados por organizações criminosas, dentre elas a ação controlada e a «infiltração de policiais» no meio investigado. Estes instrumentos, além de fornecerem os elementos

* Promotora de Justiça de Santo André - SP
Doutoranda em Direito Processual na Universidad Complutense de Madrid - Espanha

de prova necessários para uma resposta a essa criminalidade, não descuidam dos princípios e garantias constitucionais.

O presente estudo trata da análise de um destes mecanismos: a técnica de investigação que permite que policiais se infiltrem em organizações criminosas, com identidade diversa da sua, para obtenção de provas dos delitos por elas cometidos, assim como para identificar seus autores e partícipes.

Atualmente a infiltração de policiais é considerada um meio de investigação importante e eficaz no combate ao crime organizado, comprovado seu êxito na Europa e nos Estados Unidos, especialmente em investigações de tráfico internacional de drogas.

A possibilidade de infiltração de policiais está prevista na legislação de diversos países e também foi acolhida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde que cumpridos determinados requisitos na sua aplicação.

Depois da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico de drogas de 1988 (Convenção de Viena), a técnica de infiltração de policiais foi introduzida na lei processual penal da Espanha (art. 282 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*), embora já conhecida pela polícia e pelos tribunais que, todavia, em diversas ocasiões, não faziam distinção da provocação delitiva, ação totalmente distinta surgindo, então, numerosos problemas até a sua previsão legal.

Em alguns casos, este mecanismo de investigação pode limitar direito fundamental constitucionalmente estabelecido, motivo pelo qual, para a sua aplicação, exige-se o cumprimento de todos os requisitos legais, que serão analisados adiante e que devidamente atendidos tornam lícita a infiltração e, em consequência, válida a prova obtida através dela.

1. Infiltração de agentes na Espanha.

A Convenção das Nações Unidas contra o tráfico de drogas de 1988 (Convenção de Viena), ratificada pela Espanha em julho de 1990 obrigou aos Estados subscritores a punirem a lavagem de capitais procedentes do tráfico de drogas e a adotarem instrumentos eficazes de investigação para o combate ao crime organizado internacional.

Passados quase nove anos da ratificação desta Convenção, a Lei Orgânica nº 5, de janeiro de 1999, introduziu no Código de Processo Penal da Espanha –*Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím)*– a técnica de infiltração de policiais em uma organização criminal:

“Para os fins previstos no artigo anterior e quando se trate de investigações relativas a atividades próprias da delinqüência organizada, o Juiz de Instrução competente ou o Ministério Público, comunicando imediatamente ao Juiz, poderão autorizar a funcionário(s) da Polícia Judiciária, mediante decisão fundamentada e considerando sua necessidade para os fins da investigação, a atuar com identidade fictícia e adquirir e transportar os objetos, produtos e instrumentos do delito e adiar a apreensão dos mesmos”. – grifos nossos¹.

Adotou referida lei o modelo alemão fixando os requisitos e limites para a infiltração, assim como as hipóteses de exclusão de responsabilidade do agente infiltrado.

Antes da Lei nº 05/99, a figura do policial infiltrado já era admitida na Espanha, amparando-se na causa de excludente de

¹ Assim dispõe o art. 282 bis, nº 1. Esta tradução e as seguintes foram realizadas pela autora.

antijuridicidade de atuar no cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito, ofício ou cargo. A jurisprudência, portanto, aceitava a infiltração de policiais e tratava de diferenciá-la do «agente provocador»².

Neste sentido, a Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, nº 2437, de 03 de novembro de 1993:

“La provocación de la infracción penal por un agente de la Autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona, pero se entiende excluida la provocación cuando la actuación del agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente persigue y descubre una conducta criminal anterior, el cauce por donde viene discurriendo una preexistente actividad criminal, lo cual no pasa de ser una actuación de investigación propia del cometido de la policía judicial”.

Em outra ocasião, todavia, este mesmo Tribunal ressaltou que o policial infiltrado e o confidente, embora tenham provocado a consumação do delito, não o incitaram nem fizeram nascer a idéia criminal nos acusados (cf. Sentencia nº 319, de 09 de março de 1998). A Sentença nº 1114, de 12 de junho de 2002, por sua vez, confirmou que a ausência de previsão legal para a infiltração de policiais não a converte em ilegal, como igualmente não se proíbe a valoração da prova obtida.

² GRANADOS PÉREZ, C., “Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega Vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia.”, *La Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, 2001, pp. 91-92.

2. Breve excursão no Direito Comparado.

O recurso à infiltração de policiais também está previsto em outras legislações.

