

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

KAÍKE EDGARD AZEVEDO PRADO

**ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA: A RESPONSABILIDADE PENAL DO
AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI 12.850/13**

São Paulo

2019

KAÍKE EDGARD AZEVEDO PRADO

**ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA: A RESPONSABILIDADE PENAL DO
AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI 12.850/13**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: Professor Dr. Everton Luiz Zanella

São Paulo

2019

KAÍKE EDGARD AZEVEDO PRADO

**ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA: A RESPONSABILIDADE PENAL DO
AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI 12.850/13**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a): Profa. Dra. Ana Flávia Messa

Examinador(a): Prof. Ms. Marcelo Luiz Barone

Examinador(a): Prof. Dr. Everton Luiz Zanella

DEDICATÓRIA

À minha mãe e avó, pelo constante incentivo e apoio. Ao meu irmão, pela confiança. Ao meu orientador, Dr. Zanella, no qual me deu coragem para questionar realidades e ver um mundo de possibilidades. Àqueles que partiram.

ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA: A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO À LUZ DA LEI 12.850/13

Kaíke Edgard Azevedo Prado

Resumo: O presente artigo versa sobre a responsabilidade do agente infiltrado. Busca-se, através de uma análise legislativa e conceitual aferir a responsabilidade do agente infiltrado enquanto meio de produção de provas pelo Estado, quando este for praticante de ato ilícito no exercício de sua função. É realizada a conceituação de organização criminosa e sua tipificação legal. A posteriori, traz-se à baila definições acerca da própria figura do agente infiltrado; desde o surgimento desse, até o advento da Lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas) com sua afirmação definitiva no ordenamento pátrio, perpassando por sua atuação em campo na operação policial. Por fim, recebem atenção especial e pretende-se identificar os critérios de responsabilização acerca dos atos praticados pelo agente infiltrado a luz da Lei 12.850/13, demonstrar a sua validade no combate ao crime organizado, observando-se como ocorre a prática dos atos ilícitos e nestes se aplicam as sanções ou recaem as excludentes de culpabilidade.

Palavras-Chave: Agente Infiltrado. Atividade de Inteligência. Organização Criminosa. Responsabilidade Penal. Prática Delitiva.

Abstract: This scientific article is about the liability of the undercover agent. Through a legislative and conceptual analysis, the aim is to assess the responsibility of the infiltrated agent as a means of evidence production by the State, when he performs an illicit act in the exercise of his function. The conceptualization of criminal organization and its legal typification is performed. Moreover, definitions are brought up about the very figure of the infiltrated agent – since its emergence until the advent of law 12.850/13 (Law of Criminal Organizations) with its definitive affirmation in the Brazilian legal order, pervading its field performance in the operation. Finally, it has a special attention and intend to identify the criteria of accountability regarding the acts committed by the infiltrated agent under the light of Law 12.850/13, demonstrating its validity in the fight against organized crime, observing how the practice of illegal acts occurs and the sanctions applied or the exclusion of culpability.

keywords: Infiltrated Agent. Intelligence Activity. Criminal Organization. Criminal Liability. Criminal Practice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Das Organizações Criminosas. 2.1. Conceituação. 2.2. Tipificação Legal. 2.3. Conceitos Exemplificativos. 3. Do Agente Infiltrado. 3.1. Definições e Conceitos. 3.2. Da Infiltração de Agentes. 3.3. Origem da Figura do Agente Infiltrado. 3.4. Introdução no Ordenamento Pátrio. 3.5. Atuação Prática em Diversos Setores. 3.5.1. A Infiltração Virtual. 4. A Responsabilidade Penal por Delitos Praticados Pelo Agente Infiltrado. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As mais diversas formas de crime organizado têm se espalhado pelo mundo. No Brasil, especificamente, atuam grandes organizações criminosas¹, especializadas em diferentes formas de práticas delitivas, em díspares setores, com profunda e histórica atuação. Sabe-se que estas organizações impactam inúmeras estruturas, sendo jurídico-social, política e econômica, o prejuízo à nação é enorme. As organizações criminosas evoluem numa proporção rápida, e para combatê-las há necessidade de avanços instrumentais de investigação para um efetivo enfrentamento à criminalidade. Por isso, o combate da modalidade criminosa estruturada² tem exigido medidas mais efetivas e de maior risco, tal qual a infiltração de agentes nos mais distintos meios.

A operação policial demanda, por sua natureza prática de inserção ao meio de atuação do grupo criminoso, em recorrentes situações, enfrentamento de circunstâncias perigosas nas quais se assiste a ação delitiva de modo ocular. Por isso, em alguns casos o agente infiltrado terá de cometer crimes para manter seu disfarce ou até mesmo assegurar sua integridade física.

¹ Entende-se aqui organização criminosa, tal como descrito na obra de Nucci (2013. p.13) “Organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.”

² Aplica-se ao termo cunhado “modalidade criminosa estruturada”, mesmo sentido de organização criminosa, por entender ser o crime organizado uma estrutura fixa, como define Nucci.

Partindo desta premissa, este artigo fará uma análise das possibilidades de responsabilização do agente infiltrado à luz da Lei 12.850³ de 02 de agosto de 2013, uma vez que esta lei não pode prever com exatidão toda e qualquer prática efetuada pelo agente no curso de sua investigação. Busca-se neste observar os limites da atuação do estado, quando usando de seu *longa manus*⁴ para produção de provas e conclusão das suas investigações e apuração de autoria de crimes. Verificar até onde localiza-se a barreira da estrita legalidade destas ações e isenção da responsabilidade penal do agente, uma vez que o crime se moderniza, permeia setores que anteriormente⁵ nem se quer existiam, como a internet⁶, cria novas técnicas de execução⁷, conduzindo a autoridade policial a recorrer a medidas extremas para superar tais difíceis situações⁸. E por fim, será analisado como é responsabilizado o agente infiltrado que incorrer em crime.

2. DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.1. Conceituação

Faz-se mister, inicialmente, conceituar o que este artigo, a legislação e a doutrina pátria consideraram como organização criminosa.

Segundo Nucci (2013. p. 5) “a edição da Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013 é inequivocamente positiva, pois corrige vários defeitos da legislação anterior⁹ [...] estabelece o conceito de organização criminosa [...]” Defende, igualmente, que apenas a partir deste marco legislativo é que se houve efetiva e considerável conceituação acerca do tema.

³ Lei que 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> acesso em 25/09/19 às 19:09.

