



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ANTONIO MARCOS CLODOMIRO FILHO**

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO**

**FORTALEZA**

**2021**

ANTONIO MARCOS CLODOMIRO FILHO

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

---

F498r Filho, Antonio Marcos Clodomiro.  
A Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado / Antonio Marcos Clodomiro Filho. – 2021.  
50 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de  
Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.  
Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

1. Processo Penal. 2. Crime Organizado. 3. Infiltração de Agentes. 4. Direito Penal. I. Título.

CDD 340

---

ANTONIO MARCOS CLODOMIRO FILHO

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: 01/09/2021

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof.Dr. Daniel Maia  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Doutoranda Lívia Maria de Sousa  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha mãe Aiza Maria Nascimento da Cruz pelo apoio dado durante período delicado de minha vida, anterior à conclusão do trabalho.

À Médica, Dra. Mytalli, pelo cuidado e atenção prestados para minha recuperação.

À Psicóloga, Jade Pinheiro Nozaki, por me ajudar a lidar com minhas crenças pessoais e a lançar um olhar mais lúcido sobre a vida.

A lâmpada do corpo é o olho: se teu olho for bom, ficarás todo cheio de luz: mas se teu olho for mal ficarás todo em trevas. Ora, se a luz em ti é trevas, quão densas serão essas trevas! (Mateus 6, 6, 22-23)

## RESUMO

O advento da macrocriminalidade trouxe consigo a necessidade de que o processo penal se reinventasse. Os meios de prova tradicionais já não eram suficientes para a apuração dessa modalidade delitiva. Diante disso, a Convenção de Palermo, celebrada pela comunidade internacional, veio a estabelecer diretrizes para o combate uniforme ao crime organizado. Nesse sentido, o documento estabeleceu para os países signatários a adoção de técnicas de investigação mais sofisticadas, estando entre elas as operações de infiltração de agentes. No Brasil, a técnica especial de investigação encontrou na Lei nº 12.850/2013 sua melhor expressão, passando a possuir na respectiva legislação regras expressas para a sua execução. Contudo, a atividade do agente infiltrado e sua relação inevitável com a prática de crimes passou quase que despercebida pela novel legislação, demandando da doutrina do direito penal proposta teórica para melhor se estabelecer os contornos desse aspecto.

**Palavras-chave:** processo penal; crime organizado; infiltração de agentes; direito penal.

## **ABSTRACT**

The advent of macro-criminal offenses requires that the Criminal Procedure be reinvented. Traditional evidence has not been sufficient to purify these delinquent modalities. Therefore, at the Palermo Convention, celebrates the international community, it will establish directories for the uniformed fight against Organized Crime. In this submission, the document established for the signatories the land and the addition of more sophisticated investment techniques, placing itself among them as an agent of infiltration of the operations. In Brazil, the special investment technique found in Law 12.850 / 2013 the best expression, although the respective legislation expressly regresses to its execution. Consequently, the activity of an undercover agent and its inevitable relationship with the practice of crimes almost as desperate as the new legislation, asking the Doctrine of the Criminal Law Directorate to better propose to establish the offices of this aspect.

**Keywords:** criminal proceedings; organized crime; infiltration of agents; criminal law.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**Art.** Artigo

**CP** Código Penal

**CPP** Código de Processo Penal

**CF** Constituição Federal

**ed.** Edição

**LCO** Lei de Crime Organizado

**vol.** Volume

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
2 INFILTRAÇÃO DE AGENTES: CONTEXTO, ORIGEM E EVOLUÇÃO .....	12
2.1 Criminalidade Organizada e a Convenção de Palermo .....	12
2.2 Infiltração de agentes e o histórico de sua regulamentação legal no Brasil .....	15
2.2.1 <i>Ampliação dos crimes que admitem o emprego da infiltração de agentes</i> .....	19
2.2.2 <i>A infiltração virtual instituída pela Lei nº 13.441/2017</i> .....	20
2.2.3 <i>Reformas promovidas pela Lei nº 13.694/2019</i> .....	23
2.3 Conclusão parcial .....	25
3 CARACTERÍSTICAS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL .....	25
3.1 Características do Agente Infiltrado e sua delimitação conceitual .....	25
3.1.1 <i>Meio extraordinário/excepcional de obtenção de prova</i> .....	25
3.1.2 <i>Desempenhada exclusivamente pela Polícia Judiciária</i> .....	28
3.1.3 <i>Circunscrito à fase de investigação</i> .....	30
3.1.4 <i>Ocultação da identidade</i> .....	33
4 DA IMPUTABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO .....	36
4.1 Aspectos gerais .....	36
4.2 A prática de infrações penais pelo agente infiltrado .....	37
4.2. Previsão legal acerca da Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado.....	39
4.3. Proposta teórica para apreciação da Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado. ....	40
5 CONCLUSÃO .....	42
REFERÊNCIAS .....	44

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho explora o instituto da Infiltração de Agentes, situado como relevante meio de obtenção de prova para a persecução penal. O estudo percorre sua origem, evolução, âmbito de incidência e delimitação conceitual tomando por base o Direito Brasileiro.

Acima de tudo, o estudo busca fundamentalmente discutir qual instituto do Direito Penal constitui o fator, em tese, responsável pela legitimidade da prática de delitos por parte do agente infiltrado em sua atividade de investigação. Nesse sentido, o exame a ser realizado pretende precipuamente identificar as fronteiras do lícito e o ilícito penal no contexto da operação de infiltração.

A discussão sobre a responsabilidade penal do agente infiltrado surge a partir do grau de vagueza emprestado pelo ordenamento para a definição dos limites de sua atuação. Nesse sentido, é possível identificar apenas um dispositivo que tratar da esfera de responsabilidade penal do agente infiltrado. Trata-se do Art. 13, parágrafo único, da Lei nº 12.850/2013, o qual prevê o instituto da *inexigibilidade de conduta diversa* como recurso para o afastamento da aplicação ordinária do Direito Penal nessa hipótese.

Todavia, verifica-se ser inevitável que o agente infiltrado cometa infrações penais por ocasião de sua incorporação à estrutura de uma organização criminosa. Pode-se dizer que nessas circunstâncias grandes são as chances de o agente policial cometer ilícitos penais, seja para a preservação de sua identidade falsa, seja para a aquisição de confiança dos outros integrantes, bem como para a garantia do êxito da investigação. Por diversos fatores o agente infiltrado pode ser submetido a situações em que se fará imprescindível o cometimento de ilícitos penais.

Diante disso, o presente trabalho vem a colocar em discussão o instituto da *inexigibilidade de conduta diversa* como opção do Legislador para salvaguarda do agente que incida na prática delitiva. Conforme será sustentado, o instituto traz consigo significado incompatível com a natureza da técnica de investigação, visto que trata a prática de delito na operação de infiltração como circunstância excepcional.

Por tratar de um objeto essencialmente teórico, foi empregado método dedutivo, com a definição prévia da natureza jurídica do instituto sugerido pela Lei 12.850 para a exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado. Posteriormente, foi analisada sua incidência na dinâmica delitiva. Ao final é formulada proposta teórica para tratamento mais rigoroso da matéria.

Também no aspecto metodológico, foi optado pela exposição do tema tratado a partir dos problemas específicos analisados, e não das diversas idéias dos autores que tratam do tema. Portanto, não se pretende esgotar o tema trazido com o exame dos diferentes posicionamentos acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado. Tal desiderato inevitavelmente extrapolaria os limites do presente estudo que se presta à apresentação de trabalho de conclusão de curso.

Finalmente, destaca-se que será adotada a perspectiva *formal* ou *jurídico-dogmática* de crime, segundo a qual esse conceito é abordado a partir do método analítico, sendo decomposto em categorias ou elementos estruturais (PRADO, 2007). Nessa perspectiva, será utilizada a teoria *tripartida de crime* que o define como *fato típico*, *antijurídico* e *culpável*, sendo a mais acolhida pela doutrina nacional, além de mais empregada na prática forense.

## **2 INFILTRAÇÃO DE AGENTES: CONTEXTO, ORIGEM E EVOLUÇÃO**

### **2.1 Criminalidade Organizada e a Convenção de Palermo**

O crime mudou. Sua configuração, extensão e finalidade foram alteradas com os avanços tecnológicos experimentados pela sociedade nos últimos anos. Com essas inovações nas diversas áreas, o crime se reajustou e ao mesmo tempo se aproveitou das facilidades disponibilizadas fixando suas tenazes na economia global.

Com efeito, o fenômeno da globalização acelerou o fluxo de bens e serviços, intensificando as atividades do setor empresarial que visa o maior número de mercados para consumo.

Além disso, a redução das distâncias e a abstração das fronteiras entre os países resultado do desenvolvimento dos meios de comunicação, de transporte e de cooperações ocasionaram um intercâmbio contínuo de bens, serviços, informações e pessoas responsável pela integração das diversas regiões do planeta.

