

AGENTE INFILTRADO: um estudo sobre a atuação e a responsabilidade penal nos termos da Lei nº 12.850/13.

Gabriel Marcus Oliveira Marinho¹
Artur Gonzaga Costa²

RESUMO

Este trabalho tem como tema o estudo sobre a atuação e a responsabilidade penal do agente infiltrado, nos termos da Lei nº 12.850/13. Nesse sentido, foi analisado de que maneira a infiltração de agente encontra respaldo legal e até que ponto suas ações são passíveis de responsabilidade penal. Objetiva-se com este trabalho demonstrar a importância da atividade de inteligência na coleta de informações e consequente apoio ao judiciário; entender o instituto do crime organizado e sua evolução no Brasil; analisar juridicamente a Lei nº 12.850/13 e suas particularidades relativas aos meios especiais de obtenção de prova; e, examinar a figura do agente infiltrado, enfatizando a legalidade de sua atuação e as responsabilidades penais advindas de suas condutas. Tendo em vista que a organização criminosa é um fenômeno complexo, a Lei nº 12.850/13 trouxe alguns meios de produção de prova, dentro os quais se encontra a infiltração de agentes. Durante este trabalho de campo o agente estará sob as regras impostas pela organização criminosa e por este motivo, poderá cometer delitos em determinadas situações. Por fim, entende-se que a infiltração de agentes deve seguir religiosamente as exigências da citada lei, bem como suas condutas delituosas durante a infiltração não são passíveis de responsabilidade penal, salvo se praticadas quando exigível conduta diversa.

PALAVRAS-CHAVE: inteligência; infiltração; organização; prova; inexigibilidade.

ABSTRACT

This work has as its theme the study of the performance and the criminal liability of the undercover agent, pursuant to Law nº 12.850/13. In this sense, it was analyzed how the agent infiltration find legal support and to what extent their actions are subject to criminal liability. Objective of this work is to demonstrate the importance of intelligence activity in collecting information and consequent support to the judiciary; understand the institute of organized crime and its evolution in Brazil; legally analyze the Law nº 12.850/13 and its particulars relating to special means of obtaining evidence; and examine the figure of the undercover agent, emphasizing the legality of its actions and criminal liabilities arising from their conduct. Considering that the criminal organization is a complex phenomenon, Law nº 12.850/13 brought some evidence of the means of production, within which is the infiltration of agents. During this fieldwork the agent will be under the rules imposed by the criminal organization and for this reason, may commit crimes in certain situations. Finally, it is understood that the infiltration of agents should religiously follow the requirements of that law, as well as their criminal conduct during infiltration are not subject to criminal liability, unless practiced when required different behavior.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale) e pós graduando em Direito Processual Penal pela Damásio Educacional.

² Bacharel em Direito e especializado em Direito Público pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale). Atualmente é professor da Fadivale. Membro da Comissão de Defesa do Advogado da Ordem dos Advogados do Brasil Subseção de Governador Valadares e Advogado do Escritório de Advocacia Criminal.

KEYWORDS: intelligence; infiltration; organization; proof; unenforceability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA. 2.1 CONCEITOS E DEFINIÇÕES. 2.2 ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NO BRASIL. 2.3 IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA EM APOIO AO JUDICIÁRIO. 3 CRIME ORGANIZADO. 4 LEI Nº 12.850/13. 4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA. 4.2 DOIS MEIOS DE PRODUÇÃO DE PROVA. 5 INFILTRAÇÃO DE AGENTES. 5.1 CONCEITUAÇÃO. 5.2 REQUISITOS. 5.3 PROCEDIMENTOS. 5.4 DIREITOS. 5.5 RESPONSABILIDADE PENAL. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho contempla o tema agente infiltrado: um estudo sobre a atuação e a responsabilidade penal nos termos da Lei nº 12.850/13, de forma delimitada abordam-se os aspectos gerais e jurídicos que envolvem o assunto.

A Lei nº 12.850/13 definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. A organização criminosa é um fenômeno bastante complexo, cuja inserção no cenário nacional não é novidade, exercendo notadamente um poder paralelo ao Estado e deve ser combatido. Devido a esta complexidade, exige-se, portanto a utilização de medidas especiais para seu enfrentamento, dentre as tais encontra-se a infiltração, por policiais, em atividade de investigação.

