

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO TÁLISSON LÔBO MASCARENHAS

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO EM
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2019

FRANCISCO TÁLISSON LÔBO MASCARENHAS

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO
EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*, apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. José Boaventura Filho

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2019

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Francisco Tálisson Lobo Mascarenhas¹
José Boaventura Filho²

RESUMO

As organizações criminosas têm se mostrado cada vez mais fortalecidas com o decorrer do tempo, o que requer uma repressão estatal mais acentuada. Com vistas a isto, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a possibilidade de responsabilização penal do agente infiltrado em organizações criminosas, pelos delitos praticados enquanto estiver nessa condição. A pesquisa busca explorar o instituto da infiltração policial dentro das organizações criminosas sob a ótica do histórico legislativo da Lei das Organizações Criminosas, com destaque a Lei nº 12.850/13, que dispõe sobre a definição das organizações, a investigação criminal e os meios de obtenção de prova, abordando os requisitos legais e dirimindo a discussão quanto a natureza jurídica da responsabilidade do agente infiltrado em organizações criminosas. A pesquisa utilizou embasamentos bibliográficos, análise de fatos em doutrina, estudo de legislações e discussões de autores especialistas no tema proposto.

Palavras-chave: Organizações Criminosas. Agente Infiltrado. Responsabilidade Penal. Natureza jurídica.

ABSTRACT

Criminal organizations have been increasingly strengthened over time, which requires stronger state repression. With this in mind, this research aims to analyze the possibility of criminal liability of the infiltrated agent in criminal organizations, for crimes committed while in this condition. The research seeks to explore the institute of police infiltration within criminal organizations from the perspective of the legislative evolution of the Law of Criminal Organizations, highlighting Law No. 12.850 / 13, which provides for the definition of organizations, criminal investigation and means of obtaining evidence, addressing the legal requirements and settling the discussion as to the legal nature of the liability of the undercover agent in criminal organizations. The research used bibliographic foundations, analysis of facts in doctrine, study of legislations and discussions of authors specializing in the proposed theme.

Keywords: Criminals Organizations. Infiltrated agent. Criminal Liability. Nature Legal

1 INTRODUÇÃO

¹Discente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: talisson_mascarenhas@hotmail.com

²Docente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: Boaventura.adv@hotmail.com

A criminalidade é um fenômeno comum em quase todos os países do mundo. Nos últimos tempos é possível observar uma nova forma de planejamento para a prática de delitos, onde os criminosos se estruturam, formam grupos de maneira organizada, com atribuições definidas para cada indivíduo a fim de praticarem crimes, aumentando consideravelmente seus lucros com atividades ilícitas: são as chamadas organizações criminosas.

No Brasil, o crime organizado cresce de forma acelerada em decorrência da alta lucratividade obtida, e as suas principais práticas vão desde o tráfico de drogas, armas e pessoas, aos denominados crimes de colarinho branco com lavagem de dinheiro.

Surge nesse contexto a necessidade de criação de uma legislação que conceitue esse ramo da criminalidade de maneira mais congruente e disponibilize meios adequados para sua prevenção e combate, principalmente no que diz respeito a técnicas de investigação aptas a acompanhar o crescimento acelerado dessa prática delituosa.

Nesse diapasão, até o ano de 2012, o nosso ordenamento jurídico não conceituava de forma precisa o que seria organização criminosa, até a criação da Lei nº 12.694/12, que ainda assim teve pouca serventia, uma vez que já no ano seguinte entrou em vigor a Lei nº 12.850/13, conhecida como Lei das Organizações Criminosas.

Uma das principais inovações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 12.850/13 foi a importância dispendida sobre as técnicas de investigações especiais, dentre elas a infiltração policial, um meio valioso de obtenção de prova, que é objeto de estudo deste trabalho.

Isto posto, o presente artigo tem por finalidade analisar o instituto da infiltração policial, importante meio de obtenção de prova nas organizações criminosas. Esta pesquisa é de suma importância, certo que, o crime organizado se mostra como um tema atual e global. De tal sorte, o objetivo central é analisar e dirimir a discussão sobre a possibilidade de responsabilização do agente infiltrado que precisa praticar atos considerados ilícitos na busca pela obtenção concreta de provas.