⁴ Expressão em latim que significa: “mão longa”. Esta, seria o “executor de ordens” comumente faz menção ao Oficial de Justiça - que é o executor das ordens judiciais. Aqui, remete-se ao agente público enquanto servidor do Estado, seja dentro, ou fora de suas instalações costumeiras, apropriando-se da descrição rotineiramente usada no direito administrativo.

⁵ Refere-se aqui ao momento temporal no qual se foi criado o instituto por volta dos anos 1643 a 1715.

⁶ Rede de computadores espalhados pelo mundo que trocam dados e mensagens através de um protocolo unificado.

⁷ Refere-se a crimes cibernéticos; “golpes” por smartphones; aplicativos; redes sociais.

⁸ Possibilidade de infiltração de agentes em amplo sentido, sem estar fisicamente presente, mas infiltrado no meio tal como em redes sociais, por exemplo, ou grupos de aplicativos de mensagens de texto e voz.

⁹ Em sua obra Guilherme de Souza Nucci é crítico de modo negativo a legislação anterior, por considera-la falha e, portanto, ineficaz ao combate ao crime organizado. Nucci afirma que embora houvesse previsão legal da figura do agente infiltrado, a sua aplicação prática, devido a tais problemas legislativos, era problemática por carência de definições assertivas da legislação em relação a determinadas condutas necessárias a atuação em campo, ou, sobre os próprios sujeitos da ação; tais como a definição do conceito de organização criminosa.

2.2. Tipificação Legal

Assim, descreve, *in verbis*, a Lei 12.850/13¹⁰, especificamente, quanto ao conceito de organização criminosa o Art. 1º, § 1º:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º 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 a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

2.3. Conceitos Exemplificativos

A partir do dispositivo supracitado, encontram-se nas lições de Everton Luiz Zanella¹¹, conceitos exemplificativos indispensáveis a compreensão do referenciado dispositivo legal como vemos nesse trecho transcrito de sua obra:

Embora as características de cada organização criminosa tenham inegáveis inter-relações com a cultura, a história e as características de seu país de origem[...] revela alguns predicados comuns entre elas: I) Atuam a partir de uma omissão do Estado, formando um poder paralelo que promove alguns benefícios a população mais carente e marginalizada, como forma de angariar a simpatia de um alto número de pessoas, que acabaram recrutadas a trabalhar, voluntariamente, para a organização. II) Agem no vácuo das proibições estatais, em atividades ilegais que contam com a alta adesão de parcela significativa da população, tais como o mercado de entorpecentes, de bebidas, a prostituição e os jogos de azar. III) Corrompem os agentes públicos, para que possam exercer livremente, ou ao menos mais facilmente, as ações ilícitas. IV) Empregam violência, ameaça e intimidação de adversários, sejam eles organizações rivais, vítimas dos crimes ou agentes (honestos) do Estado. V) Possuem, como regra, uma estrutura hierárquica entre seus membros, no formato de pirâmide: há no topo um chefe (ou líder), que comanda as operações ; logo abaixo subchefes, que distribuem as ordens do comando; mais abaixo os “gerentes”, que executam as ordens; e na base os “soldados” ou os “aviões”, que praticam efetivamente as atividades fins, como o transporte da droga e subtração do dinheiro. VI) Buscam lucros com suas atividades criminosas. Quanto maior o lucro, mais poderosa será a organização e ainda mais lucro terá. Muito comum que uma organização misture às suas atividades ilícitas (primárias) atividades ilícitas (secundárias) como forma de maquiagem e ocultar a origem ilegal do dinheiro (lavagem dos capitais, sobretudo em “paraísos fiscais”). VII) Promovem conexões com outras organizações, locais e internacionais para facilitar e ampliar suas ações.

Para Sousa¹², mesmo que haja traços comuns em todos os grupos criminosos organizados, existem características comum a todas. Vejamos:

¹⁰Brasil. Lei 12.850/13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 11/09/19

¹¹ ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 31-32.

Ademais, esmiuçando as características das modalidades de crime organizado, extrai-se aquilo que pode ser identificado como o núcleo essencial, cujas características são comuns a qualquer organização criminosa de que se tenha conhecimento. São elas: a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a organização estrutural. (SOUSA, 2015, p. 13)

Considerando as mencionadas lições, conclui-se no que se refere ao escopo denominado organização criminosa, como um conjunto de elementos interligados entre si com um liame funcional estrutural existente e indispensável, seja no que se refere a recursos de caráter humano¹³, ou de caráter físico como a geolocalização¹⁴, seja na doutrina¹⁵ do coletivo, ou na finalidade constitutiva da organização¹⁶.

3. DO AGENTE INFILTRADO

3.1. Definição e Conceitos

Com a finalidade de investigar as organizações criminosas, o Estado utilizará dos meios extraordinários de obtenção de provas, estes tipificados na Lei 12.850/13 em seu art. 3º:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Portanto, infiltração policial, no curso do processo penal, é um meio de obtenção de provas.

¹² SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. Apud, ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2016.

¹³ Pessoas propriamente ditas, recursos humanos.

¹⁴ Território de atuação.

¹⁵ Aqui, entende-se doutrina como conjunto de regras particulares e especiais inerentes a hierarquia, funcionalidade e normas a serem seguidas pelos integrantes da organização.

¹⁶ Refere-se ao tipo de conduta ilícita para qual se constitui e mantém a organização, sejam roubos, tráfico de drogas, tráfico de humano etc.

Como visto no disposto acima citado, encontra-se no inciso VII do art. 3º, dentre os meios extraordinários de provas, a infiltração, “*por policiais, em atividade de investigação*”. Vale salientar que “*por policiais*” devem ser entendidos os membros das corporações elencadas no art. 144 da CF, com atribuições investigativas, ou seja, os policiais federais e civis, a polícia militar jamais poderá desempenhar a atividade de infiltração.

Zanella (2016. p.190-191) elenca que segundo o art. 10 da Lei 12.850/13 o único requisito essencial para ser agente infiltrado é a condição de policial¹⁷. Assim, ao contrário da Lei 9.034/95, já revogada, que permitia tal infiltração “*por agentes de polícia ou de inteligência*”, permitindo assim que até agentes da ABIN (Agência Brasileira de Investigação Nacional) fossem qualificados para tal. Contudo, ressalva que outro pressuposto de inegável importância, advindo da Convenção de Palermo¹⁸ em seu art. 29. Será a especialização do agente, dada por treinamento específico e seleção para cada operação, de forma a não comprometer o sucesso da missão ou pior, ter sua vida retirada em virtude de sua incapacidade ao engajar-se com criminosos de alta periculosidade.