Nesse contexto, as questões problemas que orientam a pesquisa são as seguintes: de que maneira a infiltração de agente encontra respaldo legal e até que ponto as ações do agente infiltrado são passíveis de responsabilidade penal?

Dessa forma, o estudo trabalha com as hipóteses de que a Lei nº 12.850/13 trouxe em seu texto, os meios de obtenção de provas considerados como especiais pela doutrina. Dentre os quais se encontra a infiltração, por policiais, em atividade de investigação. Entretanto, deve seguir religiosamente alguns procedimentos, descritos do referido diploma, a fim de alicerçar-se na estrita legalidade. Durante o trabalho de campo o agente passa a integrar o núcleo da organização criminosa sujeitando-se a prática de delitos, a fim de resguardar sua identidade e o sucesso da missão. Todavia, suas ações devem sustentar-se proporcionalmente com a finalidade da investigação e por isso, responderá pelos excessos praticados, exceto quando inexigível conduta diversa.

Sendo assim, o objetivo geral do trabalho é analisar a figura do agente infiltrado e compreender a legalidade de sua atuação como meio de obtenção de prova, bem como identificar até que ponto suas ações são passíveis de responsabilidade penal, nos termos da Lei nº 12.850/13. Especificamente, pretende-se demonstrar a importância da atividade de inteligência na coleta de informações e consequente apoio ao judiciário; entender o instituto do crime organizado e sua evolução no Brasil; analisar juridicamente a Lei nº 12.850/13 em suas particularidades relativas aos meios especiais de obtenção de prova; e, examinar a figura do agente infiltrado, enfatizando a legalidade de sua atuação e as responsabilidades penais advindas de suas condutas.

A importância do tema se justifica devido o crescimento do crime organizado, bem como de sua atuação no Brasil. Além disso, por se tratar de uma Lei que entrou em vigor em 19 de setembro de 2013, a presente pesquisa trará uma análise mais aprofundada contribuindo para o conhecimento jurídico das particularidades que cercam a atuação do agente infiltrado.

No tocante ao procedimento metodológico, utilizou-se pesquisa bibliográfica com a finalidade de proporcionar melhores e mais precisas informações sobre o tema. O estudo bibliográfico foi complementado por pesquisa documental.

O texto está dividido em cinco partes, além desta introdução. O capítulo dois descreve a atividade de inteligência. O terceiro expõe sobre o crime organizado. O capítulo quatro apresenta a Lei nº 12.850/13. O quinto capítulo explica sobre a infiltração de agentes. Finalmente, as considerações finais são feitas no capítulo seis.

2 ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA

2.1 CONCEITOS E DENIFIÇÕES

A atividade de inteligência decorre de ações especializadas, orientadas para a produção e difusão de conhecimentos. A Lei nº 9.883, de 07 de dezembro de 1999, em seu artigo 1º, §2º definiu:

art. 1º. Fica instituído o Sistema Brasileiro de Inteligência, que integra as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País,

com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional.

[...]

§2º - Para os efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 2016g, p.1)

Já Cepik (2003, p. 27-28) leciona que a inteligência pode ser entendida no sentido amplo sendo que “inteligência é toda informação coletada, organizada ou analisada para atender as demandas de um tomador de decisões qualquer”, ou em sentido restrito tratando-a como “coleta de informações sem consentimento, a cooperação ou mesmo o conhecimento por parte dos alvos da ação”. Para o presente estudo, entendemos ser mais viável uma análise a partir da conceituação em sentido restrito feita pelo autor.

Partindo deste pressuposto conceitual temos que a atividade de inteligência é muita antiga, tendo em vista que a busca por conhecimento e informações é característica peculiar do próprio homem. Sendo assim, percebe-se que o exercício desta atividade sempre esteve presente na história da humanidade, tendo como exemplo a Bíblia Sagrada, no livro de Números, capítulo 13, versículo 2, quando Deus diz a Moisés: “envie alguns homens em missão de reconhecimento à terra de Canaã, terra que dou aos israelitas. Envie um líder de cada tribo dos seus antepassados” (BÍBLIA, 2008, p. 157). Na sequência o texto diz que os homens foram enviados e trouxeram informações sobre a capacidade de produção da terra, os habitantes e a estrutura territorial da cidade.