Tal conjuntura facilitou as trocas comerciais bem como o acesso ao consumo acarretando, por fim, a consolidação do capitalismo em seu estágio mais avançado, marcado pelo mundo globalizado.

Movido pelos mesmos influxos o perfil do criminoso se reajusta, deslocando-se de criminalidade ocasional para a criminalidade profissional.

O Direito Penal que antes concentrava seus esforços para a tutela de bens jurídicos individuais, agora dirige sua atenção para os bens de natureza coletiva e difusa.

Portanto, verifica-se que na atualidade os crimes são praticados contra o coletivo, fazendo com que os criminosos se unam para a prática de crimes. Forma-se uma nova espécie de crime composta pela reunião de indivíduos, possuidora de características próprias de *societate sceleris* ou empresariais, culminando com o aperfeiçoamento do crime organizado (ALMEIDA, 2015).

Desse modo, é adotada nova roupagem na qual o crime deixa de objetivar a vulneração de bens individuais para se materializar em uma estrutura equivalente a de empresa, se destina à produção de ilícitos *em série* atingindo, sobretudo, bens jurídicos titularizados pela coletividade.

Vale dizer que ocorre a alteração de uma criminalidade ocasional, voltada para lesão de bens jurídicos de caráter individual (vida e patrimônio, por exemplo) para uma criminalidade profissional que mira precipuamente bens jurídicos de natureza transindividual, como segurança e saúde pública.

Nesse sentido, importante chamar a atenção para a feição empresarial assumida por esse tipo de criminalidade, uma vez que orienta sua atuação para a maximização dos lucros e minoração dos riscos, preocupando-se, portanto, com a ocultação de sua atividade clandestina, ao mesmo tempo em que lança mão de meios para supressão de provas e muitas vezes de um código de silêncio (TEIXEIRA, 2017).

É o que Rebouças constata se tratar do fenômeno da criminalidade contemporânea, correlacionando-a com o surgimento das novas técnicas de obtenção de prova. Segundo, o autor (2017, p.692), “a existência dessas técnicas, que encerram particular caráter invasivo a direitos individuais, justifica-se em função da criminalidade contemporânea cada vez mais organizada e multifacetada”.

Nesse sentido, Fernandes (2000, p. 23), ao abordar questão em torno do tratamento legal a ser dispensado para esse tipo de criminalidade, consigna:

O campo mais problemático para o legislador e para a doutrina é o da criminalidade grave ou organizada. Têm os países dificuldade em enfrentá-la. Não sabem como criar um corpo legislativo que outorgando eficiência ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantia individuais assegurados nas Constituições e Convenções Internacionais.

Diante desse impasse autoridades governamentais de vários países celebraram em 15 de novembro de 2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

Transnacional, intitulada Convenção de Palermo, tendo por objetivo “promover a cooperação para prevenir e combater eficazmente a criminalidade organizada transnacional”.<sup>1</sup>

O instrumento normativo, além de trazer uma definição do que se deveria considerar como grupo criminoso organizado, preocupou-se em elencar um rol exemplificativo de medidas a serem adotadas pelos países signatários para o combate eficaz da criminalidade organizada. São elas as *técnicas especiais de investigação*.

Constituem técnicas mais invasivas, com maior aptidão para mitigação de direitos fundamentais do investigado/acusado. Possuem incidência específica para espécies criminosas de difícil apuração. É o caso da entrega vigiada e das operações de infiltrações trazidas no texto da Convenção de Palermo, a título de exemplo.

De fato, o processo penal reclamava a adoção de novos meios de obtenção de prova, tendo em vista que:

[...] os instrumentos processuais que mais classicamente eram adotados pelo sistema estatal muito mais se voltavam a persecução da criminalidade individual, chegando-se à constatação de sua pouca efetividade quando em jogo o combate aos crimes que envolvessem um espectro maior de agentes, como também reclamassem uma aparelhagem mais robusta. (PORTO, A.; PORTO, B., 2017)

Desse modo, a infiltração de agentes vem a inovar as técnicas de obtenção de prova à medida que dá ao Estado uma postura proativa, ampliando a possibilidade de conhecimento da estrutura organizacional da organização criminosa em sua inteireza e não de forma setORIZADA (SANTOS; AYRES, 2017).

Nesse sentido, o artigo 20 da Convenção trouxe exemplos de técnicas de investigação mais sofisticadas, dentre elas as *Operações de Infiltração* como possível mecanismo de repressão a ser incorporado pelo Estado Parte em seu ordenamento jurídico, respeitados os princípios fundamentais e condições prescritas pelo respectivo direito interno.

Seguindo esse percurso o Brasil ratificou a Convenção, vindo a promulgá-la por meio do Decreto n° 5.015 em 12 de março de 2004 o qual lhe conferiu executoriedade e vigência no plano interno.

Embora somente a partir desse marco a Convenção veio a adquirir aptidão para seu cumprimento, o Brasil já enfrentava o problema da criminalidade organizada por meio de mecanismos legais, estando entre eles o recurso ao agente infiltrado, inicialmente regulamentado pela Lei n° 9.034/95.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto n° 5.015, de 12 de Março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Nesse ponto, uma digressão sobre o caminho que percorreu essa técnica de especial de investigação em nosso ordenamento interno até chegar à configuração atual se faz relevante.

## **2.2 Infiltração de agentes e o histórico de sua regulamentação legal no Brasil**

Antes de propriamente se analisar a evolução do agente infiltrado no ordenamento jurídico brasileiro, oportuno se fazer uma breve consideração acerca de sua origem.

Embora nada corresponda às linhas gerais da atual figura agente infiltrado adotado na legislação dos diversos países, Camilo (2012, p. 289), ao citar Eduardo Araújo da Silva, afirma que “a doutrina atribui a origem do instituto no período do absolutismo francês, no reinado de Luís XIV, ocasião em que foi criada a figura do ‘delator’, cidadão que descobria na sociedade inimigos políticos, em troca de favores do príncipe.”

Com efeito, trata-se tão somente da gênese do instituto que posteriormente viria a ser aplicado de forma não mais clandestina, mas agora legitimada pela lei.

No Brasil o agente infiltrado inicialmente foi regulamentado pela Lei nº 9.034/95, a qual cuidou de disciplinar os meios operacionais para a repressão e prevenção de ações praticadas por organizações criminosas. O diploma normativo logo em seu Art. 2º delimitou os procedimentos investigatórios que poderiam ser adotados na persecução criminal desse tipo de delito.

Todavia, a infiltração de agentes, contida no inciso V desse artigo, logo se revelou tímida quanto a sua regulamentação, encerrando elevado grau de vagueza. Para começar não definia os requisitos legais, nem o prazo máximo de duração da infiltração. Além disso, não estabelecia qualquer tipo de controle jurisdicional durante a atuação do agente infiltrado, exigindo tão somente circunstanciada autorização judicial<sup>2</sup> para que fosse efetivada.

Ainda, a Lei 9034/95 trazia agentes de inteligência como possíveis legitimados para realização de operações de infiltração o que era alvo de intensa crítica pelos diversos autores, que sustentavam ser a atividade de investigação atribuição da polícia judiciária conforme definido pela Carta de 1988.

Nesse sentido, com forte poder de síntese, Malan (2011, p. 210) resume a situação dessa técnica na legislação anterior:

---

<sup>2</sup> Art. 2º. Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

V – infiltração de agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializado pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

No que tange à possibilidade de infiltração por agentes de *inteligência*, esse dispositivo é *inconstitucional*, na medida em que as atividades da polícia judiciária são privativas da Polícia Federal e da Polícia Civil estaduais (CR, art. 144, §1º, I e IV e §4º), não se confundindo com as atividades de *inteligência* – definidas pela Lei nº 9.883/99 e pelo Decreto 4.376/02.

Ademais, o autor vaticina da seguinte forma: “a regulamentação contida no art. 2º, V da LCO é *manifestamente deficiente*, podendo mesmo se afirmar que a infiltração de agentes hoje não possui procedimento probatório específico definido em lei”.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 11.343/2006, nova Lei de Drogas, o campo de atuação do agente infiltrado foi ampliado para apuração dos crimes definidos naquele diploma normativo.<sup>3</sup>

Contudo, o problema da evidente lacuna normativa do instituto só veio a ser enfrentado pela Lei nº 12.850/2013, intitulada Lei do Crime Organizado (LCO), a qual além de trazer o conceito de organização criminosa, até então inexistente, tratou de melhor regulamentar a infiltração de agentes policiais em seus artigos 10 a 14.

A Lei, em síntese, definiu: (i) o prazo máximo de duração da infiltração, manifestando-se acerca da possibilidade de sua prorrogação; (ii) os direitos do agente infiltrado; (iii) limites gerais à atuação do agente durante sua infiltração; (iv) detalhou o procedimento necessário para que a técnica de investigação fosse levada a efeito.