Importante ponto a ser tratado nesta pesquisa, então, é a possibilidade de que o agente infiltrado precise cometer atos ilícitos durante sua dita infiltração em organizações criminosas, verificando-se que, por se tratar de possibilidade ou risco para o sucesso das investigações, a legislação pertinente e doutrina tendem a excluir a responsabilidade penal do agente.

2 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa no campo das ciências sociais aplicadas, ciência jurídica, que tem como recorte a temática direito penal e processual penal.

Também se revela como uma pesquisa básica que busca agregar conhecimento jurídico relacionado ao tema, trazendo aspectos relevantes quanto ao mesmo e a sua importância jurídica científica.

Ainda se utilizou do método de pesquisa qualitativo, tendo em vista a preocupação com a qualidade dos dados e das informações que englobam o tema, não sendo relevante o aspecto da quantidade neste caso. Sobre a pesquisa qualitativa, Richardson (2017) afirma que se mostra como um meio eficiente para o fim de explorar e entender um problema social ou humano.

Além disso, se trata de uma pesquisa pautada no método exploratório, sobre o qual Cervo e Silva (2006) aduzem que irá estabelecer critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa e visa oferecer informações sobre o objeto desta e orientar a formulação de hipóteses. Ainda sobre a pesquisa exploratória, de acordo com a percepção de Prodanov e Freitas (2013), esta assume, em geral, as formas bibliográficas. É um levantamento bibliográfico sobre o assunto a ser desenvolvido.

3 CONCEITO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E HISTÓRICO LEGISLATIVO SOBRE O TEMA

A realidade das organizações criminosas é dotada de inúmeras especificidades, resultado das transformações constantes em busca de uma maior lucratividade advinda deste tipo de crime. As atividades desenvolvidas pelas organizações se inserem em diferentes realidades econômicas e sociais e por este motivo existe uma grande dificuldade de encontrar um conceito que abarque todas as peculiaridades das organizações criminosas. (MENDRONI, 2016)

Nesse sentido corrobora o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, veja-se:

O conceito de organização criminosa é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2018, p. 01)

Diante disso, é necessário levar em consideração as características básicas encontradas nas mais diversas modalidades de organizações criminosas, sendo possível localizar algumas

que são essenciais para sua configuração, quais sejam: pluralidade de agentes, estabilidade ou permanência, busca por lucratividade e estrutura organizada. (SOUSA, 2015)

A despeito disso, a necessidade da conceituação da expressão “organização criminosa” persiste, principalmente para que os seus integrantes possam ser responsabilizados com fulcro no tipo penal específico e, por conseguinte, mais adequado. Nesse sentido, Nucci a conceitua da seguinte forma:

A organização criminosa é associação de agentes com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes. (NUCCI, 2019, p. 02)

Contudo, verifica-se que existem vários conceitos acerca das organizações criminosas, o que cria a necessidade de o Estado editar uma legislação especial para tratar do tema com a exatidão indispensável.

3.1 HISTÓRICO LEGISLATIVO

A primeira lei a tratar das organizações criminosas no Brasil foi a Lei nº 9.034/1995, alterada pela Lei nº 10.217/2001, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro meios operacionais para prevenção e repressão de condutas praticadas por organizações criminosas. Ressalta-se que o texto normativo não se preocupou em definir as condutas praticadas pelos agentes no âmbito das referidas organizações. (MASSON e MARÇAL, 2018).