O *Verdeckter Ermittler* foi introduzido no ordenamento jurídico alemão por uma lei de 15 de julho de 1992, para o combate do tráfico de drogas. A legislação alemã é digna de elogios, uma vez que estabelece os requisitos e as hipóteses de atuação do policial infiltrado, ao contrário do que ocorre na França e na Itália³.

Na França, esta técnica de investigação foi introduzida pela Lei nº 1294, de 19 de dezembro de 1991. Na Itália está prevista no Decreto nº 309, de 09 de outubro de 1990 e no Decreto-lei nº 306, de 08 de junho de 1992; também, na Lei nº 269, de 03 de agosto de 1998.

Em Portugal, tanto o Decreto-lei nº 15, de 22 de janeiro de 1993 como a Lei nº 36, de 29 de setembro de 1994, permitem o emprego desta técnica de investigação.

Conquanto admitida pela jurisprudência, na Áustria, Bélgica, Inglaterra e Suíça, não previsão legal para a infiltração de policiais⁴.

A infiltração também está prevista nas legislações da Argentina (Lei nº 24.424, de 07 de dezembro de 1994), México (Lei Federal contra a Delinquência Organizada, de 07 de novembro de 1996) e Brasil (Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, que acrescentou o instituto na Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995)⁵.

³ DELGADO GARCÍA, M.D., “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, em *La Criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla, 1996, p. 72.

⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración Policial y «agente encubierto»*, Granada, 2001, p. 38.

⁵ A primeira tentativa de previsão da infiltração de policiais na legislação brasileira foi vetada pelo Presidente da República (inc. I, do art. 2º, da

3. Conceito, natureza jurídica e finalidade.

De acordo com o art. 282 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (CPP da Espanha), o policial infiltrado é um funcionário da Polícia Judiciária, que depois de autorizado pelo Juiz de Instrução ou pelo Ministério Público, infiltra-se em uma organização criminal, atuando com identidade diversa da sua. A autorização confere a ele poderes para adquirir e transportar o produto e os instrumentos do crime, bem como para adiar a apreensão dos mesmos.

Em outras palavras, o agente infiltrado é um policial com permissão para participar legalmente das tramas da criminalidade organizada. Sua atuação na mecânica delitiva fundamenta-se na necessidade, segundo se destacou, de empregar-se novas formas de combate a este tipo de delinquência, dotada de meios técnicos e econômicos de considerável envergadura e cuja atuação é, na maioria das vezes, de âmbito transnacional⁶.

A definição legal afasta, pois, o funcionário da polícia que para investigar um delito oculta sua condição, mas não se infiltra na organização criminal, o qual se costuma denominar de «*agente meramente encubierto*»⁷. Outrossim, a figura de que trata a lei se diferencia do acusado colaborador ou arrependido, do informante e, especialmente, do agente provocador.

O acusado colaborador ou arrependido é um indivíduo que pertencendo em origem à organização delitiva, a partir de um certo momento –e normalmente em troca de certos benefícios e de proteção–, colabora com as autoridades competentes, fornecendo-lhes informações suficientes para condenar aos demais membros do

Lei nº 9.934/95). A atual legislação não estabelece o prazo da infiltração, os limites da atuação do policial, nem sua proteção durante o processo.

⁶ RIFÁ SOLER, J. M., “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Revista del Poder Judicial* nº 55, tercer trimestre, 1999, p. 164.

⁷ DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada*, Barcelona, 2001, p. 49.

grupo (em especial aqueles que ocupam os postos mais altos na sua hierarquia organizativa) e/ou declarando como testemunha de acusação⁸.

O informante é um particular que recolhe e proporciona informações à polícia sobre delitos ou atividades de organizações criminais, em troca de alguma contraprestação ou vantagem.

Por outro lado, o agente provocador, conforme a denominação indica, é aquele que provoca a prática de um delito com o fim de que o autor provocado seja castigado precisamente pelo cometimento deste crime, sem que tenha vontade de consumação do delito, empregando, para tanto, as medidas necessárias para evitá-lo⁹. Nesse sentido, enquanto o agente provocador incita com enganos um terceiro para que cometa um fato delitivo impossível, na concepção fornecida anteriormente e, portanto, impune, o agente infiltrado atua somente quando está convencido da existência de uma atividade delitiva consumada ou em curso, e cujo descobrimento pretende¹⁰.

Em conclusão, se pode dizer que o conceito de agente provocador contém três requisitos:

- 1) A conduta provocadora tem como fim imediato que o autor provocado seja castigado precisamente por este fato;
- 2) O agente provocador não tem vontade de consumação do delito;
- 3) Tal ausência de vontade se manifesta externamente mediante a adoção de medidas necessárias para neutralizar a ação do autor provocado¹¹.

⁸ GASCÓN INCHAUSTI, ob.cit., p. 24.

⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J, *El agente provocador*, Valencia, 1995, p. 43.