No último item, a Lei 12.850 condicionou a medida à circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, precedida de representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público, os quais deviam conter demonstração da *necessidade da medida*, o *alcance das tarefas do agente* e, caso fosse possível, *os nomes ou apelidos* das pessoas investigada, bem como o *local da infiltração*. A esse respeito, veja-se a redação dos artigos 10 e 11 da Lei 12.850/2013:

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 do inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão 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.

<sup>3</sup> “Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes definidos 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; [...]”

Acerca dos elementos a serem demonstrados pelos órgãos persecutórios quando da apresentação do pedido, observa Habib (2018, p.881) o seguinte:

Em relação à demonstração do alcance das tarefas de infiltração, parece não ser possível antes de ela ocorrer, tendo em vista que, uma vez infiltrado, o agente deverá seguir as normas de conduta da organização, não sendo possível saber previamente quais serão as suas tarefas dentro dela. Assim, caso esse elemento não possa ser demonstrado na representação da Autoridade Policial ou no requerimento do Ministério Público, o Juiz não poderá indeferir a medida apenas com esse fundamento.

A esse respeito, ousamos discordar com parte do posicionamento do autor. Revela-se necessária a demonstração do alcance destas tarefas tendo em vista que tais informações servirão de parâmetro para a forma como será aplicada a medida. Com efeito, em alguns tipos de organizações criminosas a técnica de infiltração de agentes merece recortes, não podendo (nem devendo) ser aplicada em sua integralidade com a imersão do agente na célula criminosa.

Além disso, a delimitação prévia das atividades a serem desempenhadas tem por escopo a própria segurança jurídica do agente, uma vez que servirá como base para subsidiar a definição de condutas ilícitas que poderão vir a ser praticadas no decorrer da operação. Assim, o agente terá a garantia de que não será responsabilizado pela prática de tais condutas uma vez que abrangidas na decisão judicial que deferiu a técnica de investigação.

Ademais, não se olvida aqui de que tais informações servem para que a autoridade julgadora possa avaliar com maior rigor o emprego de “técnicas especiais de investigação de que poderá se valer o agente no cumprimento de seu mister”. (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 408). Trata-se da delimitação dos *limites investigatórios*.<sup>4</sup>

Nesse contexto, sustentamos que, em regra, o alcance das tarefas do agente infiltrado deve estar inserido no requerimento apresentado ao órgão jurisdicional competente. Caso não contenha esse aspecto poderá a autoridade competente, atenta à imprescindibilidade da operação de infiltração e às peculiaridades do caso concreto, preencher essa lacuna fixando ela mesmo os limites mínimos para a atuação do agente, de modo que fique bem definida a finalidade da investigação.

---

<sup>4</sup> A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) recomenda “que a decisão deferitória autorize realização de gravações em ambiente privado, nos casos em que esta medida seja possível e necessária, de sorte a evitar alegações de nulidade” (**Manual – infiltração de agentes**. Brasília: ENCCLA, 2014, p. 4).

Assim, fica resguardada a aplicação do disposto no Art.13, *caput*, da Lei 12.850/2013, a saber: “O agente que não guardar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados”.

Importante consignar ainda que a Lei 12.850 submeteu a infiltração de agentes a periódico controle do Ministério Público e do delegado de polícia que poderão a qualquer tempo solicitar relatório da atividade de infiltração. Quanto ao juiz, contudo, a legislação determinou a apresentação de relatório circunstanciado somente após conclusão da operação, conforme dicção dos §3º ao §5º, do Art. 10 da Lei:

§ 3º. A infiltração será autorizada pelo prazo máximo 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.

Conforme se observa pela leitura do Art. 10 §3º da Lei, a infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

Nesse sentido, Lima (2016, p. 572) afirma que posteriores renovações não devem depender de apresentação prévia de relatório circunstanciado, tendo em vista que o estabelecimento de tal requisito poderia vir a prejudicar em muito o andamento das investigações:

Não se exige que o deferimento das renovações seja sempre precedido de relatório circunstanciado da atividade de infiltração, sob pena de frustrar a rapidez na obtenção da prova e até mesmo a própria segurança do agente infiltrado. Na verdade, este relatório deverá ser apresentado apenas ao final da infiltração policial ou a qualquer tempo, mediante determinação do Delegado de Polícia ou do Ministério Público [...].

Embora o diploma normativo tenha autorizado a requisição de relatório parcial somente ao Delegado ou representante do Ministério Público, entendemos que tal prerrogativa pertence naturalmente também ao órgão jurisdicional que deferiu a medida. Referido cuidado serve inclusive para que autoridade judicial, munida ainda que de relatório parcial sobre a infiltração, possa com maior segurança avaliar e deferir pedido(s) futuros de renovação da infiltração.

Portanto, perfeitamente razoável que quem deferiu a medida possa a qualquer tempo requisitar relatório para acompanhamento e controle da operação.

### ***2.2.1 Ampliação dos crimes que admitem o emprego da infiltração de agentes***

Posteriormente, as Leis 13.260/2016<sup>5</sup> e 13.344/2016<sup>6</sup> - Lei de Terrorismo e Lei de Tráfico de Pessoas - ampliaram a aplicação das técnicas especiais de investigação presentes na Lei 12.850 para os crimes previstos nelas.

Sobre esta inovação importante observar que a própria Lei de Terrorismo veio a modificar a Lei 12.850/2013 que em seu art. 1º, §2º, II já previa sua aplicação para os crimes envolvendo organizações terroristas. Todavia, não havia definição legal do que se deveria considerar atos de terrorismo, só vindo tal lacuna a ser preenchida com a novel legislação.

Dessa forma, temos que a própria Lei nº 12.850/2013 já traz em seu texto a previsão de sua aplicação para as organizações terroristas, compreendidas como aquelas votadas para a prática dos atos de terrorismos definidos agora pela Lei nº 13.260/2016.

Vale ressaltar que a Lei de Tráfico de Pessoas somente autorizou a aplicação da Lei do Crime Organizado a *título subsidiário*, devendo-se, em regra, serem empregados os meios tradicionais de obtenção de prova contidos no Código de Processo Penal para a apuração dos crimes definidos naquele diploma.

Significa dizer, portanto, que os meios de obtenção de prova previstos na Lei 12.850 (dentre eles a infiltração de agentes) somente serão utilizados caso reste demonstrado no concreto a insuficiência dos meios tradicionais, menos invasivos, para a apuração dos crimes previstos na Lei de Tráfico de Pessoas.

A extensão da aplicação das técnicas de infiltração para o tráfico de pessoas encontra ressonância na própria doutrina que comumente ao tratar dos traços da criminalidade organizada relaciona-a à prática de tráfico ilegal de armas, drogas, bem como de pessoas. Nesse sentido, Fernandes (2000, p. 23) ao fazer divisão da criminalidade em espécies, leciona:

- a criminalidade organizada, cujas características não foram ainda bem definidas, mas que se manifesta no mundo através da máfia, dos cartéis do tráfico internacional de entorpecentes, dos grupos que atuam no tráfico internacional de armas, no tráfico de mulheres e de crianças.

---

<sup>5</sup> Art. 16. Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, para investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei.

<sup>6</sup> Art. 9. Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

### 2.2.2 A infiltração virtual instituída pela Lei nº 13.441/2017

Adiante, a Lei 13.441/2017, acrescentando os artigos 190-A a 190-E ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8.069/90 - inaugurou a *Infiltração Policial Virtual*<sup>7</sup>, nova modalidade de infiltração de agentes que permite o emprego dessa técnica agora pela internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

A medida se mostrou necessária uma vez que os criminosos dessa espécie de delito interagem em redes sociais fechadas, com uso de pseudônimos e códigos, sendo extremamente difícil para a Polícia conseguir localizar onde estão ocorrendo essas comunicações e a troca de material pedófilo.

Diante disso, a única forma que se vislumbrou para descobrir a real identidade dos criminosos e coletar provas da materialidade foi por meio do ingresso de policiais e sua participação durante determinado intervalo de tempo nessas redes de pedófilos (CAVALCANTE, 2017).

Sobre a inovação legislativa assevera Silva (2018, p. 259):

O combate aos crimes contra a dignidade sexual praticados contra criança e adolescente e os que envolvem produção, divulgação, compartilhamento e armazenamento de imagens/vídeos pornográficos de crianças/adolescentes foi incrementado com a entrada em vigor da Lei 13.441/17.

Dentre os crimes que admitem a infiltração policial virtual, é possível a divisão em três categorias: a) *pedofilia* (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA ); b) *crimes contra a dignidade de vulneráveis* ( artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal); c) *invasão de dispositivo informático* (artigo 154-A também do Código Penal).

Há de se notar desde logo que o art. 218-C acrescido posteriormente pela Lei 13.718/2018 ficou de fora da previsão normativa dos crimes que autorizam o emprego da técnica. Situado no Capítulo dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis do Código Penal Brasileiro, o Art. 218-C prevê a conduta de *Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*.