¹⁷ Everton Luiz Zanella ressalta que em outros países é permitida a infiltração por particulares (civis), como por exemplo em Portugal. No Brasil, no entanto será somente possível a infiltração de agente policial de carreira. Observa que mesmo agentes da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) e do SISBIN (Sistema Brasileiro de Inteligência) embora pese-lhes a incumbência de investigar, coletar informações e traçar políticas anticrime, a Lei 12.850/2013 vedou a possibilidade de atuação como agente infiltrado, que antes, na Lei 9.034/1995 (art.2º, V) era previsto. Ademais, considera, por interpretação extensiva ao art. 3º do Código de Processo Penal que alguns dos membros do Ministério Público exerçam investigação. Contudo, embora seja possível essa interpretação extensiva, Zanella afirma que ela não deva ser adotada, pois os agentes devem ser treinados e especializados para este fim, além de o quadro de funcionários da promotoria já ser bastante reduzido, o que torna inviável o destacamento de pessoal para execução de tais tarefas. Por fim, ressaltando policiais de carreira devam ser usados na infiltração policial, embora atribuídos deste título, não deva ser de qualquer corporação o agente selecionado para uso na investigação, uma vez que a infiltração é tarefa especial de investigação sobre crimes de organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13 ou da Lei de Drogas, Lei 11/343/2006) portanto, este deve partir de órgãos da polícia Federal ou Civil, nos termos Do art. 144. Parágrafo 1º, I, e parágrafo 4º, da Constituição Federal.

¹⁸ Refere-se aqui a convenção no mesmo sentido disponível no site da UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime). Texto transcrito e adaptado: A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional. Ela foi aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à disposição dos Estados-membros para assinatura, e entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003.[...] No Brasil foi promulgada pelo Decreto Lei nº 5.015, de 12 de março de 2004. Assinado pelo presidente em exercício Luís Inácio Lula da Silva. [...] A Convenção é complementada por três protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições. [...] Os Estados-membros que ratificaram este instrumento se comprometem a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça. A convenção também prevê que os governos adotem medidas para facilitar processos de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial. Adicionalmente, devem ser promovidas atividades de capacitação e aprimoramento de policiais e servidores públicos no sentido de reforçar a capacidade das autoridades nacionais de oferecer uma resposta eficaz ao crime organizado.

3.2. Da Infiltração de Agentes

A Lei 12.850/13 trata deste meio extraordinário de obtenção de prova em seu art. 10:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Ainda, sobre a infiltração de agentes para combater a atividade criminosa, vemos na lição do professor Denílson Feitoza¹⁹ sua clara explicação:

Infiltração é 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 de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles.

O perfil deste agente é manifestado por Flávio Cardoso Pereira²⁰ na obra *Limites Constitucionais da Investigação*, no qual teve participação:

Neste aspecto, o modelo de agente a ser buscado deveria apresentar os seguintes caracteres básicos: perfil físico compatível com as dificuldades da operação, inteligência aguçada, aptidão específica para determinadas missões, equilíbrio emocional vez que poderá ficar distante do âmbito familiar por tempo indeterminado, sintonia cultural e ética compatível com a organização a ser infiltrada etc.

3.3. Origem da Figura do Agente Infiltrado

Remota a antiguidade tal prática, segundo Zanella (2016.p. 181) afirma que a provável origem do instituto se deu a nível mundial na França durante o reinado de Luiz XIV por volta dos anos 1643 a 1715. Descreve que a coroa concedia favores aos cidadãos que espionassem os que era considerados inimigos políticos do reino, levando as autoridades informações relevantes dos atos destas pessoas. Ressalta, contudo, que por peculiaridades da

¹⁹ PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p, 820.

²⁰ PEREIRA, F. C. **A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência**. In: Rogério Sanches Cunha; Pedro Taques; Luiz Flávio Gomes. (Org.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

ação não estaria, assertivamente neste marco a gênese no instituto. Assevera que não resume-se a mera troca de favores entre o Estado e um civil, mas reside na legalidade o esteio que justifica a ação.

Portanto, a origem da técnica estaria, de fato, nos Estados Unidos, em 1850 quando foi fundada a *Pinkerton Agency*²¹, esta, encarregada de infiltrar-se nas quadrilhas do oeste. Encontramos a origem da modalidade dos agentes infiltrados conforme elucida Wellington Henrique Fernandes²² em sua tese de mestrado:

A origem da modalidade das operações de agente infiltrados tem origem na agência Pinkerton, que tinha gente encarregada de infiltração nas bandas do Oeste Americano. Depois da guerra civil, o Departamento de Tesouro dos Estados Unidos, infiltraram detetives para combater os roubos dos correios e as falsificações. Em 1930 nos [sic] Estados Unidos, através do FBI, aprimorou e começou a utilizar a técnica de infiltração policial para combater outros tipos de crime.

3.4. Introdução no Ordenamento Pátrio

No Brasil, a primeira previsão legal ocorreu com a introdução da Lei 9.034/95²³ especificamente em seu art. 2, I como descrito *in verbis*:

Em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre a ação praticada por organizações criminosas são permitidas, além dos atos 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 ar. 288 do código penal, de cuja ação se pré-exclui, no caso, a antijuricidade.

Zanella (2016.p. 185) afirma que o dispositivo supra sofreu veto presidencial, por não condicionar a infiltração policial a uma prévia autorização do poder judiciário²⁴. Devendo, portanto, ser somente considerada a Lei 10.217/01²⁵, advinda seis anos após, pois o inciso I inseriu ao art. 2 da Lei 9.034/95 o que segue: “infiltração por agentes de polícia ou de

²¹ Agência de investigação e segurança privada com origem nos Estados Unidos da América e fundação em 1850 por Allan Pinkerton, detetive que obteve reconhecimento ao impedir uma conspiração para o assassinato do presidente Lincoln. (MONTALVÃO, Marcelo. 2015. **Inteligência & Indústria: Espionagem e Contraespionagem Corporativa**. Capítulo 27: "Allan Pinkerton e o serviço secreto aplicado à indústria".)

²² FERNANDES, Wellington Henriques. **Infiltração Policial como meio de prova no Estado Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado da Universidade Paranaense – Unipar. Umuarama, 2007. p. 139. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp045990.pdf>> Acesso em 4 de novembro de 2019.

²³ Primeira previsão legal que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em 25/09/19 às 18:36.

²⁴ Toda infiltração policial depende de prévia autorização judicial para que as provas nelas colhidas sejam consideradas úteis e válidas ao resultado efetivo da investigação.