Atualmente a atividade de inteligência é utilizada tanto do âmbito privado quanto no âmbito público. As organizações privadas utilizam da inteligência competitiva ou empresarial com a finalidade de prever situações de mercado levando certa vantagem sobre as outras organizações. Já as organizações públicas atuam na inteligência governamental e policial, a fim de prever e/ou reprimir situações em benefício do Estado (GONÇALVES, 2004).

2.2 ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NO BRASIL

Em 29 de novembro de 1927 o então presidente Washington Luis Pereira de

Sousa assinou o Decreto nº 17.999 que dava providências a respeito do Conselho da Defesa Nacional, sendo o primeiro órgão nacional referente à área de inteligência no país. O conselho tinha o papel consultivo referente a estudo e coordenação de informações relativas à defesa do país (BRASIL, 2016d).

Décadas se passaram, ocorreram alterações nas nomenclaturas e estruturas dos órgãos de inteligência no Brasil. Em 1946 foi criado o Serviço Federal de Informações e Contrainformação (SFICI). Já no período do regime militar, por meio da Lei nº 4.341 de 13 de junho de 1964, foi instituído o Sistema Nacional de Informações – SNI que perdurou até o ano de 1990 quando foi extinto (BRASIL, 2016e). Durante nove anos houve um hiato no que se refere a órgãos públicos vinculados à atividade de inteligência no Brasil, até que em 07 de dezembro de 1999 foi sancionada a Lei nº 9.883, instituindo o Sistema Brasileiro de Inteligência e criando a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), órgão este que existe até os dias atuais.

A ABIN é responsável pela chamada inteligência governamental. É um órgão da Presidência da República, vinculado ao Gabinete de Segurança Institucional que segundo o artigo 3º da Lei nº 9.883 “terá a seu cargo planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País” (BRASIL, 2016g, p. 1). Neste sentido, a ABIN fornece informações e análises estratégicas para tomada de decisão do Presidente da República e Ministros, referentes à defesa externa, relações exteriores, segurança interna, desenvolvimento socioeconômico e desenvolvimento científico-tecnológico (ABIN, 2016).

No Brasil, há ainda outras instituições que exercem atividades ligadas à inteligência, contudo atuam em outro ramo denominado inteligência policial, são elas: polícia federal e polícias estaduais (civis e militares). A inteligência policial se ocupa de questões táticas de repressão e prevenção, além de investigação de ilícitos e grupos de infratores, sendo responsável por levantamentos de informações que auxiliam no trabalho do Ministério Público e polícia judiciária (GONÇALVES, 2004).

Existem várias técnicas que podem ser utilizadas para o efetivo exercício da atividade de inteligência policial. No entanto, nos restringimos em examinar apenas a infiltração de agentes, por meio da dissimulação de comportamento.

2.3 A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA EM APOIO AO

JUDICIÁRIO

A utilização efetiva desta atividade se torna cada vez mais importante nos tempos atuais devido a evolução e aperfeiçoamento das modalidades criminosas, dentre elas, destaca-se o crime organizado.

As organizações criminosas planejam minuciosamente suas ações limitando a capacidade de atuação do Estado. Para combater esta modalidade criminosa a atividade de inteligência é mais eficiente do que operações comuns, como exemplo cita-se as ostensivas. E a justificativa para esta afirmação está nas características das organizações criminosas que possuem estruturas extremamente organizadas, divisão de tarefas, pessoal qualificado e, quase sempre, informações privilegiadas (GONÇALVES, 2004).

No campo processual penal tem-se que a atividade de inteligência trabalha na diminuição de incertezas em busca da verdade processual, produzindo conhecimentos pertinentes e confiáveis que subsidiará a tomada de decisão judicial.

3 CRIME ORGANIZADO

O crime organizado é um fenômeno bastante complexo e em constante evolução, exercendo notadamente um poder paralelo ao Estado e, por isso, deve ser combatido. Greco Filho (2014, p. 10) assim trata o crime organizado: “um Estado paralelo que rejeita o Estado regular e que, portanto, precisa ser combatido com medidas especiais”. Esta complexidade exige, por parte do Estado, a utilização de medidas especiais para seu enfrentamento que constitui o chamado Direito Penal de criminalidade diferenciada, mas que não deve se opor aos valores do sistema democrático (GRECO FILHO, 2014).