A conduta é similar às previstas nos artigos 241 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente as quais autorizam a infiltração virtual, senão vejamos a redação dos tipos:

Código Penal:

<sup>7</sup> Optamos por não acolher a expressão utilizada por alguns autores como *Agente Virtual*, uma vez que o agente infiltrado continua a se tratar de uma pessoa física que nessa modalidade desempenha tarefa de investigação pela internet.

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza à sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente.

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema informático ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente.

Conforme se observa, o Art. 218-C do Código Penal incorpora os núcleos dos tipos penais 241 e 241-A do ECA, diferenciando-se destes somente quanto ao conteúdo ou material manuseado pelo agente. Enquanto nos artigos 241 e 241-A temos venda, compartilhamento e divulgação de *cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança e adolescente*, no Art. 218-C há previsão dessas mesmas condutas só que dirigidas para *cena de estupro, estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza à sua prática*, além de *cena de sexo, nudez ou pornografia*, desde que, nesta última hipótese, não haja o consentimento da vítima.

Portanto, consistem em condutas semelhantes, praticadas muitas vezes nos mesmos espaços, como os meios de comunicação em massa ou sistemas de informática.

Vale ressaltar que o conteúdo objeto das condutas do Art. 218-C revela-se mais reprovável, quando se considera que há exposição de cena de estupro ou de estupro de vulnerável os quais envolvem ao mesmo tempo lesão à liberdade sexual e a honra da vítima.

Nesse aspecto há de se observar que o legislador ao trazer no tipo hipótese de *estupro de vulnerável*, quis ele abranger situação de prática de conjunção com menor de 14 anos de idade mediante violência ou grave ameaça. Quisesse ele contemplar somente a exposição de cena de prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos estaria a reproduzir as condutas já previstas nos tipos penais do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que não nos parece a interpretação correta.

Nesse sentido, ao trazer no Art. 218-C cena de estupro e cena de estupro de vulnerável entendemos que o legislador quis que a norma contemplasse exposição de cena contendo prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos de idade mediante violência ou grave ameaça, amoldando-se a conduta neste último caso ao estupro de vulnerável pelo critério da especialidade.

Assim, uma vez que o conteúdo objeto de exposição pela prática das condutas previstas no Art. 218-C se reveste de maior grau de reprovação, além da execução do tipo se dar notadamente nas mesmas circunstâncias dos outros crimes previstos pela Lei 13.441/2017, vale dizer pela internet, sustentamos a possibilidade de aplicação da técnica de *infiltração virtual* também para a apuração desse delito.

Além disso, importante lembrar que se encontra autorizado o uso da analogia para se abranger o Art. 218-C às hipóteses previstas no Art. 190-A do ECA, tendo em vista se tratar de norma de natureza processual penal. Portanto, perfeitamente possível o recurso à analogia nos termos do Art. 3º do Código de Processo Penal.<sup>8</sup>

Superada tal controvérsia, passamos aos requisitos para a infiltração de agentes pela internet os quais basicamente são os mesmos requisitos da infiltração física. Vejamos os termos dos incisos I e II do Art. 190-A do ECA:

I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção da prova.

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.

Quanto à delimitação do alcance das tarefas do agente mais uma vez revela-se recomendável a fixação dos limites investigatórios a fim de possibilitar o emprego da técnica combinada com outros métodos apuratórios. “Assim, admite-se, por exemplo, que simultaneamente à atuação dissimulada do policial providencie-se o encaminhamento de arquivo malicioso para o computador ou celular a fim de se extrair informações.” (CASTRO, 2017)

Ademais, pela leitura do inciso II e o §3º do Art. 190-A, verifica-se que a medida conserva a natureza subsidiária sendo necessária a demonstração de que a prova não pode ser coligida por outro meio.

Importante aspecto é observado por Silva (2018) quanto às possibilidades de disfarces do policial no curso da investigação dos crimes descritos no artigo 190-A, admitindo-se criação de: a) perfil falso de adulto, com o objetivo de se aproximar do investigado e constatar a prática delitiva; b) perfil falso de criança ou adolescente, com o fito

---

<sup>8</sup> Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

de manter contato com o investigado e colher mais elementos acerca das suas práticas delitivas.

Por fim, oportuno destacar que a infiltração virtual possui prazo máximo de duração de noventa dias, admitindo-se até sete renovações de modo que não exceda setecentos e vinte dias (ECA, Art. 190-A, III).

### **2.2.3 Reformas promovidas pela Lei nº 13.694/2019**

Após o advento da Lei 13.441, passou-se a discutir se era possível a infiltração virtual como técnica para a investigação de crimes de organização criminosa, uma vez que a técnica, em princípio estaria adstrita nos termos da Lei como recurso a ser empregado na investigação de crimes de pedofilia e contra dignidade sexual de criança e adolescente.

Masson e Marçal (2018) sinalizavam em sentido positivo ao contemplar a possibilidade de ingresso do agente também pelo meio virtual em organização criminosa. Segundo os autores, a Lei 12.850 teria disciplinado a infiltração policial como *gênero*, de modo a contemplar as espécies: *infiltração presencial* e *infiltração virtual*.

Cavalcante (2017) também sustentava essa posição ao afirmar que “a Lei nº 12.850 (Lei do Crime Organizado) não trata de forma específica sobre a infiltração na *internet*, mas ao prever a infiltração de forma genérica, abarca tanto o mundo físico e o virtual”.

No entanto, a questão tornou-se ultrapassada com a promulgação da Lei 13.694 de 2020 a qual trouxe novas disposições para a infiltração de agentes contida na lei 12.850. Também chamada de Pacote Anticrime, a Lei ao adicionar os artigos 10-A, 10-B, 10-C e 10-D à lei 12.850 ampliou o âmbito da técnica de investigação para permitir o ingresso do agente de polícia para investigação de atividades de organização criminosa também pela internet, endossando, assim, posição que já era defendida por muitos.

Vejamos a redação do dispositivo que inaugura a inovação:

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais obedecidos os requisitos do **caput** do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas.

Relevante observar desde já que o dispositivo estabelece cláusula geral de aplicação do instituto “com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a *eles*

*conexos*”. Desse modo, a aplicabilidade da infiltração virtual fica estendida para a apuração de outros crimes que tangenciem os definidos pela Lei 12.850.

Ademais, a infiltração virtual nessa hipótese também possui limite de renovações como a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, possuindo prazo-limite de seis meses sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda 720 (setecentos e vinte) dias, nos termos do novo Art. 10-A, §4º, da Lei.

Além disso, deve-se chamar atenção para a possibilidade de requisição de relatório a qualquer tempo também pela autoridade judicial. Nos termos do Art. 10-A, §6º da lei se verifica que “no curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo o relatório da atividade de infiltração”.

O dispositivo vem a inovar de maneira positiva no controle da infiltração ao estender também para a autoridade judicial a requisição de relatórios periódicos. Conforme salientamos anteriormente nos termos da lei 12.850 a apresentação de relatório circunstanciado à autoridade judicial se daria somente ao final da infiltração, impedindo assim o juiz de requisitar relatórios no transcurso da investigação o que dificulta a sua supervisão.

Corroborando nossa posição anteriormente esposada, a lei 13.964 traz disposição a qual atribui também à autoridade judicial competente a possibilidade de requisição de relatórios parciais no decorrer da infiltração, acrescentando assim segurança jurídica à medida.

Todavia, em que pese referida previsão seja específica para infiltração virtual, nada impede que seja estendida para a infiltração presencial contida na mesma lei 12.850 a fim de que se dê uniformidade para o instituto, além de cercá-lo do maior controle e supervisão possível.

Finalmente, a Lei Anticrime opera reforma na lei nº 9.613/98, Lei de Lavagem de Dinheiro, tornando possível o uso da infiltração de agentes para a apuração desse crime. Nesse sentido, a lei 13.964 acrescenta o §6º ao art.1º da lei de Lavagem de Capitais com a seguinte redação: “para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes”.

Desse modo, além de trazer a infiltração virtual de agente para o âmbito do combate às organizações criminosas, a Lei 13.964 estendeu o uso da técnica de infiltração de agentes também para a Lei de Lavagem de Dinheiro, sendo admissível nesse caso tanto a infiltração pela internet como a infiltração presencial, ambas regulamentadas agora pela Lei 12.850.

## 2.3 Conclusão parcial

Diante do exposto, pode-se considerar a técnica de infiltração de agentes, *presencial e virtual*, sistematizadas pela Lei 12.850, como recurso possível para apuração dos seguintes crimes: a) definidos pela Lei nº 11.343 (Lei de Drogas); b) definidos pela Lei nº 12.850 (Lei do Crime Organizado); c) definidos pela Lei nº 13.260 (Lei de Terrorismo); definidos pela Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro).