²⁵ Lei que 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. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em: 25/09/19 às 18:34.

inteligência, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.” Em 2002 a Lei 10.409²⁶ considerou a infiltração de agentes em meios criminosos de organizações destinadas ao tráfico de entorpecentes, com anuência do Ministério Público. Contudo, a Lei de Drogas atual (Lei 11.343/2006²⁷) revogou o dispositivo anterior consagrando em seu art. 53, I o instituto da infiltração de agentes. Vejamos *in verbis*:

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

Zanella (2016.p. 186) afirma igualmente que embora existisse a expressa previsão legal de criação do instituto do agente infiltrado, esta não tornou viável sua aplicação prática, devido a lacunas legais, inexistência de requisitos específicos para orientar a autorização judicial e falta de preparo dos agentes em campo. Doutrinadores como Damásio Evangelista de Jesus e Fábio Ramazzini Bechara²⁸, Cássio Roberto Conserino²⁹, Roberta Rodrigues Camilo³⁰, André Carlos e Reis Friede³¹, previam uma antinomia legal com o disposto na Lei de interceptações telefônicas (Lei 9.296/96).

Assim, somente em 2013, com a promulgação da Lei 12.850³², fora sanado por completo os problemas anteriormente expostos, essencial a este ponto se faz exaltar os artigos 10 a 14 transcritos abaixo *in verbis*, para compreensão plena, eficaz e atual do instituto:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação

²⁶ Lei que dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>. Acesso em: 29/09/19 às 18:39.

²⁷ Lei que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 23/09/19 às 18:50.

²⁸ Considera-se o mesmo sentido do disposto pelos autores em: Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. Jus Navigandi. Publicado em 10/2005. Disponível <<https://jus.com.br/artigos/7360/agente-infiltrado>> acesso em 23/09/19.

²⁹ CONSERINO, Cássio Roberto. Crime organizado e institutos correlatos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85

³⁰ CAMILO, Roberta Rodrigues **A Infiltração do Agente no Crime Organizado**. In: Crime organizado. (coords.) Messa, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimares. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 288-299.

³¹ CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 06.

³² Define organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n° 2.848/1940; revoga a LEI n° 9.034/1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 30/10/19.

técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. § 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.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado. § 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado. § 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. § 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

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.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999](#), bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

3.5. Atuação prática do agente infiltrado em diversos setores

Valdir Sznick em sua obra intitulada: Crime organizado; comentários (1997. p. 15-16) relata a dificuldade que a doutrina enfrentava, antes do advento da lei 12.850/13; pela inexistência de expressa definição, acerca do que poderia ser considerado crime organizado. Nesse sentido, a doutrina para tratar do tema o fazia de modo setorial; qual seja classificando por atividade criminosa e localização geográfica.

Marcelo Batlouni Mendroni³³ em sua obra atualiza o conceito e descreve, com base no disposto na Lei 12.850/13, quatro formações basilares de organizações criminosas onde há a possibilidade de atuação do agente, qual são citadas abaixo:

1. Tradicional (ou clássica), da qual o exemplo mais clássico são as máfias. Trata-se de modelo clássico das Organizações Criminosas, as de tipo mafiosas, que revelam características próprias (analisadas com mais detalhes em capítulo à parte, neste livro). Embora sejam os exemplos mais triviais, os modelos mafiosos são espécies do gênero “Tradicional”.
2. Rede (Network – Rete Criminale – Netzstruktur), cuja principal característica é a globalização. Forma-se através de um grupo de experts sem base, vínculos, ritos e também sem critérios mais rígidos de formação hierárquica. Provisória, por natureza, e se aproveita das oportunidades que surgem em cada setor e em cada local.
3. Empresarial: formada no âmbito de empresas lícitas – licitamente constituídas. Neste formato, também modernamente chamadas de Organizações Criminosas, os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da empresa.
4. Endógena: trata-se de espécie de Organização Criminosa que age dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas – federal, estaduais e municipais –, envolvendo, conforme a atividade, cada um dos poderes: Executivo, Legislativo ou Judiciário. É formada essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os escalões, envolvendo especialmente crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.).

Zanella (2016.p.33-42.) exemplifica e relata, nomes “conhecidos³⁴” de organizações criminosas, é citado para ilustrar a dimensão global e poder³⁵: A Máfia³⁶; seja a Italiana³⁷, seja a Nigeriana ou a Russa. Os Cartéis de drogas da Colômbia e México; Cartel de Mendelin³⁸, cartel de Sinaloa³⁹. No Brasil o PCC⁴⁰ e o Comando vermelho⁴². O autor relata que para

³³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 1-2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597001501/>>. Acesso em 22/09/19.

³⁴ Conhecimento popular das organizações criminosas pelo mundo.

³⁵ Poder e influência global, seja pelo território dominado pela facção, seja pelos voluptuosos lucros aferidos com as atividades criminosas, seja pela violência empregada.

³⁶ Filippeto e Apolinário definem máfia como “A máfia é uma instituição organizada que atua à margem do Estado”. (Filippeto, Apolinário, 2017, p. 79). Já Lupo aponta sua posição sobre o funcionamento da máfia ao afirmar que: “[...] a máfia funciona como uma Organização Criminosa a qual possui laços com as instituições do Estado, com as empresas capitalistas, com o sistema financeiro e com a política.” (Lupo, Salvatori. **História da Máfia**. UNESP, 2002. p.1)

³⁷ Refere-se a Máfia da Itália, porém na Itália existem diversas máfias, a mais conhecida é a “Cosa Nostra”, que tem sua origem na Sicília. A Camorra, napolitana, e a N’Drangheta, da Calábria são outras associações mafiosas conhecidas e de proporção notável. Portanto, fala-se aqui em contexto genérico. (Lupo, Salvatori. **História da Máfia**. UNESP, 2002. p. 12 - 13)

³⁸ O Cartel de Medellín, originária da cidade de Medellín, na Colômbia, teve como líder Pablo Escobar. Em 1980 já era considerado um dos maiores cartéis de tráfico de cocaína do mundo. (JARAMILLO, Alfonso Salazar: **Pablo Escobar ascensão e queda do grande traficante de drogas**. Trad. Eric R.R. Heneault e Olga Cafalchio. 1. ed. Colômbia: Planeta, 2014.)

³⁹ O Cartel de Sinaloa, surgiu em 1980 por um dos maiores traficantes do mundo, “El Chapo”. Chegou a controlar 80% do mercado dos Estados Unidos, tendo sua atividade no México, América do Norte, Ásia e Austrália. (OSORNO, Diego Henrique. **El Cartel de Sinaloa: Uma história del uso político del narco**. 1. ed.. México: Grijalbo, 2010).