¹⁰ MONTÓN GARCÍA, M.L., “Agente provocador y agente encubierto”, *La Ley nº 4826*, 1999, p. 2128.

¹¹ PEREZ ARROYO, M. R, *La Ley*, 2000, p. 02.

Embora distintos os conceitos de informante, policial infiltrado e agente provocador, os três, durante as atividades que realizam, podem induzir ao delito, quando, então, serão considerados «agentes provocadores», dando causa à impunidade do fato. Nesse sentido, os seguintes Acórdãos do Tribunal Supremo da Espanha: STS nº 1366, de 01/07/94, Relator Martín Canivel e STS nº 1114, de 12/06/02, Relator Comenero Menéndez de Lurca:

“A doutrina desta Sala vem ressaltando a impunidade dos delitos que são cometidos somente como resultado da indução enganosa, obra de um agente provocador, nos quais não concorrem nem tipicidade delitiva –por se tratar de um delito impossível, por estarem controlados seus resultados e, assim, em nenhum momento resultar perigoso para o bem jurídico protegido–, nem a culpabilidade do agente, que não agiria sem a intervenção eficaz do agente desencadeante, de tal modo que, definitivamente, não se pode falar em ação delitiva, embora os resultados observados o aparentem. Nos casos de provocação delitiva, existe incompatibilidade com os princípios próprios de um Estado de Direito, como o instaurado na Espanha pela Constituição vigente e, em particular com as garantias que oferecem os princípios de legalidade e do devido processo, assim como com a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos” (STS nº 1366).

“Na STS nº 1992/1993, de 15/09 (RJ 1993/7144) decidimos que «para a existência do delito provocado é exigível que a provocação –em realidade, uma forma de instigação à indução– parta do agente provocador, de tal modo que se incite a cometer um delito a quem não tinha previamente tal propósito, surgindo assim no provocado todo o “iter criminis”, desde a fase de cogitação ou deliberação

à de execução, como consequência da iniciativa e comportamento do provocador, que é por isso a verdadeira causa de toda a atividade criminal, que nasce viciada, pois não poderá chegar nunca a se aperfeiçoar, em razão da intervenção policial já prevista “ab initio”. Esta classe de delito provocado, tanto do ponto de vista da técnica penal –pelo caráter impossível de sua produção– como do mais fundamental princípio constitucional da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3 CE) e até daquele da obtenção de prova lícita (art. 11.1 LOPJ (RCL 1985/1578, 2635; ApNDL 8375) deve considerar-se como penalmente irrelevante, processualmente inexistente, e, por tudo isso, impune». Nestes casos, portanto, além da transgressão de princípios constitucionais, não se pode dizer que exista infração criminal mais que em aparência, pois não se aprecia risco algum para o bem jurídico, como consequência do controle absoluto que sobre os fatos e eventuais consequências têm os agentes da autoridade encarregados, precisamente, de velar pela proteção daqueles bens” (STS nº 1114).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Lüdi, de 15 de junho de 1992) também se pronunciou sobre a legitimidade de atividades com fins de investigação de delitos que foram realizadas sem provocação.

Ademais, importante ressalva faz Molina Pérez que demonstra ser distinta a provocação da hipótese em que o autor decidiu cometer o delito e procura terceiros para seu exaurimento ou consumação, oferecendo-se para tais ações os policiais que se infiltraram previamente na organização e que fingem ser delinquentes. Aqui, em suas palavras, “o delito se inicia e nasce livremente da vontade e da inteligência do autor e se desenvolve nesse propósito até que a intervenção policial se cruza, razão pela

qual os atos anteriores do autor são aptos a produzir efeitos penais”¹².

Em conclusão, a infiltração de agentes é um meio de investigação legal e eficaz no combate à delinquência organizada, que tem como finalidade o descobrimento de delitos já cometidos ou iniciados, assim como a identificação de seus autores e partícipes.

Do conceito de agente infiltrado previsto no artigo 282 bis nº 1 da *LECrim* podemos destacar:

1. a lei somente autoriza a infiltração de funcionários da Polícia Judiciária;

2. a infiltração de policiais é permitida apenas em investigações relativas à delinquência organizada, cuja definição se encontra no mesmo artigo 282 bis, nº 4;

3. além de se infiltrar, o policial pode adquirir e transportar o produto e os instrumentos do crime e adiar a apreensão dos mesmos;

4. a infiltração depende sempre de autorização judicial ou do Ministério Público.

O art. 282 bis nº 2 da *LECrim* estabelece que durante a infiltração os policiais devem dar conhecimento do que foi apurado à autoridade que autorizou a investigação¹³, como também podem manter a identidade fictícia durante o processo, desde que testemunhem, conforme dispõe a Lei nº 19, de 23 de dezembro de 1994 (Lei de Proteção a peritos e testemunhas nos Processos Penais). Para que continuem usando a nova identidade durante o processo, é necessária outra decisão judicial motivada.