Subsidiariamente, pode ser utilizada como meio de obtenção de prova no crime de Tráfico de Pessoas previsto no Art. 149-A do Código Penal pela Lei 13.344, desde que demonstrado no caso concreto a insuficiência dos métodos tradicionais para esse fim.

No que diz respeito à *infiltração de agentes virtual regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente*, esta se encontra restrita à investigação dos crimes previstos de *Estupro de Vulnerável, Pedofilia, Invasão de Dispositivo Informático*, e conforme posição por nós sustentada, também o crime de *Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia* previsto no Art. 218-C do CP.

## 3 CARACTERÍSTICAS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

### 3.1 Características do Agente Infiltrado e sua delimitação conceitual

As características do agente infiltrado se revelam importantes para sua rigorosa definição jurídica. Além disso, a consideração de tais aspectos permitem a sua compreensão frente a outras hipóteses de possível atuação de agente policial dentro de investigações em curso.

#### 3.1.1 Meio extraordinário/excepcional de obtenção de prova

Pode-se desde logo considerar o instituto como *meio de obtenção de prova de caráter excepcional/extraordinário*, sendo admitida sua utilização apenas nas hipóteses que comportem expressa previsão legal.

Ademais, há que se demonstrar, no caso concreto: (i) a insuficiência dos métodos tradicionais de obtenção de prova; e (ii) a insuficiência das demais técnicas especiais de investigação disponíveis.

Referida característica se deve, em síntese, por três fatores. O primeiro se refere à possível mitigação de direitos fundamentais do investigado; o segundo diz respeito aos riscos a que ficam expostos o (s) agente (s) infiltrado(s) e o terceiro, à possibilidade do agente infiltrado praticar crimes (SOUZA, 2012).

Importante observar que as técnicas especiais de investigação elencadas no Art. 3º da Lei 12.850, por si só, já encerram caráter subsidiário em sua aplicação, considerando que consistem em medidas mais invasivas a direitos fundamentais do investigado/acusado. Portanto, quando se fala no recurso à infiltração de agentes deve ser demonstrada no caso concreto a ineficácia dos métodos tradicionais disciplinados no CPP, bem como de outras *técnicas especiais de investigação* disponíveis para a produção da prova.

Nesse sentido, os dois requisitos elencados se aplicam a todas as hipóteses que admitem a utilização da infiltração de agentes. Mesmo na Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas – e na Lei nº 9.613/98 – Lei de Lavagem de Capitais – nas quais expressamente se admite a utilização do instituto, deve ele ser aplicado somente quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, obedecendo assim ao disposto no Art.10, §2º da Lei 12.850/2013.

A observação revela-se pertinente uma vez que a Lei de Drogas, ao prever a possibilidade de uso da infiltração em seu Art. 53, I, e a Lei de Lavagem de Dinheiro, do mesmo modo, ao trazer mesma previsão no §6º de seu Art. 1º, não cuidaram de dispor acerca da aplicabilidade da medida.

Assim, se partíssemos da literalidade da Lei, seria possível o recurso à infiltração de agentes como primeira opção para apuração de crimes definidos por aqueles diplomas normativos. Todavia, referido entendimento se revelaria incoerente visto que na persecução penal de Crime de Organização Criminosa, espécie delitiva mais grave que a Lavagem de Dinheiro, por exemplo, esse recurso constitui meio excepcional de obtenção de prova.

Do mesmo modo, seria um exagero o emprego da técnica para a apuração de infrações penais de baixo potencial ofensivo como as previstas nos artigos 27 a 30 da Lei de Drogas, as quais inclusive prevêm penas leves (advertência, prestação de serviços, medida educativa de comparecimento a programa).

Não é por outro motivo que Lopes (2019, p. 258) faz a seguinte crítica quanto à possibilidade do uso do agente infiltrado na Lei de Drogas:

[...], ocorre que o agente infiltrado somente pode ser utilizado em caso de crimes graves, por se tratar de medida extremamente ofensiva às garantias constitucionais. Mais uma vez a lei brasileira falha ao prever a possibilidade de infiltração em todos

os crimes previstos na Lei de Tóxicos, já que nos praticados para consumo próprio (art. 27 a 30), ou alguns crimes leves previstos no Título IV, capítulo II, não se vislumbraria a gravidade justificadora da utilização do meio.

Dessa forma somos levados a crer que o emprego da infiltração de agentes na persecução penal dos crimes previstos na Lei de Drogas e Lei de Lavagem de Dinheiro fica dependente da disciplina dada Lei 12.850 a qual cuidou de regulamentar adequadamente o instituto, prevendo expressamente a sua excepcionalidade como meio de obtenção de prova.

*Outro ponto importante* a respeito do instituto se refere à sua aplicação prevista na Lei de Lavagem de Capitais. Como se sabe, a denúncia na hipótese de crime de Lavagem de Dinheiro deve ser instruída com elementos de prova capazes de sustentar a existência de uma infração antecedente, uma vez que a Lavagem de Dinheiro possui natureza de crime derivado, acessório ou parasitário, pressupondo, portanto, delito anterior.

Com efeito, a Lavagem de Capitais pertence à categoria de “crimes que, para sua existência, estão íntima e necessariamente ligados à prática de outros, surgindo entre eles a relação entre *principal e acessório*”. (GRECO, 2015, p.111).

Diante disso, a Lei 9.613/98 exige que a inicial acusatória esteja acompanhada de indícios suficientes da infração penal anterior que tenha gerado, direta ou indiretamente, os bens, direitos ou valores objeto da lavagem.

Nesse sentido, surge a seguinte indagação: estaria autorizada a utilização da infiltração de agente como meio de obtenção de prova para apuração das infrações penais anteriores à lavagem? A excepcionalidade da medida, nesse caso, estaria comprometida?

A título de exemplo, tomemos a hipótese Corrupção Passiva, Art. 317 do Código Penal como crime antecedente. Estaria autorizada a apuração deste delito acompanhado do branqueamento de capitais por meio do uso da técnica de infiltração de agentes, tendo em vista a relação de dependência inerente ao crime de lavagem?

Desde logo, é importante enfatizar que o crime de Corrupção Passiva não se encontra inserido entre os delitos que a Lei expressamente permite a infiltração de agentes. Porém, quando relacionado à lavagem de capitais, o delito passa a se vincular indubitavelmente à espécie delitiva.

Além disso, a prática revelaria inviável a realização de duas investigações para a obtenção apartada de provas para o delito de corrupção, descartando-se os elementos colhidos na apuração do crime lavagem, uma vez que estes não poderiam ser aproveitados para o processo e julgamento do primeiro.

Mesmo raciocínio é aplicado nos contexto de crimes praticados por organizações criminosas, os quais podem variar de Sonegação Fiscal a Homicídio e Roubo. Desde que constituam atividade ilícita proveniente de organização criminosa, admitem o recurso aos meios de obtenção de prova previstos pela Lei 12.850/2013 em sua persecução penal.

Portanto, entendemos que a nova previsão legal da Lei 9.613/98 abrangeu o delito antecedente em seu âmbito de incidência, autorizando a admissibilidade da prova colhida por meio da técnica de infiltração de agentes para sua apuração. Nesses termos, fica preservada a excepcionalidade do meio de obtenção de prova.

### **3.1.2 Desempenhada exclusivamente pela Polícia Judiciária**

A anterior Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.065/95) em seu Art. 2º, V, admitia que a infiltração de agentes pudesse ser levada a efeito por *agentes de inteligência*.

Todavia, conforme já pontuamos, tal medida se revelaria incompatível com a atribuição dos agentes de inteligência, visto que estes desempenham função diametralmente diversa da finalidade a que se destina a infiltração de agentes.

Com efeito, a atividade dos funcionários de inteligência se relaciona à produção de conhecimento para assessorar o processo de tomada de decisão das autoridades públicas. Nesse sentido, fica adstrita ao fornecimento de informações que possam subsidiar o poder público na tomada de medidas estratégicas.

Portanto, pode-se dizer que “os profissionais de Inteligência estão, a todo tempo, buscando informações, coletando dados, ostensivos ou sigilosos, para assessorar os governantes”. (BARREIRAS, 2018, p. 22).

Desse modo, a missão institucional desses profissionais se afasta de qualquer esforço estatal que vise aquisição de provas para respaldar a instauração de processo penal. Não se tem em mira, nesse caso, a responsabilização penal de supostos autores de práticas criminosas, mas tão somente a produção e disseminação de conhecimento para auxiliar autoridades nacionais na segurança da sociedade e do Estado.