⁴⁰ Primeiro Comando da Capital (PCC) é considerada uma das maiores organizações criminosas do Brasil. Teve início nas prisões paulistas no início de 1990 e atualmente está presente na maior parte das instituições penais e em quase todos Estados do país, sendo sua principal atuação em São Paulo. Sua estrutura é bem organizada,

além destas existem outros tipos de execuções criminais mantidas em organizações em rede, organizações empresarias e organizações institucionais.

Mendroni⁴³ fixa a máxima: “Assim como a vacina sempre persegue a doença, os meios de combate à criminalidade organizada sempre corre atrás dos estragos causados pela sua atividade.”. Ou seja, de acordo com o doutrinador, o crime organizado está sempre atualizando nas suas práticas delitivas e o Estado deve se readequar constantemente para conter este progresso.

3.5.1. A Infiltração Virtual

Ainda, a Lei 13.441 de 8 de maio de 2017, altera a Lei 8.069/90 (ECA) para prever a infiltração de agentes de polícia na internet (agente infiltrado virtual), com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente, servindo como instrumento para obtenção de prova, seguindo os princípios da legalidade, proporcionalidade e *ultima ratio*. Analisemos o dispositivo no qual elenca os crimes a serem investigados e as regras a serem obedecidas neste tipo de infiltração:

Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras:

I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público;

II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas;

possuí inclusive um estatuto no qual contém uma lista de princípios que os membros devem cumprir. O Objetivo do grupo é financiar armas, drogas, ações de resgate de presos e expandir sua atuação. Para isso, os membros do PCC exigem que os sócios, por eles chamados de “irmãos” paguem uma taxa mensal que varia se estiver em liberdade ou detido no sistema prisional. (BIONDI, Karina. **Etnografia no movimento: território, hierarquia e lei no PCC**. Tese Doutorado em Ciências Humanas - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014).

⁴¹ Mesmo sentido empregado pelo autor em: “Liderança”, “proceder” e “igualdade”: Uma Etnografia das Relações Políticas no Primeiro Comando da Capital. Disponível em:

<<https://journals.openedition.org/etnografica/303#ftn2>>. Acesso em: 25/09/19 às 21:41.

⁴² Mesmas considerações e sentido que o exposto em “Organização nasceu do convívio com grupos de combate ao regime militar”. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2002/traficonorio/faccoes-cv.shtml>>. Acesso em: 25/09/19 às 21:45.

⁴³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p 5.. 2. ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597001501/>> Acesso em 22/09/19.

III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial.

§ 1º A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, consideram-se:

I – dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão;

II – dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

Vale ressaltar a complexibilidade e perícia que exige preparar um relatório como o mencionado no parágrafo 1º e 2º do inciso III do disposto no artigo 190-A mencionado acima, clara é a necessidade de um amplo preparo do agente para atuar neste tipo de infiltração. Vejamos os ensinamentos de Flávio Cardoso Pereira⁴⁴:

A partir de agora, poderão ser deflagradas operações de investigação mediante a utilização da figura do agente infiltrado dentro do ambiente virtual da internet, mesmo não se tratando de hipótese concreta de atuação de uma organização criminosas. [...] Em outras palavras, a infiltração virtual seria apenas uma espécie do gênero infiltração de agentes. Justamente por isso, seria perfeitamente possível a adoção do procedimento de infiltração virtual de agentes para a apuração de organizações criminosas. Nesse sentido, a nova lei em momento algum estabelece essa vedação. [...] É de se destacar que a nova modalidade de infiltração, a qual podemos denominar como “virtual”, deverá ser levada a efeito por agente policial devidamente treinado para tal desígnio, devendo este apresentar aspectos psicológicos condizentes com a complexidade da operação, perfil intelectual adequado para o correto desempenho das tarefas inerentes ao plano operacional, conhecimentos avançados em matéria cibernética e capacidade de inovar em situações de extrema fragilidade no tocante ao sigilo do trabalho encoberto.

Percebe-se, então que decorre da pluralidade de meios criminosos, supramencionada, a necessidade de se ter agentes capacitados e treinados para atuar nestes disparens cenários. A infiltração em campo, com o passar dos anos torna-se um meio sofisticado e que demanda conhecimento profundo da atividade desenvolvida, seja pela especificidade⁴⁵ do crime ou seja pela geolocalização da organização criminosa.

Por isso, a atuação dos agentes infiltrados nos diversos meios, terá de ser planejada com cautela e precisão. A particularidade inerente a cada modalidade de crime dará o tônus da

⁴⁴ PEREIRA, F. C. . **A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência**. In: **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Org. Rogério Sanches Cunha; Pedro Taques; Luiz Flávio Gomes.

⁴⁵ Refere-se ao crime praticado em si, para exemplificar citamos: tráfico humano, crime cibernético, tráfico de drogas, estelionato, lavagem de dinheiro, sequestros, aliciamento de menores a prostituição e promoção de pornografia infantil.

operação e trará riscos que devem ser medidos. O agente, treinado, deve estar consciente de suas ações e preparado para não cometer delitos, ou agir contra lei.

Contudo, a natureza humana é imprevisível e impossível será saber, portanto, em grande parte dos casos, principalmente nas ações de infiltração em campo de cartéis de droga, por exemplo, como será a ação do agente, tendo que lidar com a violência sanguinária e tirana dos que controlam as facções.

4. A RESPONSABILIDADE PENAL POR DELITOS PRATICADOS PELO AGENTE INFILTRADO

No art. 11 está disposto que o requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração do agente deverá conter: a demonstração da necessidade da medida; o alcance das tarefas dos agentes; e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. O grande problema está em encontrar o alcance das tarefas dos agentes, isso porque, a partir do momento que se encontra infiltrado numa organização criminosa, seus atos que deveriam estar dentro da proporcionalidade e razoabilidade se tornam imprevisíveis, haja visto que é impossível antecipar as hipóteses criminosas em que possa vir a se envolver, exceto a própria participação na organização.

Assim, mediante a situações de perigo ou de ilegalidade, cometendo delitos e infrações a Lei 12.850/13 dirá que a responsabilidade penal do agente infiltrado será aferida de acordo com a proporcionalidade⁴⁶.

A lei 12.850/13 em seu art. 13 revela *in verbis*:

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.

Decorre do diploma legal a imunidade penal do agente infiltrado, quando resguardada a proporcionalidade e o bom senso.

⁴⁶ Mesmo sentido aplicado na obra de Rossetto “[...]a proporcionalidade impõe a ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal e conclui na relação entre o crime e a pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada[...] No princípio da proporcionalidade cuida-se da equidade[...]”.(ROSSETO, Enio Luiz. Teoria e aplicação da pena. São Paulo: Atlas, 2014.)