A lei em comento foi criada com o objetivo de cuidar do que se deve compreender por “organizações criminosas”, mas juridicamente continuou-se sem saber com exatidão do que se tratava. Não havia uma definição legal, ficando a cargo dos doutrinadores a criação de um conceito. Tratava-se de um conceito vago, aberto. Nesse ponto a lei passou a ser considerada como letra morta. (SOUSA, 2015)

Em razão da dita obscuridade da lei vigente, se fez necessária a criação de uma norma que sanasse a insegurança jurídica acerca do tema. Nesse contexto foi criada a Lei nº 12.694/12, que finalmente conceitua organização criminosa, em seu art. 2º:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2012)

Já no ano seguinte, entrou em vigor a Lei nº 12.850/13, que trata das organizações criminosas e da investigação e procedimento criminal das infrações penais correlatas, trazendo à baila um novo conceito de organização criminosa. A nova lei discorre em seu art. 1º que para configuração da organização criminosa, é necessária a associação de 04 pessoas, diferente da lei anterior, que exigia a participação de apenas 03 agentes. (BRASIL, 2013)

Neste sentido, segundo Masson e Marçal, a nova lei, além de revogar a Lei nº 9.034/95, “definiu organização criminosa (art. 1º, §1º), dispôs sobre investigação e procedimento criminal, meios de obtenção de prova, e tipificou as condutas de “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa” (MASSON e MARÇAL, 2018, p. 26).

Entende-se que a mais recente lei que trata das organizações criminosas revogou de forma tácita o art. 2º da Lei nº 12.694/12, o que faz com que haja apenas um conceito legal de organização criminosa válido no Brasil. (SANCHES, 2014).

A criminalidade organizada é vista como um fenômeno estritamente ligado a sociedade contemporânea, e os seus traços estão previstos de forma expressa na legislação brasileira, mais precisamente na Lei nº 12.850/2013, salientando-se que a convenção de Palermo, a Lei nº 11.343/2006, que trata, dentre outros institutos, da repressão ao tráfico de drogas, e a Lei nº 12.694/2012, servem como soldado de reserva, e suas aplicações não estão, a depender do caso concreto, afastadas. No tocante a primeira lei a tratar sobre as organizações no Brasil, a Lei nº 9.034/95, a mesma foi revogada total e expressamente. (SOUSA, 2015)

Verifica-se, então, que a lei do ano de 2013 incorporou no arcabouço jurídico modificações relacionadas ao conceito de organização criminosa, tipificou condutas e versou em sua estrutura sobre importantes meios de obtenção de prova para investigação e instrução processual penal, conforme será analisado em momento oportuno. (BRASIL, 2013)

4 INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

De forma preliminar, fazendo um breve apanhado da evolução histórica da infiltração policial, apurou-se que não foi concebida inicialmente no direito brasileiro, tendo sido o instituto consagrado em outros ordenamentos jurídicos, servindo como exemplo a França, Alemanha, Itália e Estados Unidos. (MASSON e MARÇAL, 2018)

Por sua vez, foi a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 5.015/2004, que consignou técnicas especiais de investigação, conforme se segue:

Art. 20- 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado-Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. (BRASIL, 2004)

A infiltração policial ou operação de infiltração foi considerada pela Convenção de Palermo como uma nova medida de investigação, sendo necessário que os países que dela faziam parte a regulamentassem internamente, a fim de instrumentalizar tal ferramenta destinada ao combate da criminalidade organizada. (BRASIL, 2004)

Já a Lei nº 9.034/95 fez referência à técnica da infiltração policial, mas não foi nítida acerca de quem poderiam ser os agentes infiltrados, quais seriam os limites de atuação dos referidos agentes e os direitos a eles pertencentes. Argumenta-se que faltou clareza no texto normativo a respeito dos instrumentos extraordinários de investigação (SOUSA, 2015).

Quanto ao conceito de infiltração policial em organizações criminosas, pode-se delinear como uma técnica especial de investigação caracterizada pela introdução autorizada de um ou vários agentes de polícia, portando-se como se fossem membros da organização criminosa, com a incumbência de descobrir delitos passados, prevenir ações futuras e com suas atividades destruir a estrutura de toda organização criminosa. (MENDONÇA; CARVALHO, 2012)

No mesmo sentido corrobora o entendimento de Masson e Marçal:

A infiltração de agentes consiste em um meio especial de obtenção de prova-verdadeira técnica de investigação criminal- por meio do qual um (ou mais) agente de polícia judicialmente autorizado, ingressa em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros. (MASSON e MARÇAL, 2018, p. 304)

