

A atuação do agente disfarçado em entidades coletivas criminosas. Meio de prova ou caracterização típica?

Fernando Ferreira Abreu

Resumo

O presente estudo vale-se do método analítico da legislação e jurisprudência brasileira para caracterização das entidades coletivas criminosas, comparando-o com o modelo do Estado da Flórida/US. O presente artigo perpassa pelos conceitos legais de grupos criminosos previstos no Brasil, diferenciando-os, com o objetivo de avançar para o recorte epistemológico do estudo de caso hipotético envolvendo a atuação de agente estatais na investigação, em especial, o disfarçado, após estabelecer sua diferenciação com o agente infiltrado. Ao final do estudo, apresenta conclusão pela ausência de estrutura legal adequada no Brasil para utilização da figura do agente disfarçado.

Palavras-chave: entidades coletivas criminosas. Meios de prova. Agente disfarçado.

1 Introdução

A complexidade da sociedade atual, aliada às novas tecnologias e formas de exposição a riscos, levaram BECK¹ (2010, p. 24) a destacar que vivemos em uma sociedade de risco. Diante de comportamentos criminosos reiterados e delitos de massa, especialmente o terrorismo, passou-se a debater, na seara criminal, qual seria a melhor forma de combater as condutas reiteradas e os comportamentos altamente danosos à sociedade.

O debate, centrado na eficácia do Direito Penal para coibir tais condutas, conduziu Günther Jakobs, por exemplo, a desenvolver sua teoria do “Direito Penal do Inimigo”, tratada pela doutrina como a terceira velocidade do Direito Penal.

Nesse contexto, de incremento de risco e necessidade de melhor rendimento do Direito Penal, surge o debate acerca da produção da prova envolvendo as gangues, concebidas, de forma primária como grupos de indivíduos reunidos para a prática de crimes, que se identificam por meio de símbolos, gestos, comportamentos e etc.

Tais entidades coletivas, para que sejam concebidas como criminosas no Brasil, precisam se organizar em estruturas típicas, a exemplo de associações criminosas (art. 288 do Código Penal), associações para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06), organizações criminosas (art. 2º, c/c art. 1º§1º da Lei 12.850/13), dentre outras.

Diante das estruturas criminosas organizadas, há que se perquirir se o modelo brasileiro de produção de provas, especialmente por meio de agentes disfarçados, é adequado para o enfrentamento da macrocriminalidade. Ao final e ao cabo, pretende-se, com o estudo, sem pretensão de esgotamento, apresentar conclusão crítica ao modelo brasileiro.

¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

2 Entidades criminosas coletivas

As entidades coletivas criminosas, para que sejam assim caracterizadas, precisam se organizar em estruturas típicas previamente definidas em lei.

À guisa de exemplo, o Capítulo 874.03 do Estado da Flórida/US, define “gangue criminosa” como a

organização, associação ou grupo permanente, formal ou informal, que tem como uma das suas atividades principais a prática de atos criminosos ou delinquentes, e que consiste em três ou mais pessoas que têm um nome comum ou identificar sinais, cores ou símbolos, incluindo, entre outros, organizações terroristas e grupos de ódio. Da definição, portanto, extrai-se a generalidade, especializada, contudo, quanto às organizações terroristas, definida no item 7 do mesmo capítulo².

No modelo brasileiro, preponderam três espécies associativas criminosas: associação criminosa, associação para o tráfico e organização criminosa³. A Associação Criminosa é definida no artigo 288 do Código Penal como a união de três ou mais pessoas para a prática de crimes. Já a Associação para o tráfico é prevista no artigo 35 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e consiste na associação de duas ou mais pessoas para o fim específico de praticar o tráfico de drogas. Por sua vez, a Organização Criminosa é definida no artigo 1º da Lei nº 12.850/2013 como a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

De forma sintética, as entidades associativas criminosas diferenciam-se pelo número de agentes, sendo exigidos o mínimo de dois para a associação para o tráfico, três para a associação criminosa e quatro para organização criminosa.

Os tipos penais também de diferenciam pela natureza dos crimes-fim, isto é, o escopo delitivo. Enquanto a associação para o tráfico se materializa com a finalidade de praticar os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, a organização criminosa estará configurada com a estruturação dos agentes para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. A associação criminosa, por seu turno, de forma distinta, por não exigir tipos penais específicos, configura-se com união dos agentes para a prática de crimes.

Doutrinariamente, os delitos em análise são concebidos como crimes de perigo abstrato, haja vista que se revelam verdadeiras antecipações do Direito Penal, caracterizadores dos chamados crimes obstáculo.

3 Atuação de agentes disfarçados – lícita ou ilícita?

É indubitoso que a formação de grupos criminosos especializados incrementa o risco para a sociedade. Igualmente, não existem controvérsias

² “Organização terrorista” significa qualquer grupo organizado envolvido ou organizado com o propósito de praticar terrorismo, conforme definido no s. 775,30

³ Assim como no modelo do Estado da Flórida, a legislação brasileira especifica a organização terrorista no inciso II do art. 1º da Lei 12.850/13, como as organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. A definição legal dos atos de terrorismo consta da Lei 13.260/16.

quanto ao fato de que o Estado, na seara penal, precisa reagir diante do aumento da lesividade potencial.

Nesse sentido, dentre outras formas de atuação de combate à criminalidade organizada, foi admitida a infiltração de agentes no sistema processual penal brasileiro como técnica especial de investigação, bem como prevista a atuação concreta de agentes disfarçados no âmbito da Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento.