Entende Everton Luiz Zanella (2016. p. 206-211) ao tratar da responsabilidade penal do agente infiltrado que, em via de regra, esse não será responsabilizado pela prática do crime previsto no art. 2º da Lei 12.850/2013, pois carece-lhe o elemento subjetivo penal⁴⁷, qual seja a intenção real de colher os frutos da ação orquestrada ou, resguardar as condutas que caracterizam o grupo criminoso, seja a fidelidade e a associação permanente. O autor assevera que o agente está em estrito cumprimento de seu dever legal, autorizado por ordem judicial, em plena legalidade: o que é causa de excludente de ilicitude penal, conforme descreve o próprio Código Penal⁴⁸ em seu art. 23, III. Vejamos *in verbis*:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Guilherme de Souza Nucci⁴⁹ faz considerações importantes sobre a prática delitiva dos agentes penais na infiltração. Relata que por razões óbvias o agente infiltrado participará de crimes, seja para demonstrar lealdade e confiança ou seja para manter seu disfarce. Ressalta, em conformidade com os ensinamentos de Zanella, que a excludente capaz de imunizar o agente de algum delito será a inexigibilidade de conduta diversa, prevista no art. 13, Parágrafo único da Lei 12.850 de 2013.

Nucci⁵⁰ alega que a ação praticada pelo policial não pode ser censurada, pois trata-se de caso isolado, raro e por suas peculiaridades únicas deva ser considerado como tal.

Mendroni⁵¹ trás luz a questão não restando dúvidas acerca dos quesitos a serem considerados quando for aferida a responsabilidade penal do agente. Veremos a seguir na transcrição de trechos de sua obra:

O infiltrado deve manter absoluta coerência entre os termos da medida autorizada e seus limites e a ação desenvolvida no âmbito da infiltração. Se praticar excessos que absolutamente não guardem relação com amplitude e os limites fixados pelo Juiz, responderá administrativa e/ou judicialmente por tais excessos. A Lei refere a “proporcionalidade com a finalidade” – da investigação. Claro que, no âmbito de

⁴⁷ Dolo, intenção de agir e finalidade.

⁴⁸ Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/29/19 às 15:28.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.83.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p 91-93. 2. ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597001501/>> Acesso em 22/09/19.

uma infiltração em Organização Criminosa, caberá ao próprio agente, e a ninguém mais, estabelecer juízo de valor acerca das suas ações. Embora tendo fixados os limites de sua atuação, haverá casos e circunstâncias em que a decisão sobre determinadas condutas lhe parecerá inerente à “finalidade” da investigação. O termo “finalidade” é abstrato, não delimitando ou fixando condutas – e nem poderia. Se ao agente infiltrado parecer haver algum link da conduta com a finalidade da investigação, desde que plenamente justificável e considerando a situação vivenciada, nessas condições não poderá responder por “excesso”.[...] certo que no seio de uma Organização Criminosa não se descarta a possibilidade de que decorram circunstâncias que o obriguem a praticar um delito. É possível e previsível que aconteça, o que também torna a infiltração de agentes como uma das últimas alternativas a uma investigação criminal. Se o agente se deparar com uma situação tal que lhe exija a prática de um delito, obviamente, desde que guardado o Princípio da Proporcionalidade, não deverá responder pela sua prática, aplicando-se a causa excludente de antijuridicidade (ilicitude) de inexigibilidade de conduta diversa. A apreciação desse fator da “inexigibilidade” ficará, naturalmente, à posterior análise em plano de investigação especificamente aberta para esse fim.

Nucci⁵² coroa tal entendimento, conforme:

Ilustrando, o agente se infiltra em organização criminosa voltada a delitos financeiros; não há cabimento em matar alguém somente para provar lealdade a um líder. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova uma falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro. No primeiro caso, o agente responderá por homicídio e não poderá valer-se da excludente, visto a desproporcionalidade existente entre a sua conduta e a finalidade da investigação. No segundo, poderá invocar a inexigibilidade de conduta diversa, pois era a única atitude viável diante das circunstâncias.

Silva⁵³ confirma o posicionamento doutrinário, vejamos:

[...]é necessário identificar um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os princípios orientadores do Estado de Direito, pois se de um lado o Estado deve buscar reprimir com eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que aquelas cometidas pela organização criminosa. Haveria um inevitável contrassenso, pois naturalmente não se afigura razoável conceber que o Estado possa, através de seus agentes, na atividade de persecução criminal, praticar condutas mais gravosas que aquelas apuradas. A análise da proporcionalidade entre a conduta do policial infiltrado e o fim buscado pela investigação é o caminho a ser trilhado. Não se apresenta razoável, por exemplo, admitir que o policial possa matar pessoas na busca de elementos de prova para apuração de crimes praticados contra a flora e a fauna. Tal conclusão, portanto, impõe uma análise casuística das situações que se apresentarem. Ante o subjetivismo desse critério, como propõe parte da doutrina espanhola, afigura-se conveniente a fixação legal de limites mínimos para a consideração do tema, dentre os quais a proibição de o agente pôr em perigo a vida, a integridade física ou psíquica de pessoas investigadas ou terceiros estranhos à investigação em curso.[...]A Lei no 12.850/13, seguindo a tendência internacional,

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.83.

⁵³ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 98. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000047/>> Acesso em 18/09/19.

buscou tutelar a questão à luz do princípio da proporcionalidade, que deverá ser analisado caso a caso: “O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados” (art. 13, caput). Ademais, dispõe o parágrafo único do dispositivo: “Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”. Trata-se, pois, de causa de exclusão de culpabilidade, com a finalidade de proteger o agente, que mais uma vez deverá ser analisada casuisticamente.[...].

Zanella⁵⁴ esclarece que embora os crimes imputados ao agente policial infiltrado sejam puníveis, este somente será capaz de receber pena, caso fossem evitáveis e intoleráveis a vista do homem médio⁵⁵. Contudo, afirma existir ao menos seis correntes que tratam sobre a exclusão de responsabilidade do agente infiltrado, conforme trecho de sua obra adaptado:

I) Natureza de escusa absolutória, ou seja, causa de isenção de pena que procede ao delito, por questões de política criminal. O fundamento é o de que não seria lógico admitir-se a responsabilidade penal do agente infiltrado, já que ele foi autorizado a agir pelo poder judiciário. Assim, embora tecnicamente ele cometa ato previsto como ilícito no ordenamento, o legislador por conveniência optou por não lhe atribuir responsabilidade. Este é o regramento conferido pelos ordenamentos jurídicos da maioria dos países[...]. Já título de exemplo no ordenamento português a lei 45 de 1996 (combate ao tráfico de entorpecentes) estabelece em seu artigo 59, que não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro que atue sob controle da polícia judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação de sua qualidade identidade, praticar o tráfico de drogas. No ordenamento argentino, o artigo 31 da lei 23 737, com redação dada pela lei 24.424, traz dispositivo semelhante também prevendo a escusa absolutória ao agente infiltrado.