Já Guilherme de Souza Nucci compara, com pertinência, o instituto da infiltração com a infiltração de água em rachaduras na parede, que acontece de maneira lenta, aos poucos, sem ser percebida e elenca requisitos para sua aplicação: ser agente policial; estar em tarefa de investigação; autorização judicial motivada; subsidiariedade da infiltração policial; prazo de seis meses; relatório circunstanciado ao final da investigação. (NUCCI, 2018)

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 12.850/2013 estabeleceu, em seu art. 3º, um rol de importantes técnicas e procedimentos investigatórios a serem utilizados como instrumentos de investigação e meios de obtenção de prova no âmbito das organizações criminosas. Veja-se o que dispõe a norma em comentário:

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. (BRASIL, 2013)

Quanto a norma supratranscrita, verifica-se que nem todas as ferramentas nela constantes configuram meios de obtenção de prova. A ação controlada (art. 3º, inciso III, Lei nº 12.850/2013), por exemplo, não irá produzir prova, irá depender em síntese do que for encontrado durante o seu desenvolvimento. Já a infiltração policial (art. 3º, inciso VII, Lei nº 12.850/2013) é um mecanismo para obtenção de prova, que poderá ser documental e/ou testemunhal. Assim, o instituto da infiltração policial terá natureza jurídica de meio de prova misto, onde o agente deverá angariar provas, e por conhecer a estrutura da organização deverá ser ouvido, posteriormente, na figura de testemunha. (NUCCI, 2018)

De tal sorte, o art. 10 da Lei nº 12.850/2013 disciplina mais especificamente o instituto da infiltração policial, veja-se:

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. (BRASIL, 2013)

Nessa esteira, definido o conceito de infiltração policial, analisado brevemente sua historicidade e a maneira através da qual foi disciplinada pelo ordenamento jurídico pátrio, passa-se a exploração da figura do agente infiltrado, ponto crucial do instituto em comento.

4.1 O AGENTE INFILTRADO

A figura do agente infiltrado recebe uma missão no desempenho das funções de investigação, mais especificamente no que diz respeito à busca de evidências claras para o desmantelamento das organizações criminosas e a punição dos criminosos. Assim, a

conceituação de agente infiltrado ganha um viés de importância, inclusive por parte dos órgãos internacionais. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas conceitua:

Um agente infiltrado ou oficial infiltrado é um oficial da lei que finge ser um criminoso para o fim de obter informações, tipicamente pela infiltração em uma organização criminosa. O máximo cuidado deve ser tomado para avaliar os riscos devido ao enorme perigo e dificuldades inerentes à questão e somente policiais adequadamente treinados deveriam ser empregados para tal finalidade. (ONU, 2013)

Vicente Greco Filho, de forma concisa, destaca que o agente infiltrado é “um membro do corpo policial que, para desbaratar a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal”. (GRECO FILHO, 2014, p. 39)

A legislação brasileira mostra-se lacunosa quanto ao conceito de agente infiltrado, uma vez que se limita a determinar que a infiltração policial em organizações criminosas ficará a cargo de agente policial encarregado de desempenhar esse papel. Assim, mostra-se necessário analisar a doutrina na busca por um conceito válido e robusto sobre a figura do agente. Busca-se interpretação de leis que tratam do assunto e da própria Constituição Federal e diante disso, no contorno dessa definição de agente infiltrado, exclui-se a participação de agentes que não estejam nos quadros da polícia civil e federal, órgãos encarregados de realizar atos de investigação, conforme precisão da Constituição Federal em seu art. 144, §1º, I e §4º. (SOUSA, 2015)

Como anteriormente apontado, a Lei nº 12.850/2013 finalmente regularizou o instituto da infiltração policial como meio especial de obtenção de provas nas organizações criminosas, inovando e especificando com exatidão todo o procedimento a ser adotado, fixando prazos para atuação do agente e discorrendo sobre direitos que detém o agente infiltrado. Nas palavras de André Carlos, “a nova lei das organizações criminosas aclarou o panorama referente à infiltração policial, cuja imprecisão possibilitava toda uma sorte de interpretações, pondo em risco, até mesmo o princípio da segurança jurídica”. (CARLOS, 2014, p.07)

O texto normativo, versando disposições sobre a figura do agente, limitou esse termo ao agente de estado, o agente de polícia, que deverá possuir autorização judicial para exercer tal atividade durante a investigação (MASSON E MARÇAL, 2018).