Acerca do tema, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal se pronunciou ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 147837/RJ. Na oportunidade, a suprema corte considerou ilícitas as provas colhidas por policial militar que atuava na condição de agente de inteligência, senão vejamos:

Na espécie, a paciente foi denunciada e presa preventivamente pela suposta prática de delito de associação criminosa, previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Ela teria se associado a outros indivíduos, de forma estável e permanente, para planejar ações criminosas e recrutar simpatizantes pelas redes sociais e outros canais, que resultaram em atos de vandalismo durante manifestações ocorridas no período da Copa do Mundo, na cidade do Rio de Janeiro.

A Turma [...] explicou que a distinção entre agente infiltrado e agente de inteligência se dá em razão da finalidade e amplitude de investigação. O agente de inteligência tem uma função preventiva e genérica e busca informações de fatos sociais relevantes ao governo; o agente infiltrado age com finalidades repressivas e investigativas em busca de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas.

Segundo o colegiado, o referido agente foi designado para coletar dados para subsidiar a Força Nacional de Segurança em atuação estratégica diante dos movimentos sociais e dos protestos ocorridos no Brasil em 2014. [...], no curso de sua atividade originária, apesar de não ter sido designado para investigar a paciente nem os demais envolvidos, acabou realizando verdadeira e genuína infiltração no do qual ela supostamente fazia e ali obteve dados que embasaram sua condenação.<sup>9</sup>

(HC 147837/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 26.2.2019)

Ademais, há que se considerar que no caso acima examinado o agente atuou sem autorização judicial, razão pela qual foi reforçada a tese de clandestinidade dos elementos de prova colhidos e utilizados na ação penal.

Assim, a atual Lei do Crime Organizado deixou reservada a realização da infiltração somente aos *agentes de polícia*.

Por outro lado, vale destacar que a expressão "agentes de polícia" compreende os membros das corporações elencadas no Art. 144 da Constituição Federal, a saber: Polícia Federal, propriamente dita, Rodoviária e Ferroviária; e Polícia Estadual (civil, militar e corpo de bombeiros).

Porém, não são todos esses órgãos os encarregados do desempenho de *tarefas de investigação* (Art. 10, *caput*, da Lei nº 12.850). Tais tarefas pertencem apenas aos *agentes da polícia judiciária*, integrantes das Polícias Civil e Federal, responsáveis pela investigação criminal.

Desse modo, são esses os agentes que podem levar a efeito a técnica especial de investigação, uma vez que possuem como atribuição a condução da investigação criminal.

Quanto à referida atribuição, e seu desempenho exclusivo pela polícia judiciária, não restam dúvidas, cabendo destacar a Lei Maior, cujo Art. 144, §§ 1º e 4º, determina ser a Polícia Civil e Federal os órgãos vocacionados para apuração das infrações penais comuns<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Resumo do Informativo nº 932 do STF**. 2019. Disponível em: <https://www.guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/noticias/684862010/resumo-do-informativo-n-932-do-stf>

Acesso em: 11 de mai. 2021

<sup>10</sup> Quanto aos crimes militares, que representam a esmagadora minoria dos ilícitos penais, cabe à Polícia Militar ou Forças Armadas sua apuração (Art. 144, §4º da Constituição Federal)

Ademais a Lei nº 12.830/13 em seu Art. 2º, §1º, atribuiu ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tenha como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Portanto, é de clareza solar que integrantes de outros órgãos ligados à segurança pública não podem atuar como agentes infiltrados, uma vez que suas funções não estão relacionadas com a finalidade da medida, a qual possui natureza vinculada à investigação criminal, de atribuição da polícia judiciária (NETO, 2016).

### **3.1.3 Circunscrito à fase de investigação**

Tema debatido pela doutrina se refere ao momento da persecução penal em que a infiltração de agentes pode incidir. Não existe consenso a respeito, havendo uma primeira posição que sustenta que a medida possa ser utilizada tanto na fase de investigação criminal como na fase propriamente processual; todavia, uma segunda posição defende a possibilidade de sua aplicação apenas na etapa de investigação.

A 1ª corrente vaticina que, como regra, a infiltração deve ocorrer “durante a investigação policial, por sugestão do delegado ou do Ministério Público, autorizada pelo juiz. Porém, nada impede, como a colaboração premiada, seja realizada igualmente durante a instrução criminal”. (NUCCI, 2014, p. 751).

Além disso, considera que a Lei do Crime Organizado abre caminho para que a infiltração policial também se desenvolva na fase processual. Afinal, o *caput* do Art. 10 informa ser necessária manifestação técnica do delegado de polícia à vista do requerimento do Ministério Público, *quando a providencia cautelar for solicitada no curso de inquérito policial*. Assim, *de modo contrário*, quando requerida no curso do processo penal seria descartável a manifestação técnica da autoridade policial.

Outrossim, a 2ª corrente advoga a tese de que a medida só pode ser decretada na primeira etapa da persecução penal. Nessa corrente se posicionam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Pinto (2014), além de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p.101), para os quais “não faz qualquer sentido que se realize a infiltração uma vez já iniciada a ação penal”.

Ainda, o §2º do Art. 12 da Lei 12.850/2013 determina que “os autos contendo as informações da infiltração *acompanharão a denúncia do Ministério Público*”. Portanto, se os

autos devem acompanhar a denúncia, a ocorrência da operação fica reservada a antes da formalização da acusação, não após, uma vez já instaurado do processo.

Acrescente-se que a Lei do Crime Organizado estabeleceu como meio de obtenção de prova a “infiltração, por policiais, *em atividades de investigação*” (Art. 3º, VII), o que somente se ajusta à primeira fase da persecução penal.

Com a devida data vênua aos renomados autores, nos parece que a questão não demanda grande esforço para ser equacionada. Todavia, tratarei de examinar detidamente com a seriedade que o tema exige para melhor identificação da característica ora sustentada.

A infiltração de agentes consiste em meio de obtenção de prova de natureza sigilosa. Para sua operacionalização e resultado positivo, é imperativo que a medida se inicie, transcorra e seja concluída sob o inafastável abrigo do sigilo.

Nesse sentido, assevera Anselmo (2017) ser o sigilo “elemento de natureza fundamental para tal meio de investigação, uma vez que é de sua natureza que o procedimento seja sigiloso, sobretudo para resguardar a segurança do agente infiltrado”.

Importante ressaltar, de antemão, que o caráter sigiloso da infiltração de agentes não se confunde com o dever de preservação de sigilo também presente no pedido de homologação de acordo de colaboração premiada e na comunicação da ação controlada. Em tais circunstâncias, verifica-se na verdade imposição legal de sigilo quanto às *distribuições* desses meios especiais de obtenção de prova, não se tratando o sigilo de condição inerente a essas técnicas de investigação.

Quanto à infiltração de agentes o cenário é bem diferente. O Art. 10º, *caput*, da Lei do Crime Organizado afirma, desde logo, que a autorização judicial necessária para a realização da medida será sigilosa. Não somente, o Art. 10-B, *caput*, consigna que as informações obtidas na operação serão encaminhadas diretamente à autoridade judicial responsável, a qual ficará a cargo de zelar.

Saliente-se ainda que o parágrafo único do Art. 10-B da Lei nº 12.850/2013 determina o acesso restrito aos autos da operação enquanto esta não for concluída, ficando reservados ao órgão jurisdicional responsável, ao Ministério Público e a autoridade policial, de modo que o sigilo se mantenha.

Portanto, sigilo e infiltração de agentes são elementos indissociáveis, não sendo possível se falar na utilização dessa medida dentro de um contexto em que a parte adversa tenha conhecimento concomitante de sua aplicação.

Diante disso, faz-se necessário analisar a compatibilidade do sigilo da medida com a garantia da publicidade no processo penal. Nesse diapasão, temos no Art. 5º, LX da CF

previsão de que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Ademais, o art. 93, IX, também da Constituição estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”.

Desse modo, é possível perceber que a regra no sistema constitucional e processual é a publicidade plena, a qual traduz o livre acesso aos atos do processo pelo público geral. Por outro lado, as hipóteses de publicidade restrita, referente às situações em que os autos ficam reservados a determinados sujeitos da relação jurídica processual, demandam expressa previsão legal, e devem ter como fundamento: (I) a defesa da intimidade; e/ou (II) interesse social.

Assim sendo, o Art. 20 do CPP dispõe acerca do dever da autoridade policial de, na fase do inquérito policial, assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Referido dispositivo legal é claro ao manifestar evidente preocupação na proteção de interesses públicos relevantes, como o direito à tutela da imagem, além da efetividade da jurisdição penal, justificando assim a adoção do sigilo na elucidação dos fatos (PACCELI, 2020).

Portanto, temos previsão legal expressa a autorizar o sigilo nessa primeira etapa da persecução penal, nada impedindo, todavia, acesso pela defesa aos elementos de prova já colhidos desde que não implique prejuízo às diligências e meios de obtenção de prova em andamento.