¹² MOLINA PÉREZ, M.T., *Algunos Aspectos Procesales de la Investigación por Narcotráfico*, Madrid, 2000, pp. 208-209.

¹³ BARJA DE QUIROGA, J.L., entende que este dispositivo é ingênuo e arcaico. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, p. 174.

Depois da autorização ou ratificação judicial (nos casos em que o Ministério Público autorizou a infiltração), a identidade fictícia será concedida pelo Ministério do Interior, por um período de seis meses, que pode ser prorrogado por outra ordem judicial. A decisão que autoriza a infiltração permanecerá em segredo e deverá conter a verdadeira identidade do policial¹⁴.

4. Requisitos para a infiltração.

4.1. Pertencer aos quadros da Polícia Judiciária.

Na Espanha, como na maioria dos países que prevêm este instrumento de investigação, somente se permite a infiltração de servidores públicos. O art. 282 bis nº 1 da *LECrim* exige também que o infiltrado seja agente da Polícia Judiciária, excluindo-se, portanto, aqueles que pertencem ao serviço de inteligência e à polícia municipal¹⁵.

E se a lei determina que somente os funcionários da Polícia Judiciária podem infiltrar-se, também dispõe que estes policiais não poderão ser obrigados a atuar¹⁶, pois neste caso a investigação poderia resultar extremamente perigosa e ineficaz.

Além da questão da legalidade, outros problemas podem surgir com a infiltração de particulares ou de servidores que não estão autorizados por lei, dentre eles a inexperiência para investigar, a falta de compromisso com este trabalho, eventual interesse privado e, ainda, a possibilidade da prática de delitos em concurso com outros membros da organização, já que não estariam amparados por quaisquer das excludentes legais e, especialmente pelas causas específicas previstas no art. 282 bis nº 05 da *LECrim*.

Ainda que a opção do legislador tenha sido a de somente permitir a infiltração de policiais, a questão não é tão simples quanto parece, pois existem organizações criminosas –as mafiosas,

¹⁴ v. art. 282 bis nº 1 da *LECrim*.

¹⁵ DELGADO MARTÍN, ob.cit., p. 66.

¹⁶ v. art. 282 bis nº 2 da *LECrim*.

por exemplo—, onde a infiltração de particulares ou de policiais e particulares juntos constitui a única possibilidade¹⁷.

Finalmente, é importante destacar que o agente que se infiltra em uma organização criminal conta com efetivos mecanismos de proteção pessoal e familiar, sem os quais esse meio de investigação seria inócuo e perigoso.

De acordo com o art. 282 bis n° 2 da *LECrim*, depois da decisão judicial motivada, o infiltrado pode manter a identidade fictícia quando testemunhe no processo, aplicando-se no mais, as disposições da Lei Orgânica n° 19/1994. Portanto, mesmo na fase oral do processo, onde o juiz tem o dever de facilitar a qualificação das testemunhas, a requerimento detalhado de alguma das partes, esta obrigação não se aplica aos policiais infiltrados. O juiz deve motivar a decisão de indeferimento que, ademais, deverá contemplar as razões que aconselham a limitação do direito de defesa do acusado¹⁸.

4.2. Delitos cometidos pela delinqüência organizada.

Ao contrário de outros mecanismos, a infiltração de policiais somente é permitida para investigações das atividades próprias da delinqüência organizada (art. 282 bis n°1). A definição desta delinqüência encontra-se no mesmo artigo:

“Para os efeitos mencionados no n° 1 deste artigo, se considerará delinqüência organizada a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos seguintes delitos:

a) Delito de seqüestro, previsto nos artigos 164 a

¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, ob.cit., p. 160.

¹⁸ ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el Proceso Penal*, Madrid, 2003, p. 572.

166 do Código Penal.

b) ...

c) ...”

A doutrina diverge quanto à amplitude deste rol de delitos. Aqueles que o consideram taxativo entendem que o legislador quis limitar a atuação do agente infiltrado como forma extraordinária de investigação, reservando-o para os delitos graves relativos à criminalidade organizada¹⁹. Um outro seguimento, contudo, sustenta que a própria lei, na sua Exposição de Motivos denomina-se “de aperfeiçoamento da ação investigadora relacionada com o tráfico ilegal de drogas e com outras atividades ilícitas graves”, motivo pelo qual pretendeu possibilitar a aplicação ampla do mesmo²⁰. Esta segunda corrente, ademais, sustenta que seria impossível prever todas as hipóteses onde atua a delinqüência organizada, razão pela qual a vontade do legislador era somente a de fixar parâmetros deste instrumento de investigação, possibilitando a sua aplicação a outros crimes por ela praticados²¹.