Considera-se, então, ser imprescindível a participação de agentes subordinados a autoridade policial que comanda as investigações e, caso haja descumprimento desse pressuposto, todo o material probatório será considerado ilegal, gerando nulidade de todos os atos relacionados a infiltração, aplicando-se nesse caso a teoria dos frutos da árvore envenenada, que traduz a ideia de que uma prova, se foi produzida por ação ilícita, ainda que

seja lícita, deverá também ser considerada ilícita. Assim, se uma prova é declarada nula, todas as que dela derivam também serão. É o que se chama de prova ilícita por derivação, prevista no art. 157, §1º do Código de Processo Penal brasileiro. (GONÇALLO, 2014; SOUSA, 2015)

Desta feita, tem-se que o agente deverá exercer suas atividades pelo prazo de seis meses, podendo este ser prorrogado, caso seja demonstrada necessidade. A Lei nº 12.850/2013 silenciou quanto ao número possível de renovações. Entende-se, então, que o magistrado deve analisar o caso concreto, verificando a pertinência da prorrogação, almejando sempre a segurança jurídica. (CARLOS, 2014)

Já em seu artigo 14, a Lei nº 12.850/2013 estabelece uma série de direitos que tem o agente infiltrado tanto no curso da infiltração como após suas atividades, a exemplo de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada, veja-se:

- 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. (BRASIL, 2013)

Já no que tange aos limites de atuação do agente infiltrado, apurou-se que o magistrado deverá estabelecer-los por ocasião da decisão que determinar a infiltração policial. Tais limites já estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro, seja no Código Processual Penal, seja na própria Carta Magna de 1988. O agente e os órgãos de investigação devem sempre respeitar os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos, não podendo realizar atos que extrapolem a finalidade da operação. (SOUSA, 2015)

Verifica-se que, na busca pelo sucesso das investigações, a infiltração policial permite que o agente infiltrado pratique condutas delituosas pela necessidade de demonstrar, por exemplo, lealdade aos líderes das organizações criminosas. Nesse viés, surge a necessidade de verificar a possibilidade de responsabilização do agente infiltrado pela prática dessas infrações penais, conforme será analisado a seguir. (NUCCI, 2018)

5 A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

O agente infiltrado tem o dever de obedecer a todos os limites estabelecidos na lei e na decisão que determinar a medida de infiltração policial. Assim, esse dever será parâmetro para

quais comportamentos serão considerados aceitáveis e admissíveis no âmbito da infiltração policial. Sabe-se que o agente tem a missão de angariar o maior número de provas necessárias para o desmonte das organizações criminosas, e é nessa busca que surge a possibilidade ou necessidade de o agente policial cometer infrações penais. A questão mostra-se conflituosa. (SOUSA, 2015)

No tocante a legislação, a Lei nº 9.034/95 tratava da responsabilidade penal do agente infiltrado em seu art. 2º, inciso I, dispondo que seria vedada qualquer participação delituosa, com exceção ao crime de organização criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal, onde estaria excluída a antijuricidade. O referido artigo foi vetado por contrariar o interesse público, uma vez que a lei permitia que o agente policial pudesse se infiltrar independentemente de autorização judicial. (BRASIL, 1995)

Outras normas que tratavam do instituto, a exemplo da Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, foram omissas quanto à prática de delitos pelos agentes e quais as consequências dessa conduta no âmbito jurídico, o que gerou insegurança jurídica, principalmente quanto ao agente, no que diz respeito aos riscos que corria na operação e na real possibilidade de ser processado ao final da infiltração. À época se entendia que não havia permissão para eventual prática de crimes pelo agente, que em momento posterior poderia responder criminalmente por suas ações. (PACHECO, 2011)