Situação diametralmente distinta é a correspondente à fase processual. Uma vez instaurada a ação penal, não há que se falar em contraditório diferido. Nessa etapa da persecução penal vigora integralmente as garantias do contraditório, da ampla defesa, além do direito à prova, como emanções diretas do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Nesse sentido, uma vez iniciada a etapa processual não é mais possível prática de *atos de investigação*, mas de *atos de prova*, os quais objetivam introduzir dados probatórios no processo, que sirvam à formulação de um *juízo de certeza* próprio de sentença (ou acórdão).

Por conseguinte, o direito à prova no quadro do contraditório vem assinalar que no processo de formação e produção da prova é vedado: a) utilização de fatos que não tenham

sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetido a debate pelas partes; b) utilizar provas formadas fora do processo ou de *qualquer modo colhidas* na ausência das partes (GRINOVER; MAGALHÃES GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011).

Desse modo, estará viciada a prova colhida sem a presença das partes ou do juiz, constituindo a presença de ambos na produção das provas circunstância essencial à sua validade.

Assim, é de clareza solar a incompatibilidade da infiltração de agentes com essa fase da persecução penal, estando esse meio de obtenção de prova necessariamente circunscrito à fase de investigação criminal.

### ***3.1.4 Ocultação da identidade***

Aspecto relevante do agente infiltrado é a ocultação da identidade. Trata-se de condição indispensável para o exercício desembaraçado das tarefas de investigação pelo agente do Estado, permitindo que se valha de uma *nova personalidade* para a prática de atos lícitos e/ou ilícitos contemplados na decisão judicial que autorizou a medida.

Essa característica é de fundamental importância quando consideradas as diversas hipóteses em que um funcionário do poder público pode ocultar sua identidade para o desempenho de seu mister, seja ele voltado à coleta de provas visando a persecução penal, seja para a obtenção de informações de inteligência destinadas a tomada de decisão das autoridades governamentais.

Nesses termos, embora seja a ocultação da identidade qualidade essencial do agente infiltrado, não constitui característica exclusiva deste. Assim, é possível que seja assumida em várias situações que não sejam, a rigor, correspondentes à figura do agente infiltrado, o que demanda esclarecimentos teóricos acerca de outros institutos.

Episódio que bem ilustra a ocultação de identidade por agente policial fora de contexto de operação de infiltração é o relatado pelo Delegado da Polícia Federal, Marcio Anselmo (2019, p. 20), durante a fase “*Erga Omnes*” da Operação Lava Jato, que culminou com a prisão do empresário Marcelo Odebrecht:

Embora tivéssemos o endereço e o número de sua casa, precisávamos saber o local exato da operação, e era impossível identificar a casa sem entrar no condomínio. Passando-se por alguém interessado em comprar uma das mansões, um policial conseguiu entrar no condomínio com um corretor de imóveis, em um carro de luxo para manter o disfarce. Em uma conversa despreocupada, descobriu qual era a casa dos Odebrecht [...].

Trata-se de situação em que agente policial oculta sua identidade, assumindo disfarce de possível comprador de imóvel para ter acesso ao local ali obter as informações necessárias para o cumprimento rigoroso das medidas cautelares já deferidas pela Justiça.

Na situação é possível observar que o agente policial não estabelece contato com o investigado, e muito menos com suas atividades supostamente ilícitas, restringindo-se tão somente à identificação do local exato da operação que seria realizada.

Portanto, o disfarce pode ser utilizado em outras circunstâncias existentes tanto na experiência jurídica nacional como estrangeira. É o caso do *agente disfarçado*, *agente secreto* e do *undercover agent*.

O *agente disfarçado* é o agente policial que efetua mera diligência de campo sob atuação dissimulada. Há ocultação de sua identidade, embora inexistente envolvimento prévio com grupo criminoso, muito menos penetração em célula criminosa. Sua atividade investigativa prescinde de qualquer relação de confiança a ser estabelecida com os suspeitos.

De forma cirúrgica Delgado, em trecho citado por Cunha, Souza e Holmes Lins (2019), bem descreve a figura do *agente meramente encubierto* (muito presente na doutrina espanhola) a qual corresponderia ao agente disfarçado, aduzindo ser “aquele que, sem revelar sua identidade, em trabalho de rotina, investiga crimes sem precisar se envolver ou ganhar confiança dos integrantes do grupo criminoso”.

Importante que se diga que até pouco tempo o agente disfarçado não possuía previsão expressa em nosso ordenamento jurídico. Sua repercussão encontrava espaço apenas na prática policial, não sendo objeto de análise pela doutrina brasileira, nem de preocupação por parte do legislador. Contudo, após o advento da Lei 13.964/2019, chamada pacote “anticrime”, mudanças foram operadas na legislação penal especial, sendo algumas direcionadas para a previsão da figura do agente disfarçado. Foi o que aconteceu nos artigos 17, §2º, e 18, parágrafo único da Lei 10.826/2003, e artigo 33, §1º, da Lei 11.343/2006, senão vejamos:

Lei 10.826/2003: ”Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

[...]

§2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena – reclusão de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§1º. Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

IV – vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

Após sua previsão normativa, embora na condição de tipo penal equiparado e não como técnica especial de investigação, iniciou-se um esforço teórico para que fosse possível sua delimitação conceitual, levando-se em consideração seus contornos dentro do Direito Brasileiro.

Assumindo esse desafio, a doutrina mais bem qualificada no assunto assim definiu a nova hipótese de atuação policial:

Agente policial disfarçado qualifica-se como técnica especial de investigação, contida em tipo penal equiparado, a ser realizada exclusivamente por policial investigativo (civil ou federal), independentemente de autorização judicial. Consiste na atuação de maneira dissimulada do policial que, após diligências preliminares que atestem a presença de *elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente*, recebe arma de fogo ou droga do investigado confirmando a suspeita e concretizando situação flagrancial da venda ou entrega do objeto ilícito. (COSTA; FONTES; HOFFMAN; SILVA, 2020).

No diz respeito ao *agente secreto*, ou “*espião*”, este encontra guarida na atividade de inteligência voltada para a segurança da sociedade, do Estado Democrático de Direito, da eficácia do poder público, bem como da soberania nacional. Como já foi abordado no presente trabalho, não voltaremos a examiná-lo.

Por fim, ainda é possível se identificar o *undercover agent* proveniente da experiência jurídica norte-americana. Nas palavras precisas de Cardoso (2008, p. 41-42), a

figura revela “um infiltrado *sui generis*, uma vez que sua tarefa consiste em realizar operações genéricas, sem qualquer finalidade específica”, e, portanto, “ainda que seja um policial atuando de forma encoberta, se infiltra de modo genérico em âmbitos e organizações diversas, sem que seu labor obedeça, desde um princípio, a uma investigação delitiva concreta”.

Em que pese posição do autor, há que se considerar também a utilização do termo *undercover agent* como sinônimo de agente infiltrado (ou disfarçado) por parcela considerável da Doutrina.<sup>11</sup>

Não consideramos esta última posição a mais adequada. Valer-se de denominações distintas para uma mesma figura acaba por ocasionar ambigüidades sem contribuir com nenhum ganho teórico.

Ademais, a distinção conceitual é bem-vinda para consolidar o *undercover agent* como situação específica do Direito norte-americano, de tradição jurídica *Common Law*, e, portanto, incompatível com a normatividade brasileira que fixa contornos bem definidos acerca da utilização e atuação do agente infiltrado.

Em suma, é possível perceber outras hipóteses em que a ocultação da identidade vem a ser utilizada, não se tratando de qualidade exclusiva do agente infiltrado. Contudo, há de ser distinguida da hipótese de *falsa identidade* a qual é facultada sua utilização pelo agente infiltrado a depender do caso concreto.

A *identidade falsa* constitui um atributo mais sofisticado que a ocultação da identidade, sendo característica própria do agente infiltrado. Considerando que este precisa da confiança dos membros da organização criminosa para que possa elucidar a tessitura criminosa, os planos delitivos e o modo de operar do grupo, é possível que seja necessária a produção uma *identidade falsa*, com a confecção de registros, documentos fictícios, além de histórico criminal, diplomas, certificados, tudo a depender da investigação em curso.

Portanto, é possível que o agente policial assuma *identidade falsa* para levar a cabo a operação de infiltração, porém a *ocultação da identidade* será uma constante dentro dessa modalidade de esclarecimento de delito.

## 4 DA IMPUTABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO

### 4.1 Aspectos gerais

---

<sup>11</sup> Por todos: PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 108.

Tema bastante tormentoso e ainda pouco explorado pela doutrina de direito processual e penal brasileira é a responsabilidade penal do agente infiltrado. Sabemos que o agente policial se insere, em regra, dentro de um grupo criminoso com o intuito de ali obter elementos e/ou identificar fontes de prova que possam subsidiar possível denúncia a ser ofertada pelo titular da ação penal.

Conforme se deixa antever o parágrafo 2º, Art. 12, da Lei 12.850/2013, “os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público”, ficando clara a natureza do instituto, que corresponde a uma técnica de investigação, ou meio de obtenção de prova.