4.3. Autorização ou ratificação judicial.

Seguindo a linha do Direito Comparado, a legislação espanhola exige autorização judicial (do Juiz de Instrução) para a infiltração de policiais²². O Ministério Público dará a autorização

¹⁹ MARTÍN PALLÍN, J.A., “Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, em *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, p. 160; GASCÓN INCHAUSTI, ob.cit., p. 136 y GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y Enjuiciamiento de los Delitos Económicos*, Madrid, 2000, p. 250.

²⁰ RIFÁ SOLER, ob.cit. pp. 161-162.

²¹ A legislação da Alemanha, aliás, também incorporou cláusulas gerais, aumentando o rol anterior que era taxativo. Neste sentido, GUARIGLIA, F., “El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, ano 8, nº 12, 1996, p. 3.

²² DELGADO MARTÍN elenca os requisitos da autorização judicial: a existência de indícios suficientes de que alguém esteja cometendo ou cometeu um delito; a idoneidade da medida; a necessidade

excepcionalmente, nos casos em que a urgência prejudique ou impeça a autorização do juiz²³. Esta decisão, todavia, deve ser submetida ao Poder Judiciário que pode ratificá-la ou não.

O Juiz de Instrução competente para a autorização da infiltração policial ou para a ratificação da ordem concedida pelo Ministério Público é aquele que tem atribuições para o delito que se investiga. Nos casos de crimes de terrorismo, por exemplo, serão competentes os juízes da Audiência Nacional.

Ao contrário do que ocorre com a ação controlada (art. 263 da *LECrim*), os Chefes das Unidades Orgânicas da Polícia Judiciária não podem autorizar a infiltração policial, ainda que a medida seja urgente.

Como já ressaltamos, a infiltração de policiais é uma medida que é imprescindível no combate ao crime organizado. É possível, contudo, que em um determinado caso a medida seja desproporcional ou desnecessária. Por isso, a importância do controle do juiz ou do Ministério Público, cabendo-lhes justificar a diligência. Qualquer restrição a direitos fundamentais, além de estar prevista na lei deve ser concedida através de decisão motivada. Ademais, a medida de investigação somente pode ser deferida durante a ação penal ou durante diligências de investigação conduzidas pelo Ministério Público para o descobrimento e punição de algum dos delitos mencionados, cometidos por uma organização criminal²⁴.

Deferida a infiltração, cabe ao Ministério do Interior outorgar a identidade fictícia, por períodos prorrogáveis de seis meses, sempre com a análise judicial da necessidade e proporcionalidade da extensão.

(subsidiariedade); a gravidade da conduta investigada e a devida motivação. Ob. cit., pp. 88-92.

²³ Na Alemanha, ao contrário, a decisão é do Ministério Público (v. §110 b, do StPO – CPP alemão).

²⁴ MORENO CATENA, ob. cit., p. 1137.

Para Molina Pérez, se o policial infiltrado com identidade fictícia tem o dever de comunicar os resultados de seu trabalho à autoridade que deferiu a diligência durante a investigação, não se entende muito bem o motivo do pedido de prorrogação a cada seis meses. Seria melhor que a identidade fictícia se mantivesse sem a necessidade de ampliação, até que a investigação fosse finalizada, ou até que fosse necessário mantê-la²⁵.

5. Atividades do policial infiltrado e seus limites.

Deferida a infiltração, a lei autoriza o policial a cometer atos ilícitos, expressamente descritos no art. 282 bis nº 1. Assim, tem permissão para adquirir e transportar o produto e os instrumentos do delito e adiar a apreensão dos mesmos, condutas ilícitas que são permitidas desde que tenham relação com a investigação. Sem a infiltração, o policial deveria denunciar os fatos delitivos, sem contar os demais deveres previstos nos arts. 262 e 282 da *LECrím*²⁶.

Eventuais problemas podem surgir durante as investigações se o policial necessita ir além das hipóteses expressamente autorizadas. Se a ação afetar direito fundamental, aplica-se o disposto no art. 282 bis nº 3, *in verbis*:

“Quando os atos de investigação possam afetar direitos fundamentais, o policial infiltrado deverá solicitar do órgão judicial competente as medidas estabelecidas na lei e na Constituição, assim como cumprir as demais previsões legais aplicáveis”.

²⁵ MOLINA PÉREZ, ob. cit, p. 226.

²⁶ MONTERO AROCA, J. (com MONTÓN REDONDO e outros), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2002, p. 210.