Para uma melhor análise de organização criminosa, faz-se necessário conceituá-la. Nesse sentido, Nucci (2015, p.12) ensina:

a organização criminosa é a 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 os seus integrantes.

Destaca-se do conceito acima a estruturação do crime organizado: organismos preestabelecidos, com divisão de tarefas, mas tendo a mesma finalidade. Esta estruturação que singulariza as organizações criminosas e dificulta a atuação do Estado.

Outro ponto importante a ser considerado é o poderio econômico das organizações criminosas. Foi publicada recentemente uma matéria na página eletrônica da BBC-Brasil assinada pelo jornalista Marcelo Justo, onde se estima que só a atividade comércio ilegal praticada por organizações criminosas registra ganhos de dois trilhões de dólares anuais em nível global e analisa que “este número equivale a cerca de 3,6% de tudo o que se produz e é consumido no planeta em um ano”. Dessa atividade o comércio ilegal de drogas é o campeão lucrando cerca de US\$ 320 bilhões anuais (JUSTO, 2016).

Especificamente no Brasil não é diferente a dificuldade no combate a esta modalidade criminosa que, inclusive, está em constante evolução. Sobre essa evolução Sousa (2015, p. 15) expõe:

[...] percebe-se que, nos tempos atuais, algumas práticas delituosas demonstram que o Direito Processual Penal, tal como estruturado pelo Código de Processo Penal, não é mais adequado a propiciar uma investigação apta a angariar provas de algumas condutas desviantes, marcadas pelo alto grau de sofisticação das ações perpetradas, cujos autores valem-se das benesses trazidas pela globalização e pelo incremento tecnológico.

Marllon Sousa ainda cita o comentário de Isabel Oneto a respeito da necessidade de adaptação da política criminal quanto à evolução do crime organizado:

desde a antiguidade que se conhecem formas de crime organizado – o seu grau de complexidade foi aumentando de forma proporcional ao desenvolvimento atingido pela estrutura societária em que se insere, impondo uma permanente adaptação da política criminal. (2005, apud SOUSA, 2015, p. 5)

Com a finalidade de combater tais atividades foi necessária a criação de leis que regulassem o tema no sentido de definir e criar meios de prevenção e repressão às organizações criminosas, como exemplo, cita-se a Lei 9.034/95, a Lei 12.694/2012 e a Lei 12.850/13

Ainda, foram criados no país grupos regionalizados que combatem especificamente o crime organizado. Em Minas Gerais, por exemplo, é denominado de Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO, criado em 13 de dezembro de 2013, por meio da Resolução PGJ nº 92 do Ministério Público de Minas Gerais. O artigo 2º da referida Resolução, dispõe que é função do GAECO o “apoio aos Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais, visando à identificação, prevenção e repressão às atividades de organizações criminosas” (MINAS GERAIS, 2016, p. 1).

4 LEI 12.850/13

4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA

Antes de analisarmos a Lei 12.850/13, importante contextualizarmos juridicamente o que se passou antes de sua criação.

Em primeiro momento se faz necessário citarmos que em 03 de maio de 1995 foi sancionada a Lei 9.034 que dispunha sobre a “utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas” (BRASIL, 2016f, p. 1). Alguns juristas, no entanto, teciam críticas a citada lei como se pode ver nas palavras de Greco Filho (2014, p. 7) “a Lei n. 9.034/95 introduziu no Brasil a figura da organização criminosa, sem defini-la, contudo, e muito menos tratá-la como um fato criminoso em si” e continua “a lei foi objeto de várias críticas por parte da doutrina considerando sua ineficácia”.

Já Nucci (2015, p. 5) comenta:

o Brasil, nesse rumo, editou a Lei 9.034/1995, com a finalidade de ingressar, aparelhado, no esforço legalizado de punir os integrantes dessa espécie de organização. Infelizmente, a referida lei teve várias falhas, dentre elas, a ausência de uma definição de organização criminosa, a transformação do juiz em autêntico inquisidor, a inexistência de tipos penais incriminadores, dentre outras lacunas. Por certo, foi de pouca valia.