II) Natureza de estrito cumprimento do dever legal (causa de excludente de ilicitude). O fundamento é o de que o agente infiltrado está agindo dentro de suas atribuições funcionais, autorizado pelo juiz, razão pela qual seus atos são lícitos, salvo se agir com excesso (artigo 24, III, do Código Penal). Na doutrina este posicionamento foi defendido por alguns autores na vigência da lei 9.034/95, dentre eles Denílson Feitoza Pacheco, para quem o princípio da proporcionalidade acarreta a exclusão de ilicitude, justificando legalmente as condutas típico-penais eventualmente praticadas, desde que estritamente ligadas à infiltração.

III) Natureza de atipicidade penal pelo risco permitido: teoria da imputação objetiva. Para essa teoria, a ação é permitida pela lei autorizada judicialmente, de maneira que não pode ser criminosa. É a posição preconizada por Damásio Evangelista de Jesus, que assim se refere à conduta do agente infiltrado: “Se o estado lhe permitisse a atividade, havendo a prática de um crime pela organização, que contou com sua execução ou participação, o correto é reconhecer ausência de tipicidade em suas ações, e não a licitude ou a inculpabilidade em fases posteriores”.

IV) Natureza de a tipicidade conglobante: teoria da tipicidade conglobante, defendida por Raul Eugênio Zaffaroni. Para o autor, uma conduta típica é, como regra, antinormativa e reprovável, pois o ordenamento jurídico deve ser perfeito como um todo. Desta forma, não é possível que uma norma proíba aquilo que outra

⁵⁴ ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 207-211.

⁵⁵ Homem de conhecimento médio. Não se trata de um doutor em direito ou muito menos um aborígene que desconhece a legislação. Procura-se aqui evidenciar o homem que por suas capacidades cognitivas, educação básica e convívio social seria capaz de realizar tal raciocínio lógico esperado, qual seja saber e identificar a reprovação do ato. Exemplo: todo homem médio sabe que não pode roubar ou matar.

norma impunha com o fomento. Nesse sentido, Eduardo Luiz Santos Cabette: “as condutas aparentemente criminosas perpetradas pelo agente infiltrado, dentro de uma proporcionalidade e, portanto, permitidas e até mesmo incentivadas pela legislação respectiva, configuram aquilo que Zaffaroni e Batista denominam de a tipicidade conglobante, a afastar desde logo a tipicidade da conduta.

V) Natureza de inexigibilidade de conduta diversa (causa excludente de culpabilidade). O argumento é o de que a única opção para o agente infiltrado é a prática do crime, de forma que outro comportamento por parte dele não poderia ser exigido. Para a maioria dos doutrinadores pátrios este entre eles Eduardo Araújo da Silva, Cássio Conserino, Guilherme de Souza Nucci, Cléber Masson e Vinícius Marçal a lei 12.850 de 2013 adotou essa tese. [...]

VI) A Lei 12.850 de 2013 trouxe um misto de 2 teorias: a segunda e a quinta, já que tratou do assunto de 2 maneiras diversas, trazendo no artigo 13 o estrito cumprimento do dever legal (somente se pode punir pelo excesso aquele que extrapolou a excludente de ilicitude do ato), e no parágrafo único, a inexigibilidade de conduta diversa. É um entendimento carreado por Cézar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato. Para os doutrinadores, se o crime praticado encontra-se na esfera do previsto o projeto de infiltração (autorizados judicialmente), haverá uma situação de justificação (estrito cumprimento do dever legal) e o agente infiltrado somente responderá pelo crime se houver excesso, ou seja, exceder os limites do que for autorizado - artigo 13 da lei 12.850 de 2013. Porém, se o crime praticado pelo agente não estiver relacionado com a investigação em curso - ou seja, estiver fora do alcance do projeto operacional autorizado - não mais falamos da causa de excludente de ilicitude, mas sim de culpabilidade, caso se verifique que o agente foi compelido a cometê-lo - artigo 13, parágrafo único.

Nesta última hipótese, isto é, do crime não relacionado ao objeto da infiltração, podem surgir 4 diferentes situações:

1. O agente infiltrado é mero cumplice do crime, ou seja, é participe por contribuição material acessória (não é o autor). Neste caso, haverá, em princípio, exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.
2. O agente infiltrado é co-autor na execução do crime, tendo existido uma divisão de tarefas. Aqui, não é possível estabelecer uma regra geral. A análise se dará caso a caso, no critério de proporcionalidade.
3. O agente infiltrado é o autor direto e único do crime (é o seu executor). Se isto ocorrer, o agente responderá pelo crime, não havendo causa de exclusão de ilicitude nem de culpabilidade, pois “as normas que regulam a infiltração de agentes jamais podem ser interpretadas como fomento à prática de delitos”.
4. O agente infiltrado atua como agente provocador do crime praticado pela organização criminosa; ele utiliza o grupo criminoso para cometer delito cuja intenção deliberada e ele já possuía antes da infiltração. Nesta hipótese, a igualmente responsabilidade criminal do agente.

Se durante a infiltração, que consiste numa atividade de risco juridicamente permitida, o agente vier a cometer um crime no curso da investigação a qual tal prática seja inexigível conduta adversa, haverá a exclusão de culpabilidade, permanecendo típico e ilícito, possibilitando, com amparo da Teoria da Acessoriedade Limitada, a punição dos partícipes, no caso os integrantes da organização, pelo delito praticado. E caso o agente infiltrado seja autor direto e único de um crime em que não é relacionado ao objeto da investigação, não haverá a exclusão de ilicitude e nem culpabilidade. Ainda, se o infiltrado for um agente provocador, incluindo instigação ou induzimento, do crime praticado pela organização, haverá igual responsabilidade criminal ao mesmo, salvo em um caso: se a indução ou instigação, no

sentido de orientar conduta do autor para a diminuição do risco para o bem jurídico, por exemplo, no caso de um membro estar em dúvida entre matar alguém ou provocar lesões corporais e for convencido pelo agente à segunda opção – hipótese de exculpação.