E quais seriam estes atos de investigação, já que as atividades do policial infiltrado geralmente afetam os direitos fundamentais? Gascón Inchausti entende que a autorização ou ratificação judicial para a infiltração traz implícita a concordância do Estado para o engano e o abuso de confiança. Por isso, nas atuações em que o agente infiltrado tenha obtido o consentimento do titular para entrar em uma residência, por exemplo, passando-se por membro da organização, não haverá ilicitude, nem necessidade de outra autorização judicial, já que o engano quanto à sua condição tem apoio na primeira ordem judicial. Segundo o autor:

“(...) pode-se sustentar que a autorização judicial para proceder à infiltração legitima todos aqueles atos de investigação do policial infiltrado que, embora afetem direitos fundamentais, apóiam-se única e exclusivamente no engano que serve de base para a infiltração”.

Não obstante, ultrapassado o engano e o abuso implícitos na decisão judicial que permite a infiltração, o policial deve solicitar as autorizações pertinentes, conforme determina o referido parágrafo²⁷.

A posição contrária entende que o consentimento do investigado sempre estará viciado pelo engano²⁸. Assim, todas as vezes que os atos do policial infiltrado possam afetar direitos fundamentais devem estar amparados em decisão judicial distinta daquela que autorizou a infiltração²⁹.

Concordamos, não obstante, com a primeira posição. Com efeito, o que a lei exige no art. 282 bis n° 4 é que havendo outra lesão a direito fundamental, o policial infiltrado deve requerer nova

²⁷ GASCÓN INCHAUSTI, ob.cit., p. 245.

²⁸ Nesse sentido, DELGADO MARTÍN, ob.cit., p. 51.

²⁹ DELGADO GARCÍA, ob.cit. p. 71.

autorização judicial. Dessa maneira, se durante as investigações o policial empregar somente o engano e o abuso de confiança sobre sua identidade, que já se encontram autorizados judicialmente, não há razão para solicitar nova ordem. O engano inerente à infiltração é o mesmo e já está amparado em decisão judicial anterior.

Caso pratique atos ilícitos, o agente infiltrado terá sua conduta submetida às normas gerais do Código Penal e à regra especial do art. 282 bis nº 5 da *LECrim*, que analisaremos em seguida.

6. Responsabilidade do policial infiltrado.

Dispõe o art. 282 bis nº 5 da *LECrim* que:

“O policial infiltrado estará isento de responsabilidade criminal por aquelas atuações que sejam consequência necessária do desenvolvimento da investigação, sempre que guardem a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e não constituam uma provocação ao delito”.

O policial infiltrado que cometer crimes nas circunstâncias apontadas neste dispositivo não será responsabilizado criminalmente. Durante a investigação, podem surgir situações em que não restará outra opção ao policial –que finge ser um dos membros da organização criminosa– a não ser participar dos delitos por ela cometidos. Ciente disso, o legislador prevê as hipóteses em que a prática de crimes pelo infiltrado não será punida.

De acordo com a lei é indispensável que a conduta que se pretenda justificar seja cometida como “consequência necessária do desenvolvimento da investigação”. Dito de outro modo: somente com ela se torna possível exercer a tarefa que foi autorizada

judicialmente. E a necessidade de atuação do agente, embora julgada *a posteriori*, deverá ser analisada *ex ante*, verificando se no momento em que foi cometida a infração penal era ela imprescindível para a investigação³⁰.

Embora a lei não tenha adotado o requisito da subsidiariedade³¹ (o ato ilícito do policial não pode ser substituído por outro menos gravoso), entende-se que ele está implícito e se identifica com o requisito da necessidade.

Constitui também requisito para a não responsabilização criminal do infiltrado que a conduta ilícita por ele cometida seja razoável, guardando a «devida proporcionalidade» com a finalidade da investigação. Esta proporcionalidade possui definições diversas.

Uma primeira linha, afirma que a proporcionalidade implica, de um lado, uma comparação entre o ato ilícito cometido pelo policial infiltrado e os bens jurídicos que foram afetados. Também, a gravidade das atividades da organização criminal e, de outro, os fins da investigação³².

Um outro seguimento entende que o dispositivo tem aplicação somente quando o ato ilícito por ele praticado resultar proporcional à «finalidade da investigação», que não é outra senão a de buscar provas dos delitos e identificar os responsáveis. Portanto, se o ato tiver outro fim que não o de investigar a autoria e as circunstâncias do crime, o policial, embora tenha protegido bens jurídicos relevantes, não poderá submeter-se ao art. 282 bis n° 5 e sua atuação será subsumida às normas gerais do Código Penal.

Assim, conforme o exemplo de Barja de Quiroga, se o policial infiltrado mata um seqüestrador para liberar os reféns, não

³⁰ BARJA DE QUIROGA, J.L., “El agente encubierto”, *La Ley n° 4776*, 1999, p. 01.