Em 12 de março de 2004 o Brasil promulgou mediante Decreto Legislativo n. 5.015 a Convenção de Palermo que definia como grupo criminoso organizado:

art. 2º. Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (BRASIL, 2016c, p. 1)

Com a entrada em vigor da Convenção de Palermo passou-se a ter um conceito legal de organização criminosa, trazendo segurança jurídica aos atores processuais. Greco Filho (2014) ressalta que a Convenção apenas conceituou organização criminosa e não tipificou crimes, traçando diretivas a serem seguidas pelos Estados-partes na adaptação da sua legislação interna.

Após alguns anos da promulgação da Convenção de Palermo foi sancionada a Lei 12.694 de 24 de julho de 2012 que criou os tribunais provisórios de primeira instância para julgamentos de crimes praticados por organizações criminosas e corroborou com a definição de organização criminosa expressa na Convenção de Palermo:

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, 2016h, p. 1)

Entretanto, mesmo com as tentativas de definição de organização criminosa ainda havia situações que estavam incompletas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que se refere a Lei 9.034/95 que regulava os meios de repressão e prevenção à organizações criminosas (GRECO FILHO, 2014). Neste sentido, em 02 de agosto de 2013 foi sancionada a Lei 12.850 que define organização criminosa

e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal (BRASIL, 2016i).

A novel lei assim dispôs sobre organização criminosa (BRASIL, 2016, p. 1-2):

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.

§2º - Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

art. 2º - Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§1º - Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º - As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§3º - A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§4º - A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

Sobre este novo diploma legislativo, Nucci (2015, p. 5) diz que a nova lei é “inequivocamente positiva, pois corrige vários defeitos da legislação anterior, trazendo novidades nos campos penal e processual penal”. O autor, na mesma obra, ainda destaca alguns pontos na citada Lei como a conceituação e criação de tipo penal incriminador de organização criminosa; além de disciplinar novos meios de obtenção de prova no combate ao crime organizado.

4.2 DOS MEIOS DE PRODUÇÃO DE PROVA

A persecução penal visa a apuração da prática de infração penal e sua autoria para futura decisão de mérito. Há, no entanto, necessidade de provar a existência da infração penal cometida, além de sua autoria.

O Código de Processo Penal (BRASIL, 2016b) descreve alguns meios de obtenção de provas, tais quais, exame de corpo de delito, perícias em geral, busca e apreensão. Já a Lei 12.850/13 trouxe outros meios de obtenção de provas, considerados pela Convenção de Palermo como técnicas especiais de investigação (SOUSA, 2015). Estão previstos no artigo 3º do referido diploma legal:

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, 2016i, p. 2)

Greco Filho (2014, p. 34) entende que o rol elencado acima não é taxativo e ensina que os meios de obtenção de prova devem estar adequados ao “respeito à

integridade da pessoa humana, o direito de o acusado não se autoincriminar, o direito de permanecer calado e a racionalidade do próprio meio”.

Dentro os meios de obtenção de prova relacionados na Lei em apreço, destacamos o previsto no inciso VII, infiltração de policiais em atividade de investigação, o qual norteia o presente estudo.

5 INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A infiltração de agentes de polícia está disciplinada nos artigos 10 ao 14 da Lei 12.850/13. O agente infiltrado se insere em uma organização criminosa e participa das ações e da estrutura da organização, com a finalidade de detectar os delitos praticados, informando suas ocorrências à autoridade competente.

A figura do agente infiltrado, muito embora sem qualquer regulamentação de sua atuação, já era prevista em outras leis, como exemplo a Lei 9.034/95, já revogada, e Lei 11.343/06 (GRECO FILHO, 2014).

5.1 CONCEITUAÇÃO

Em princípio necessário é conceituar o instituto do agente infiltrado. Greco Filho (2014, p. 58) define como “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”.

Já Nucci (2015, p. 83) traz a seguinte conceituação:

o instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna.

Nucci ainda leciona quanto a natureza jurídica da infiltração de agentes (2015, p. 83-84) “é um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha” e, completa dizendo que o agente infiltrado “conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha”.

5.2 REQUISITOS

O artigo 10 da Lei 12.850/13 traça alguns requisitos para a atuação do agente infiltrado:

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.