Alguns doutrinadores, a exemplo de Pacelli, afirmam que o agente pratica no mínimo o delito previsto no artigo 2º da Lei nº 12.850/13, qual seja integrar organização criminosa, por ser um crime formal. Tal entendimento é refutado por outra parte da doutrina, que afirma não haver plausibilidade, por não haver na conduta o dolo necessário para configuração do referido delito, pois o mesmo irá integrar a organização criminosa não para cometer crimes, mas para colher provas e buscar o desmanche do grupo criminoso, e a consequente punição dos seus integrantes. (SOUSA, 2015)

Diante dessa realidade constrói-se uma excludente que pode conceder uma maior segurança ao agente infiltrado, lhe imunizando pela prática de alguma infração penal: a inexigibilidade de conduta diversa, que é uma causa excludente de culpabilidade, demonstrando não existir censura ou reprovação social ao autor do fato típico e ilícito, por entender que não era possível o agente agir de outra forma diante das circunstâncias em que estava envolvido. (NUCCI, 2018)

Com o advento da Lei nº 12.850/13, tal excludente foi disciplinada em seu art. 13, conforme se segue:

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa. (BRASIL, 2013)

No tocante a exclusão da culpabilidade do agente por inexigibilidade de conduta diversa, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito:

Cumpra registrar, inicialmente, que o parágrafo único do art. 13 da Lei n.º 12.850/2013 prevê causa de exclusão de culpabilidade, pois permite que o agente infiltrado – na tentativa de elucidar os delitos a que sua infiltração se destina esclarecer – pratique ‘crime’, quando inexigível outra conduta. Assim, o fato de o agente infiltrado ter se disfarçado de consumidor não macula a prisão do paciente. (TJRS, HC 70059454884, 2.ª Câmara Criminal, Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. em 10.07.2014)

Já a doutrina majoritária entende que a análise acerca da culpabilidade, diferentemente da tipicidade e ilicitude, não está dirigida aos fatos, mas sim a pessoa do agente, se vincula no caso a reprovabilidade da conduta do agente. (BUSATO, 2019).

Quanto a previsão do art. 13 da lei tratada, verifica-se que não existe previsão dessa excludente de culpabilidade de forma expressa no Código Penal, se limitando o estatuto repressivo nacional a tratar de duas espécies: coação moral irresistível e obediência hierárquica. Ressalta-se, porém que a inexigibilidade de conduta diversa sempre foi considerada uma excludente da culpabilidade. A inexigibilidade deverá ser avaliada, então, no caso concreto, e tem um limite primordial para o seu reconhecimento: a proporcionalidade entre a conduta do agente infiltrado e a finalidade da investigação. (NUCCI, 2018)

Antes da Lei nº 12.850/13, por ausência de previsão legal, a doutrina divergia quanto a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, surgindo conforme Sanches, quatro correntes:

1ª) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa;

2ª) escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a responsabilidade penal do agente.;

3ª) trata-se de causa excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal;

4ª) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado, seja por falta de dolo, seja porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal. (SANCHES, 2014)

A partir da simples leitura do artigo 13 da Lei nº 12.850/13, depreende-se que o legislador optou por adotar a primeira corrente.

Parte da doutrina não segue o que está posto de forma clara na legislação, a exemplo de Cabette, que afirma que a excludente de culpabilidade prevista não é dotada de razoabilidade, visto ser impossível regular de forma precisa os limites de atuação do agente infiltrado. A previsão legal seria inadequada e necessária a sua releitura. As condutas aparentemente criminosas praticadas pelo agente são permitidas e incentivadas pelo ordenamento jurídico pátrio, assim, valendo-se da teoria da atipicidade conglobante de Zaffaroni, afirma-se que deve-se afastar desde logo a tipicidade da conduta, e não se valer da exclusão de culpabilidade. (CABETTE, 2013)