Com efeito, a infiltração de agentes trouxe para nosso ordenamento jurídico a figura do *undercover agent*, isto é, o agente policial que se infiltra disfarçadamente, mediante autorização judicial, em uma organização criminosa, para obter a confiança, com o tempo, dos integrantes da organização com o escopo de obter provas ou fontes de provas de outros delitos.

A figura do agente infiltrado revela uma técnica especial de investigação como natureza jurídica que pode ser realizada em qualquer fase da persecução penal, respeitadas as previsões legais da Lei de Drogas (art. 53, I), Lei de Organizações Criminosas (art. 10), Lei de Lavagem de Capitais (art. 1º, §6º) e Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto 5.0115/04, art. 20).

A infiltração de agentes, contudo, não se confunde com a atuação do agente disfarçado, vez que esse, efetivamente, não se infiltra na estrutura criminosa, mas tão somente atua, de forma proativa, “provocando” a atuação do sujeito, supostamente criminoso.

Ocorre que, ao contrário do modelo americano utilizado como parâmetro, que reconhecendo a complexidade probatória para afastar a dúvida razoável, admite, por exemplo, que a polícia crie contas falsas em redes sociais, interaja com os supostos integrantes das gangues, o Brasil evoluiu no tema de forma diversa, deixando de conferir o tratamento probatório exigido, para abarcar mais uma forma delitiva.

No Brasil, a Lei 13.964/19, conhecida por Lei do Pacote Anticrime, dentre outras modificações, previu como crime a conduta de vender ou entregar drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente⁴.

A inclusão da nova figura delitiva, em nossa compreensão, suscita a necessidade de debate, em particular pelo teor da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “[...] não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Há, portanto, que se indagar: a nova figura delitiva é uma hipótese de flagrante provocado?

Antes de apresentarmos nossa conclusão, exemplifiquemos para melhor contextualizar a questão. Agentes policiais, no curso de investigação realizada para apuração de tráfico de drogas, recebem a informação de que A, já investigado pelo delito de tráfico, estaria num determinado local vendendo drogas. Disfarçadamente, um dos policiais comparece ao local e, simulando ser usuário, tenta e consegue comprar drogas nas mãos de A, prendendo-o em flagrante delito porquanto o fato ocorrido trilha a linha da investigação, evidenciando a presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, qual seja, o trazer consigo a droga para comercialização.

⁴ Art. 33, §1º, IV, da Lei 11.343/06.

O flagrante pela venda é nitidamente provocado, pois a relação não teria se estabelecido sem que o policial provocasse o sujeito. Contudo, o flagrante pela conduta criminal preexistente, “trazer consigo”, nos parece válido, vez que a ação policial, ainda que provocativa, não interferiu na conduta pretérita de A. Há, no caso, um crime de natureza permanente, não induzido pelos policiais, cujo elemento intelectual deriva exclusivamente do sujeito. O flagrante, portanto, será válido se lavrado pela conduta preexistente, permanente, cuja confirmação probatória tão somente ocorre da conduta do agente disfarçado. Por não haver influência no *animus* do agente, não observamos ilegalidade no procedimento.

O ponto crítico do dispositivo, todavia, não está no procedimento em si, que melhor teria nascido sem vinculação típica a um determinado delito ou forma equiparada. Isso porque há uma contradição sistêmica nos dispositivos. O inc. IV do §1º do art. 33 da Lei de Drogas, ao prever a conduta típica de vender drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, mistura a tipicidade com atividade probatória, porquanto pressupõe a existência de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Se há conduta criminal preexistente e essa não for permanente, descabe o flagrante, mas tão somente atividade probatória sobre sua configuração, posto que, em tese, deve haver conduta criminal preexistente. Por outro lado, se há conduta criminal preexistente e essa for permanente, a prisão em flagrante fundar-se-á na permanência do delito, cuja consumação se protraí no tempo.

Em ambos os casos, a venda, por si só, deriva de provocação e não permite o flagrante e, para nós, muito menos a caracterização típica, que parte da premissa de evento anterior já consumado, sendo mero exaurimento do crime ocorrido por provocação.

Nesse sentido, afastamos a configuração típica do dispositivo, não obstante preservamos parte do seu conteúdo como atividade probatória possível para caracterização de delito preexistente.

Em nossa compreensão, o comportamento ilegal do agente provocador dá ensejo à aplicação da teoria da armadilha, ou *entrapment defense*, configurando a nulidade da prova obtida por meio do flagrante preparado no curso de um crime impossível por ineficácia absoluta do meio, nos termos da Súmula 145 do STF.

4 Considerações finais

A criminalidade organizada demanda, de forma crescente, que a estrutura estatal seja igualmente organizada e estruturada para desbaratamento das estruturas criminosas. Nesse sentido, a comunhão de esforços dos entes responsáveis pela persecução penal, por meio da cooperação interinstitucional, é fundamental para o avanço contra o crime organizado.

A simples construção de novos tipos penais, sem a necessária adequação ao sistema jurídico penal, não se revela eficaz para o enfrentamento jurídico-processual, especialmente diante do atual sistema de nulidades existente no Brasil.

O emprego da legislação penal, em especial a relacionada ao direito material, deve ser conjugada com uma estrutura processual adequada e coerente, com o escopo de se preservar a integridade do Direito.

5 Referências bibliográficas

ABREU, Fernando. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral, v. 1*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Valência: Marcial Pons, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

RIBAU, O.; BAYLON, A.; ROUX, C.; DELEMONT, O.; LOCK, E.; ZINGG, C.; MARGOT, P. *Intelligence-led crime scene processing*. Part I: Forensic intelligence. *Forensic Science International*, v.195, p.10-16, 2010.