³¹ DELGADO MARTÍN, ob.cit., p. 114.

³² DELGADO MARTÍN, ob.cit., p. 114. No mesmo sentido, GASCÓN INCHAUSTI observa que em caso de aplicar-se a proporcionalidade, “não podem ser praticados crimes mais graves do que aqueles que estão sendo investigados”. Ob. cit., p. 280.

se poderia aplicar a excludente do art. 282 bis nº 5, pois sua conduta não tinha como fim descobrir a autoria do crime, nem apurar suas circunstâncias³³.

Ademais, entende-se que a ação somente será proporcional quando dela forem obtidos mais benefícios e vantagens para o interesse geral do que prejuízo sobre outros bens (proporcionalidade em sentido estrito)³⁴.

Entendemos que o dispositivo analisado somente se aplica quando o ato ilícito praticado for proporcional aos fins da investigação. Os atos que têm outro objetivo devem se submeter às excludentes do Código Penal.

Por fim, para que se aplique a isenção de responsabilidade do citado artigo, a infração penal cometida não pode ter sido provocada pelo policial infiltrado³⁵. Estaria este requisito em conflito com o entendimento do Supremo Tribunal da Espanha que entendia que havendo provocação de um delito não seriam punidos nem o provocado nem o agente provocador? Entende-se que não, pois o que deseja a lei é impedir que o policial passe, de uma forma ou de outra, a exercer atividades de comando ou planificação de delitos³⁶, induzindo os membros da organização a cometê-los.

Pérez Arroyo diferencia o delito provocado da «provocação policial», afirmando que esta última é permitida. Aqui, o policial que provoca o crime somente pode ser um policial infiltrado, que não faz nascer no investigado a vontade de cometer o delito, mas propicia um cenário idôneo para que ela se manifeste, sem qualquer tipo de induzimento. Neste caso, segundo o autor, a jurisprudência do Supremo Tribunal, em diversas ocasiões, tem julgado válidas estas formas de atuação³⁷.

³³ BARJA DE QUIROGA, *La Ley*, ob.cit., pp. 01-02.

³⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (com ARAGONESES MARTÍNEZ e outros), *Derecho Procesal Penal*, Madri, 2002, p. 362.

³⁵ Sobre o conceito de agente provocador, v. item 2.

³⁶ Nesse sentido, GASCÓN INCHAUSTI, ob.cit., pp. 282-283.

³⁷ PEREZ ARROYO, ob.cit., p. 05.

Em conclusão, cumpridos simultaneamente os três requisitos do art. 282 bis nº 5, o policial não será punido, em razão de estar presente uma causa de exclusão da ilicitude ou, para outro setor da doutrina, uma escusa absolutória³⁸.

Ainda, de acordo com este dispositivo, o juiz que tiver conhecimento de algum ato ilícito cometido pelo infiltrado deverá, para proceder penalmente contra ele (condição de procedibilidade), requerer informações sobre a atuação do mesmo à autoridade competente.

Ausentes as causas específicas do art. 282 bis nº 5, o policial somente não será responsabilizado se sua conduta se enquadrar em alguma das excludentes previstas no Código Penal.

7. A ilicitude probatória derivada da infiltração policial.

Outro tema de igual complexidade é a ilicitude probatória³⁹ derivada da infiltração policial.

Existem duas grandes fontes para a vulneração dos direitos e liberdades fundamentais e, portanto, para a ilicitude probatória: a autorização inicial para a infiltração e a investigação realizada pelo policial infiltrado.

Com relação à autorização inicial para a infiltração, sustenta-se que tanto a sua inexistência quanto a falta de ratificação pelo Juiz de Instrução –quando é concedida pelo Ministério Público– e igualmente a indevida extensão e alcance da mesma, podem dar causa à ilicitude da infiltração e da prova. Outrossim, embora válida a autorização inicial, pode ocorrer que o policial infiltrado realize a investigação vulnerando direitos e garantias

³⁸ ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 574.

³⁹ Reza o art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário que “não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, com violação dos direitos ou liberdades fundamentais”.

fundamentais (v.g. executando uma escuta telefônica sem nova autorização judicial)⁴⁰.

A prova derivada de investigação em que houve a prática de um delito pelo infiltrado também pode suscitar problemas, que podemos resumir em duas situações com os respectivos entendimentos doutrinários:

1. nas hipóteses em que para a obtenção da prova praticou-se um delito, a doutrina e a jurisprudência entendem que esta prova é inadmissível;

2. nos casos em que para a obtenção da prova cometeu-se um fato contrário à lei, não previsto como crime, a doutrina apresenta soluções distintas: uma primeira linha considera esta prova ilegítima e, em conseqüência, inadmissível. Um outro seguimento, todavia, entende que a inadmissibilidade probatória ocorrerá apenas nos casos em que causar cerceamento de defesa ou lesão a direitos fundamentais. Uma última corrente entende que a prova deve ser admitida⁴¹.