Conforme a teoria da atipicidade conglobante, para que um fato seja considerado típico, ele precisa ostentar o caráter de antinormatividade, ou seja, precisa violar o ordenamento jurídico como um todo. Não basta violar o texto da lei para que a conduta seja considerada típica. (COELHO, 2018)

Corroboram com a aplicação da teoria da atipicidade penal do agente infiltrado os doutrinadores Fábio Bechara e Damásio de Jesus, veja-se:

Essa atipicidade, todavia, poderia decorrer de duas linhas de raciocínio distintas. A atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal. (BECHARA e JESUS, 2016, p. 121)

Deveria, ainda, a conduta estar amparada em causa de exclusão de ilicitude, conforme ensinamento de Pacheco, segundo o qual iria depender de análise de cada caso concreto, onde o agente estaria abarcado pelo estrito cumprimento do dever legal. Os atos praticados pelo policial dentro do exercício das investigações devem ser rigorosamente necessários para que possam excluir a ilicitude. (PACHECO, 2011)

Outra importante parcela da doutrina, a exemplo de Sanches, converge com a excludente prevista na lei, onde exclui-se apenas a culpabilidade do injusto praticado pelo agente, permanecendo ele típico e ilícito, o que possibilita a punição dos integrantes da organização criminosa pelos crimes praticados, uma vez que são partícipes, e levando em consideração a teoria da acessoriedade limitada, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao tratar do concurso de agentes. (SANCHES, 2014).

Para que seja o partícipe punido, conforme a teoria da acessoriedade limitada, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos. Se faltar tipicidade ou ilicitude, não há cabimento em punir o partícipe. (NUCCI, 2015)

Sanches ilustra essa situação da seguinte maneira:

Suponhamos que FULANO é um agente infiltrado em organização criminosa formada para a prática de furtos e roubos a bancos. Os integrantes da sociedade criminosa decidem que o “batismo” de FULANO consiste em, sozinho, empregando artefatos explosivos, executar o crime, subtraindo valores de um caixa eletrônico numa cidade do interior. FULANO, infiltrado, não tem como negar, pois busca conquistar a confiança dos demais, condição primeira para o sucesso infiltração. FULANO, autor da subtração com rompimento de obstáculos, não é culpável (sendo dele inexigível conduta diversa), mas os integrantes que o induziram a execução do fato previsto como crime patrimonial respondem pelo delito. (SANCHES, 2014)

Ao adotar a inexigibilidade de conduta diversa para afastar a culpabilidade do agente, a lei não afasta a punibilidade dos partícipes, no caso, os integrantes das organizações criminosas. O legislador se preocupou em proteger a segurança do policial, estando ele amparado pela inexigibilidade de conduta diversa, devendo ser demonstrado no caso concreto que o mesmo não agiu com arbitrariedade. (FRIEDE, 2014)

Dentro dessa discussão, destaca-se que independentemente de qualquer causa de exclusão do crime, o agente não está autorizado a praticar qualquer conduta definida como crime, uma vez que é medida de exceção. Assim, somente deverão ocorrer em situações extremas e definidas previamente. Marllon Sousa propõe hipóteses permissivas para a prática de condutas delituosas, quais sejam:

(a) se a ação for fundamental para manutenção da falsa identidade do policial infiltrado e para o segredo da operação de infiltração; (b) para evitar morte ou grave lesão à pessoa do agente infiltrado, esposa, ir- mãos ou pais; (c) o “crime” cometido pelo agente não deve envolver lesão ou grave ameaça à pessoa, salvo em situações excepcionais, sendo o excesso apurado passível de punição. (SOUSA, ano, p. 109)

O artigo 13 da lei do ano de 2013 apresenta considerável clareza ao afirmar que o agente infiltrado irá responder pelos excessos praticados, afastando possíveis arbitrariedades praticadas no exercício da atividade de infiltração policial (BRASIL, 2013).