5. CONCLUSÃO

A introdução do agente infiltrado no contexto das investigações contra organizações criminosas é de suma importância em razão do avanço promovido no decurso da produção de provas. Técnicas como a dissimulação e o engano são absolutamente justificáveis quando se trata de promover a prevenção e a repressão ao crime organizado. Com a crescente evolução tecnológica acompanhada pelas organizações, meios novos de infiltração, como os cibernéticos, fazem necessário.

A utilização deste meio de obtenção de provas, utilizado em *ultima ratio*, poderá ser justificado com uma ponderação de valores, no qual o valor “eficácia” prepondera, visto que o objetivo é combater de forma eficaz os delitos praticados por essas organizações, a fim de promover o bem estar e a pacificação da sociedade. (Flávio Cardoso Pereira, 2017)

A legislação brasileira expressamente prevê no art. 13 da Lei 12.850/13 (combate ao crime organizado) em seu parágrafo único que o agente deverá manter a “*devida proporcionalidade com a finalidade da investigação*”, e se não fizer “*responderá pelos excessos praticados*”. Ainda no mesmo artigo, complementa “*não é punível no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa*”. O agente infiltrado não pode ser responsabilizado pela prática delitiva do art. 2º da Lei 12.850/13, devido a falta do elemento subjetivo do tipo penal, segundo os ensinamentos de Zanella (2016): “– não queria associar-se, tampouco buscar vantagem –, o que retira a tipicidade da conduta”. Ainda assim, estaria o agente autorizado judicialmente, representado pelo delegado ou requerimento do MP, a exercer o trabalho de infiltração portanto, estaria no estrito cumprimento de seu dever legal, o que admite excludente da ilicitude, prevista no art. 23, III do Código Penal.

Entretanto, pode acontecer de o agente vir a cometer crimes, e estes somente deverão ser imputados ao agente infiltrado se a conduta pudesse ser evitada e ainda assim o mesmo optasse por seguir com a prática do ilícito. Pela periculosidade de seu ofício, outrora o agente poderá cometer crimes para a preservação de sua falsa identidade ou para preservar seus

próprios bens jurídicos (vida e integridade física), neste caso, cabe ao magistrado aplicar o juízo de proporcionalidade. É aceitável que seja aplicada a excludente da inexigibilidade de conduta diversa quando cometer um ilícito, de até média gravidade, dentro da atividade fim da organização criminosa e baseado na finalidade da investigação como, por exemplo, lavagem de dinheiro e este agente tiver que transportar o dinheiro de um local a outro.

Mas, vejamos o exemplo apresentado por Zanella (2016), no caso de o agente vier, hipoteticamente, a se infiltrar como um executivo em alguma sociedade anônima a fim de ganhar a confiança dos demais e obter provas de lavagem de dinheiro, ele não precisará cometer crimes, e se o fizer, responderá por excesso.

Já o homicídio, caso venha a ser praticado durante a infiltração, só seria justificável numa situação extrema, onde existisse a inexigibilidade de conduta diversa e estando presente alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade. Seria neste caso justificável, por exemplo, no sentido da diminuição do resultado danoso para o bem jurídico. Vejamos a hipótese de homicídio cometido pelo agente contra alguém da própria organização, tendo em vista eminente ameaça contra a vida do próprio agente infiltrado. Neste caso, admite a exculpação.

Ainda, no mesmo sentido da diminuição do resultado danoso, se o agente matar pelas costas um criminoso para evitar que ele mate reféns, aqui não se faz análise de justificação, apenas se é proporcional matar a fim de evitar que vidas de reféns fossem retiradas. A mesma proporcionalidade não se aplicaria no ato de matar para provar confiança aos membros do grupo criminoso. Entretanto, poderia até ser possível discutir sobre uma situação justificante, como a do agente, caso ele se veja obrigado a matar um refém ou outro membro da organização o fará, em defesa da sua própria vida e da vítima, realizar um golpe ou disparo que simule a letalidade.

Há de se valer que em caso de não ser culpável pelo crime, somente o agente não responderá criminalmente, os demais membros da organização criminosa, que o induziram e/ou auxiliaram, responderão pelos delitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FILIPPETTO, Rogério; APOLINARIO, M. C. B. . **Máfia, crime organizado e associação criminosa: elementos para uma perspectiva brasileira.** 15. v. Belo Horizonte: De Jure, 2017.

JARAMILLO, Alfonso Salazar. **Pablo Escobar ascensão e queda do grande traficante de drogas.** 1. ed. Tradução de Eric R.R. Heneault; Olga Cafalchio. Colômbia: Planeta, 2014.

LUPO, Salvatore. **História da Máfia: das origens aos nossos dias.** São Paulo: UNESP, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OSORNO, Diego Henrique. **El Cartel de Sinaloa: Uma história del uso político del narco.** 1. ed. México: Grijalbo, 2010.

PACHECO, Denilson Feitoza . *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.* 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial.** 1.ed. reimpr., 2011. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, F. C. . **A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência.** In: **Limites constitucionais da investigação.** Rogério Sanches Cunha; Pedro Taques; Luiz Flávio Gomes. (Org).. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena.** São Paulo: Atlas, 2014.

SZNICK, Valdir. **Crime organizado: comentários.** São Paulo, SP: Leud, 1997.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Curitiba, PR: Juruá, 2016.

SÍTOS ELETRÔNICOS:

BIONDI, Karina. **Etnografia no movimento: território, hierarquia e lei no PCC**. Tese Doutorado em Ciências Humanas - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/246/6378.pdf>>

Brasil. Código Penal. Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

Brasil. Lei N. 10.217, de 11 de Abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>.

Brasil. Lei N. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>.

Brasil. Lei N. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>.

FERNANDES, Wellington Henriques. **Infiltração Policial como meio de prova no Estado Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado da Universidade Paranaense – Unipar. Umuarama, 2007. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp045990.pdf>>.

Folha de São Paulo. **Organização nasceu do convívio com grupos de combate ao regime militar**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2002/traficonorio/faccoes-cv.shtml>>.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei N° 12.850/13**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597001501/>>.

MONTALVÃO, Marcelo. **Allan Pinkerton e o serviço secreto aplicado à indústria**. In: Inteligência & Indústria: Espionagem e Contraespionagem Corporativa. Disponível em: <inserir site>

PEREIRA, F. C. **Agente infiltrado virtual - Lei n. 13.441/17: primeiras impressões**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf>.

Revista Etnográfica. “Liderança”, “proceder” e “igualdade”: uma etnografia das relações políticas no Primeiro Comando da Capital. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/etnografica/303#ftn2>>.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>>.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas : aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. 2. São Paulo Atlas 2015 1 recurso online ISBN 9788597000047. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000047/>>.

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

United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>;