Assevera-se, por outro lado, que a isenção de responsabilidade criminal justifica a ação delitiva do policial infiltrado, concedendo eficácia probatória aos resultados obtidos através dela⁴². Todavia, se o policial fosse processado, seja porque sua ação infringiu direito fundamental, seja porque não se aplicam as excludentes legais, a prova obtida seria ilegal e sua utilização resultaria ineficaz. A ilicitude probatória, nesse sentido, estaria diretamente conectada à exclusão de responsabilidade⁴³.

De forma diversa, entende-se que não se pode afirmar que a prática de delitos pelo policial infiltrado automaticamente transforme em ilícita sua investigação. Isto somente ocorreria quando o policial praticasse crimes para a obtenção de provas e, ademais, os delitos cometidos com esta finalidade produzissem lesão a algum direito fundamental. Não obstante, quando os delitos

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, ob. cit., pp. 248-256.

⁴¹ Cf. BARJA DE QUIROGA, *Instituciones ...*, ob. cit., pp. 296-296.

⁴² ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 575.

⁴³ Assim, MONTÓN GARCIA, *La Ley.*, ob. cit. p. 2129.

cometidos acarretassem um desvio do trabalho de investigação, ou um excesso dele, a conduta do policial infiltrado seria certamente punível (art. 282 bis nº 5, I da *LECrim*), sem que isto causasse a ilicitude das provas por ele obtidas durante a investigação no que se refere aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a punição do agente poderia se derivar de fato distinto, não relacionado com a obtenção de provas⁴⁴.

Conclusões

Na atualidade, a infiltração de policias constitui importante meio de investigação de delitos cometidos por organizações criminosas, encontrando previsão legal em muitos países como Espanha e Brasil, resultando em verdadeiro avanço investigatório destinado à eficácia processual.

Como analisamos, a infiltração de policiais foi introduzida no art. 282 bis do Código de Processo Penal (*LECrim*), pela Lei nº 05/99, depois da Convenção das Nações Unidas de 1988 (Convenção Viena).

O legislador espanhol preferiu seguir o modelo alemão, fixando tanto os pressupostos para a infiltração quanto as regras para o seu exercício, assim como as hipóteses de exclusão de responsabilidade do policial, estabelecendo, ainda, sua proteção durante o processo, nos termos da Lei nº 19/1994.

Outrossim, existe permissão legal expressa para a realização de atividades consideradas ilícitas, como a possibilidade de aquisição e transporte dos objetos do delito, devendo, contudo, haver nova autorização judicial quando os atos de investigação possam lesar direitos fundamentais.

⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, ob. cit., pág. 253-254.

A previsão legal dos pressupostos e regime da infiltração policial, enfim, confere segurança jurídica a esta técnica, auxiliando sobremaneira no combate ao crime organizado na Espanha.

A maioria das críticas relativa ao tema é realizada por uma parte da doutrina que parece não aceitar a reformulação do Direito Penal e Processual Penal ou a adequação deles aos novos tempos de combate ao crime organizado. Estas tendências, porém, são atuais e vieram para permanecer até que uma nova mudança do momento social legitime outra proposta de direito.

Bibliografia.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el Proceso Penal*, Dykinson, Madrid, 2003.

DELGADO GARCÍA, María Dolores, “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, 1996.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración Policial y «agente encubierto»*, Comares, Granada, 2001.

GRANADOS PÉREZ, Carlos, “Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega Vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia”, *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Lerko Print S.A., Madrid, 2001.

GUARIGLIA, Fabricio, “El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, ano 8, nº 12, 1996.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, *Investigación y Enjuiciamiento de los Delitos Económicos*, Colex, Madrid, 2000.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Akal S.A., Madrid, 1999.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El agente encubierto”, *La Ley n° 4778*, 1999.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio, “Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial, editorial Lerko Print S.A., Madrid, 2000.

MOLINA PÉREZ, Maria Teresa, “Algunos aspectos procesales de la investigación por narcotráfico”, tese apresentada na Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MONTÓN GARCIA, Maria Lidón, “Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos”, *La Ley n° 4826*, 1999.

MORENO CATENA, Victor, *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios – Instrucción y Medidas Cautelares*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El agente provocador*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio y TOMÉ GARCIA, José Antonio, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2002.

PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la

provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal penal”, *La Ley*, nºs 4987, 4988, 4989, 8-10 de fevereiro de 2000.

RIFÁ SOLER, José M., “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista del Poder Judicial* nº 55, tercer trimestre, 1999.