Outro ponto ainda debatido por parte da doutrina, é se o crime afastado pela exclusão da culpabilidade seria o crime de organização criminosa previsto na lei ou seria qualquer crime praticado pela organização. Sobre o assunto, Sanches entende que, até mesmo em razão da obtenção de sucesso das investigações e segurança do agente infiltrado, deverá ser afastado qualquer crime praticado, desde que necessário e razoável para a atividade investigativa. (SANCHES, 2014)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, verificamos certa dificuldade de conceituação das Organizações Criminosas, o que decorre, principalmente, das suas inúmeras peculiaridades. Abordamos a evolução histórica, fazendo uma análise desde a Lei nº 9.034/1995 até a Lei nº 12.850/2013 que traz grandes avanços para o combate a prática do crime organizado.

O crime organizado se mostra como um problema atual e presente em todos os seguimentos da sociedade, provocador de inúmeros delitos autônomos e responsável por uma realidade devastadora na vida dos indivíduos. Diante dessa realidade e com a insuficiência de meios eficazes de obtenção de provas, surge a necessidade da criação de técnicas capazes de dismantelar os grupos, como a infiltração policial.

Neste sentido, abordamos o instituto da infiltração policial como um meio de investigação e obtenção de provas promissor. Enfrentamos os aspectos genéricos do instituto, trazendo o seu conceito e pontos importantes à luz do ordenamento jurídico, como os requisitos legais e os direitos do agente infiltrado.

Procedemos a uma análise de aspectos criminais do agente infiltrado, à luz do artigo 13 da Lei nº 12.850/2013, que aduz que não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa. A lei anterior (Lei nº 9.034/1995), por sua vez, era omissa quanto à responsabilidade penal do agente infiltrado nas organizações criminosas.

Mesmo com a opção pelo legislador em afastar a responsabilidade penal do agente, em decorrência de excludente de culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa, parte da doutrina ainda discute qual seria a natureza jurídica da excludente de responsabilidade penal do agente. Percebemos que o legislador acertou em sua escolha, principalmente quando se trata da possibilidade de punição dos integrantes das organizações, em decorrência da teoria da acessoriedade limitada, onde o fato praticado pelo autor, no caso o agente, continua sendo típico e ilícito.

Por todo o exposto, concluímos que a atividade de infiltração de agente policial se mostra como um respeitável meio de obtenção de provas e que o agente infiltrado deverá agir sempre amparado por proporcionalidade e razoabilidade, podendo ele ser responsabilizado pelo excesso, que deverá ser analisado no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm> . Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. **[Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.](#)** Promulga a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 03 out. 2019

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral.** 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2018

CABETTI, Eduardo Luiz Santos. **Infiltração Virtual: alguns breves apontamentos (em coautoria com Francisco Sannini Neto).** Artigo jurídico. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/463448429/infiltracao-virtual-alguns-breves-apontamentos-em-coautoria-com-francisco-sannini-neto>> . Acesso em: 05 nov. 2019

CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado.** Rio de Janeiro. ed Freitas Bastos. 2014.

FRIEDE, Reis. **Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado.** Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos, 2014

GONÇALLO, Eduardo. **Teoria da Árvore dos Frutos envenenados**. Artigo Jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35179/teoria-da-arvore-dos-frutos-envenenados>. Acesso em: 05 nov. 2019

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.

JESUS, Damásio de; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente infiltrado: reflexos penais e processuais**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12110-12110-1-PB.htm>> Acesso em 06 nov. 2019

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed. São Paulo GEN –Editora Método, 2018

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006- Comentado Artigo por artigo**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4 ed. São Paulo. Editora GEN-Forense, 2018

ONU. **Convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/conv_onu_crime_organizado.pdf>. Acesso em 10 nov. 2019

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado. Medidas de controle e infiltração policial**. 1ª Ed. Curitiba. Ed. Juruá. 2011

SANCHES, Rogério. **A Figura do Agente Infiltrado e sua responsabilidade penal**. Artigo jurídico. Disponível em:< <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>>

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

MENDRONI, Marcelo Bathoni. **Crime Organizado; aspectos gerais e mecanismos legais**. 6 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2016