§1º - Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§2º - Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§3º - A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§4º Findo o prazo previsto no §3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. (BRASIL, 2016i, p. 4)

Os autores não são uniformes quanto à quantidade de requisitos para a infiltração de agentes policiais, contudo, em sua maioria, os requisitos estão ligados ao artigo transcrito acima. Greco Filho destaca como requisito a “autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa”, o “pressuposto necessário de indícios da prática de crime de organização criminosa” e, por fim a subsidiariedade “quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis” (2014, p. 58). Sobre a subsidiariedade Marllon Sousa é taxativo ao afirmar que a infiltração policial “jamais poderá ser deferida sem que antes tenham se esgotado absolutamente todas as outras possibilidades de investigação” (SOUSA, 2015, p. 85).

Sousa (2015) ainda tece elogios ao prazo de seis meses previamente autorizado para a infiltração alegando ser razoável, tendo em vista a necessidade do agente infiltrado em conquistar confiança dos membros da organização criminosa, e aprova a exigência de relatórios da atividade de infiltração, pois estes subsidiarão futuras decisões quanto ao prosseguimento da operação.

Nucci (2015), entretanto, acrescenta alguns outros requisitos como prazo

legal e relato periódico da situação da infiltração. O prazo legal disposto na Lei é de seis meses, mas que pode ser prorrogado por outros períodos de até seis meses cada um, limitados na prudência judicial que fará uma análise minuciosa do pedido. Já o relatório circunstanciado deve ser elaborado pela autoridade policial responsável e conterá todos os detalhes da missão, e, servirá de subsídio para a decisão judicial, após passar pela manifestação do Ministério Público.

Ainda sobre os requisitos Sousa (2015, p. 41) explica que a infiltração de agentes deve ser feita por “agente da autoridade policial, restando, portanto, excluída a participação de agentes estranhos aos quadros da polícia civil e federal, órgãos constitucionalmente encarregados de realizar atos investigativos”.

Importante destacar que somente poderá ter lugar o requerimento de medida de infiltração de agentes policiais caso também estejam presentes os requisitos determinados pelo artigo 1º, §§1º e 2º da Lei 12.850/13.

5.3 PROCEDIMENTOS

Para que esta infiltração seja legitimada se faz necessário à observância de determinados procedimentos que darão alicerce jurídico à medida. Assim, dispõe a Lei 12.850/13:

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. (BRASIL, 2016i, p. 5)

Os elementos descritos acima somam-se aos previstos no artigo 10 e deverão ser religiosamente seguidos. Greco Filho (2014) destaca a necessidade de ouvir o Ministério Público quando a infiltração for representada pela autoridade policial e, também, a obrigatoriedade de manifestação técnica do delegado de polícia quando a infiltração for requerida pelo Ministério Público, além da definição de limites pelo magistrado. Quanto aos limites ensina Greco Filho (2014, p. 59): “entende-se, ainda que de maneira esquemática ou menos precisa, quais atividades o infiltrado estará autorizado a exercer dentro do grupo investigado” e completa quanto a necessidade de fixar novos limites tendo em vista que trata-se de atividades imprevisíveis.

Nucci, por sua vez, leciona a respeito do sigilo imposto pela Lei, tendo em vista que o agente infiltrado “deve ficar sempre oculto e protegido” (2015, p. 90), a fim de que se resguarde a integridade física do agente e o sucesso da missão. Além disso, Nucci ainda alerta sobre a incongruência entre do testemunho do agente e a preservação de sua identidade, pois se esta não for revelada cercearia significativamente a defesa do réu, não obedecendo aos princípios da ampla defesa e o contraditório (2015).

Cumprе ressaltar a validade e importância do testemunho do agente infiltrado, conforme exposto no parecer do Desembargador do TJPR, Dr. Campos Marques:

[...]. A autoria do fato descrito na denúncia restou devidamente comprovada através da prova testemunhal, especialmente do depoimento do agente infiltrado. 2. Havendo provas de que os acusados assumiram o risco de produzir o resultado morte, não há o que se falar em desclassificação para o delito de disparo de arma de fogo. Recurso desprovido. (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 1330079-1 - Curitiba - Rel.: Campos Marques - Unânime - - J. 18.06.2015). (PARANÁ, 2016, p. 1).

Marllon Sousa (2015, p. 126) é cauteloso quando refere-se ao testemunho do agente infiltrado: “as declarações sejam colhidas por meio audiovisual, sem a identificação do policial, bem como que a assinatura seja colhida a rogo, por certidão do escrivão do juízo, cujos atos possuam fé pública”.

5.4 DIREITOS

Sabe-se que é responsabilidade do Estado garantir a segurança de seus servidores policiais, sendo assim, o ilustre legislador firmado nos ideais de direitos humanos fixou os direitos do agente.

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, 2016i, p. 5)

A recusa ou cessação da atuação infiltrada dá ao agente o direito a desobrigação de acatar ordem desta natureza de superior hierárquico, não podendo ser punido por isso. Já o benefício de ter sua identidade resguardada traz particularmente segurança ao agente. Porém, essa ocultação só deverá ficar restrita ao público em geral e do acesso a imprensa, tendo em vista a necessidade de seu depoimento como testemunha. Para Nucci (2015, p. 91) para que o material produzido pelo agente tenha validade no mundo jurídico necessário se faz “a sua identificação à defesa do acusado, possibilitando o uso de recursos cabíveis [...] não se podendo prejudicar o direito constitucional à ampla defesa por conta disso”.

Apesar de não estar elencada no artigo 14 como direitos do agente, importante destacar que por ter natureza potencialmente perigosa e invasiva, poderá ocorrer a sustação da atividade quando houver indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente. Contudo, Greco Filho (2014, p. 61) faz críticas à terminologia, indícios seguros e risco iminente. Segundo o autor “não há necessidade de indícios seguros, bastarão indícios suficientes ou mesmo suspeita fundada”, já em relação em risco iminente leciona que “não há necessidade de risco iminente, bastando risco excessivo, ainda que não iminente”. E conclui conferindo responsabilidade à autoridade policial para apreciação dos termos: “deverá prevalecer a sensibilidade da autoridade policial e mesmo sua percepção imponderável dos comportamentos e dos fatos”.

5.5 RESPONSABILIDADE PENAL

O agente, durante o trabalho de infiltração, está sob as regras impostas pela organização criminosa, e assim, poderá cometer ou participar de delitos a mando de determinado membro da organização, incluindo crimes contra a vida. Sobre essa situação, o artigo 13 da Lei 12.850/13 estabelece:

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, 2016i, p. 5)

Como visto, o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelos excessos praticados que não guardarem proporcionalidade com a finalidade da investigação, exceção feita se praticados quando inexigível conduta diversa. A análise dessa proporcionalidade deve-se levar em conta as circunstâncias em que o agente se encontra, caso contrário, dificilmente algum agente aceitaria se submeter a tais condições sem a efetiva segurança jurídica. Sobre essa responsabilidade, Greco Filho (2014, p. 62) alerta que,

a situação deve ser interpretada sempre de um ponto de vista favorável ao agente que se arrisca além do usual em seu dever funcional, sob pena de se inviabilizar a aceitação de quem quer que seja para o exercício dessa função.

Sobre a exigibilidade de conduta diversa Masson (2015, p. 594) nos ensina que:

a exigibilidade de conduta diversa é o elemento da culpabilidade consistente na expectativa da sociedade acerca da prática de uma conduta diversa daquela que foi deliberadamente adotada pelo autor de um fato típico e ilícito. Em síntese, é necessário tenha o crime sido cometido em

circunstâncias normais, isto é, o agente podia comportar-se em conformidade com o Direito, mas preferiu violar a lei penal.

O Código Penal brasileiro adota o conceito analítico de crime, o qual é definido como fato típico, ilícito e culpável. Ao tratar do afastamento da responsabilidade do agente infiltrado pela prática de certos crimes, o legislador entendeu que, exceto nos casos de excesso, recai sobre referidas situações a inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, uma causa de exclusão de culpabilidade (NUCCI, 2014).

Sobre culpabilidade Sousa (2015, p. 123) leciona que esta seria o “juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta do agente” que poderia agir de forma diversa, mas não o faz, mesmo tendo plena consciência da ilicitude do seu comportamento.

Vale destacar que apesar de o Código Penal brasileiro prever como excludente de exigibilidade de conduta diversa a obediência hierárquica e a coação irresistível (BRASIL, 2016a), a doutrina dispõe sobre as causas supralegais de exclusão desta exigibilidade, pois o legislador não conseguiria prevê todas as circunstâncias possíveis, não havendo limites legais à adoção das causas dirimentes (CAPEZ, 2015, p. 350).

Sobre a inexigibilidade de conduta diversa em crimes praticados por agentes infiltrados o Desembargador do TJRS, Dr. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, referido por Nucci (2015, p. 92), expôs em seu parecer, na qualidade de Relator do HC 70059454884, julgado em 10 de julho de 2014:

[...] cumpre registrar, inicialmente, que o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 12.850/13 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. Ordem denegada. (TJ-RS - HC: 70059454884 RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Data de Julgamento: 10/07/2014, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/08/2014). (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p.1).

Muito embora, a estudada lei nos apresenta causa de exclusão de culpabilidade na infiltração de agentes, deve-se ter em mente que jamais o Estado,

representado pelo agente infiltrado, pode valer-se de meios abusivos na tentativa de elucidação de fatos e apuração de responsabilidades, tendo em vista a primazia do dever de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Ou seja, o agente em atividade de infiltração deve ser extremamente cauteloso e legalista na apuração e coleta de provas, sob pena de ser responsabilizado penalmente e de anular toda a operação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa procurou-se demonstrar de maneira esclarecedora as minúcias que cercam o instituto da infiltração de agentes como meio especial de obtenção de prova nos crimes praticados por organizações criminosas, conforme previsto na Lei 12.850/13.

Buscou-se, na doutrina e na lei, conceituar organizações criminosas. Para isso, foi necessário contextualizar a evolução do crime organizado e as tentativas legislativas de combater os crimes por ele praticados. Nesse sentido, observou-se que os meios habituais de obtenção de provas já não eram mais eficazes, e, portanto, havia a necessidade de inserir e disciplinar novas técnicas no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, recorreu-se as técnicas oriundas da atividade de inteligência demonstrando a importância desta atividade em apoio ao judiciário.

Após alguns equívocos legislativos foi sancionada a Lei 12.850/13 que definiu e dispôs sobre os meios de obtenção de prova em crimes praticados por organizações criminosas, dentre os quais se encontra a infiltração de agentes. Contudo, tem-se que esta técnica de investigação é a *ultima ratio* devido a invasividade da medida.

Foram expostos os procedimentos e requisitos para a atividade de infiltração que devem, no entanto, ser religiosamente seguidos.

No que se refere a responsabilidade penal, foi abordado o instituto da inexigibilidade de conduta diversa como causa de excludente de culpabilidade, que está inserida na teoria tripartida do crime adotada pelo Código Penal brasileiro. No entanto, é importante que o agente seja cauteloso nas suas ações, tendo em vista que os excessos praticados acarretariam responsabilização do agente e até nulidade de toda a operação.

REFERÊNCIAS

ABIN. Inteligência: gabinete de segurança institucional. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/institucional/a-abin/>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016a.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016b.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016c.

_____. Decreto nº 17.999, de 29 de novembro de 1927. Providencia sobre o Conselho da Defesa Nacional. In: **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17999-29-novembro-1927-503528-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 jul. 2016d.

_____. Lei nº 4.341, de 13 de junho de 1964. Cria o Serviço Nacional de Informações. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4341.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016e.

_____. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016f.

_____. Lei nº 9.883, de 07 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9883.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016g.

_____. 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 nº 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. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016h.

_____. 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. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 12 set. 2015i.

CEPIK, Marco Aurélio Chaves. **Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização dos serviços de inteligência**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **A inteligência contra o crime organizado**. Brasília, Senatus, 2004. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: lei nº 12.850/13**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTO, Marcelo. As cinco atividades do crime organizado que rendem mais dinheiro no mundo. BBC. Rio de Janeiro, abr. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160331_atividades_crime_organizado_fn>. Acesso em: 02 jul. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

MINAS GERAIS. **Resolução PGJ nº 92**, de 13 de dezembro de 2013. Cria, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado e dispõe sobre sua estrutura e suas atribuições. In: **Ministério Público de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://ws.mpmg.mp.br/biblio/informa/191219407.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Organização criminosa**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação crime**. Tentativa de homicídio qualificado. Apelação Crime nº 1330079-1 da 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Campos Marques, Paraná, 18 jun. 2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203365469/apelacao-apl-13300791-pr-1330079-1-acordao>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. Tráfico de drogas. Habeas Corpus nº 70059454884, Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira, Rio Grande do Sul, 10 jul. 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/132863638/habeas-corpus-hc-70059454884-rs>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

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