Nesse contexto, discute-se acerca da possibilidade de o agente policial cometer ilícitos no transcurso da operação de infiltração. No que se refere aos ilícitos de ordem administrativa ou cível não existe polêmica a respeito, estando tais hipóteses previstas de maneira genérica no art. 13, *caput*, da Lei de Crime Organizado, o qual estabelece que “o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.”

Referido dispositivo submete a avaliação da ilicitude - cível ou administrativa - da atuação do agente a um juízo de proporcionalidade que leve em conta a finalidade da investigação. Desse modo, no exame da legitimidade da conduta do agente dever-se-á recorrer a uma ponderação de interesses pautada no princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão - subprincípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – considerando as circunstâncias da operação de infiltração, tais como limites espaciais, temporais e investigatórios definidos na decisão jurisdicional que autorizou a medida.

Todavia, não iremos penetrar em tal questão, visto não constituir o objeto de estudo do presente trabalho. Os esforços aqui se direcionam para o exame do ilícito penal que poderá ser levado a efeito pelo policial infiltrado no transcurso de sua atividade de investigação. Assim, o atual capítulo se destina a responder as seguintes indagações: a) é possível autorizar a prática de crimes pelo agente infiltrado; b) sendo afirmativa a resposta, qual instituto jurídico legitimaria a prática de infrações penais pelo agente infiltrado.

É o que nos propomos a discutir.

#### **4.2 A prática de infrações penais pelo agente infiltrado**

A técnica de infiltração de agentes consiste em um meio de obtenção de provas, na qual aquele (ou aquela) encarregado de desempenhar o papel de dissimulação, seja como

efetivo integrante da suposta célula criminosa investigada, seja como ator externo que atua tangenciando as atividades da empresa do crime, precisa obter informações relevantes para a elucidação da autoria e materialidade delitiva.

Constitui, portanto, *infiltração repressiva* em que poderá o agente policial atuar dentro da organização, cometendo condutas ilícitas, ou de maneira superficial, participando de alguma fase lícita que integre o corpo sistemático da estrutura criminosa (BRITO, 2008). Nessa situação o policial investigativo assume uma postura ativa, não ficando sua atividade reservada ao monitoramento da atividade do grupo criminoso para, em seguida, intervir na fase ostensiva da operação, efetuando prisões ou outras medidas cautelares.

Pelo contrário, mais do que isso a infiltração propriamente dita exige que o policial se exponha, se deixe perceber, dentro das circunstâncias alvo da investigação, como um personagem neutro, vale dizer, como apenas *mais um componente integrante do cotidiano* do grupo criminoso.

Por conseguinte, fica claro que a operação de infiltração demandará em um ou outro momento a prática de delito por parte do *agente dissimulador*, constituindo tal circunstância recurso fundamental para a execução da medida de investigação. Não por outro motivo, José (2010, p. 76-77) em sua dissertação de mestrado chega à mesma conclusão afirmando o seguinte:

A prática de condutas típicas por parte do policial que se infiltra em organizações criminosas é inevitável. Embora existam entendimentos em contrário, acreditamos ser de suma importância, para que o infiltrado possa se caracterizar plenamente como membro da organização investigada, que ele participe das atividades por esta desenvolvidas. Caso o policial se recuse a participar das diligências propostas pelos investigados, poderá levantar suspeitas sobre a sua identidade, o que pode vir a ser extremamente arriscado.

Ademais, devem ser considerados os recursos necessários à manutenção da identidade falsa. Nesse contexto, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro – ENCCLA – assinala que “incumbe ao magistrado determinar a criação de registros e documentos fictícios, inclusive de histórico criminal, diplomas, certificados e de tudo mais que se fizer necessário para o êxito da investigação”. Ainda, consigna que a autoridade policial, em sua representação, delimite as medidas a serem tomadas para a criação de identidade fictícia, “discriminando os órgãos a serem oficiados para tal fim.”<sup>12</sup>

Destarte, estamos diante de um provimento jurisdicional que determina a produção de documentos *manifestamente falsos*, os quais encerram a nota da falsidade

---

<sup>12</sup> *Op.cit.* ENCCLA. 2004, p.4-5.

adquirida por meio da simulação. Masson (2020) elucida bem esse aspecto ao tratar das *formas de materialização da imitação da verdade*, situando a simulação entre elas. Em seu estudo sobre os crimes de falso, o penalista nos informa que a simulação consiste na falsidade ideológica, relativa ao conteúdo do documento, pois seu aspecto exterior ou forma conserva a autenticidade.

Assim, é de clareza solar a falsidade ideológica inscrita nos documentos providenciados por instituições públicas e/ou privadas para o fornecimento de dados fictícios. Com isso torna-se imprescindível, ao menos, a prática do crime de *uso de documento falso*<sup>13</sup>, previsto no art. 304 do Código Penal Brasileiro, que nos conduz a uma propriedade de grande relevância para o agente infiltrado: *a realização de condutas típicas*.

Portanto, a prática de delitos pelo agente infiltrado constitui a regra, não a exceção. Sendo assim, nada mais coerente que a dogmática jurídica penal se encarregue de oferecer os recursos teóricos necessários para que se racionalize a exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado nessas circunstâncias.

É o que passamos a examinar.

#### **4.2. Previsão legal acerca da Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado.**

Estamos diante do art. 13, parágrafo único da Lei de Crime Organizado que em sua redação assim dispõe: “*não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa*”.

Uma primeira avaliação nos revela se tratar de uma hipótese *legal de causa geral de inexigibilidade de conduta diversa (ou conforme o Direito)*, com efeito excludente da culpabilidade. Se o Código Penal em seu Art. 22 reconhece expressamente a *obediência hierárquica* e a *coação moral irresistível* como hipóteses capazes de afastar a exigibilidade de conduta conforme o Direito por parte do sujeito, o dispositivo ora examinado consubstancia um fundamento geral de exclusão da culpabilidade.

Com efeito, a inexigibilidade de conduta diversa traduz causa geral de exclusão da culpabilidade a qual sempre foi acolhida pelos operadores do direito. Antes de referida previsão normativa, a excludente habitava somente o âmbito da suprallegalidade, alcançando situações excepcionais não contempladas pelas causas legais de exclusão da culpabilidade.

---

<sup>13</sup> Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena – A cominada à falsificação ou à alteração.

Portanto, as hipóteses de obediência hierárquica e coação moral irresistível nada mais são do que emanções provenientes desse fundamento geral supralegal de exclusão da culpabilidade.

Todavia, em que pese a previsão legal sinalizando para a aplicação do instituto ao agente infiltrado que comete crimes no curso da investigação, referida causa geral de exclusão da culpabilidade preserva seu conteúdo dogmático-teórico, e, portanto, continua a se aplicar apenas às situações concretas que possuem aptidão de afastar a expectativa normativa da conduta do sujeito.

Vale dizer que o parágrafo único, art. 13, da LCO, ao prever uma *cláusula geral* de exclusão da culpabilidade, circunscreve a apreciação da responsabilidade penal do agente infiltrado às particularidades do caso concreto, demandando as notas da excepcionalidade e eventualidade para que possa incidir como elemento desconfigurador do delito.

Em virtude disso, o dispositivo acaba por conferir sentido excepcional à prática de delitos por parte do agente, uma vez que somente conduz à imunidade o funcionário do Estado que se encontrar envolvido por circunstância especiais e raras, evidenciando não lhe ser possível adotar conduta diversa (NUCCI, 2019).

Essa solução da Lei não nos parece a mais adequada por diversas razões, senão vejamos: a) *a um*, porque não é compatível com a prática habitual de infrações penais por parte do agente, a qual, conforme sustentado, constitui propriedade intrínseca e indispensável à execução desembaraçada e efetiva da operação de infiltração; b) *a dois*, já que exige exame casuístico, torna difícil – até impossível – se identificar a priori as fronteiras entre o lícito e o ilícito na atuação do agente infiltrado; c) *a três*, por em nada contribuir em termos de segurança jurídica, considerando que a *inexigibilidade de conduta diversa* já existe enquanto causa *supralegal* de exclusão da culpabilidade, cujo uso é amplamente acolhido pela Doutrina e jurisprudência como recurso para defesa do imputado.

Destarte, apurar a responsabilidade penal do agente apenas a partir do exame incidência do parágrafo único, do Art. 13 da Lei 12.850, dificulta, em muito, a previsibilidade da medida, além de deixar ao alvedrio judicial a tarefa de verificar se o Direito Penal se aplica ou não à situação fática.

#### **4.3. Proposta teórica para apreciação da Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado.**

Adotando outra perspectiva, consideramos mais adequado para o exame da matéria o Art. 10, *caput*, da Lei de Crime Organizado, o qual em sua redação nos informa:

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 do inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Portanto, as tarefas a serem desempenhadas e executadas no contexto da infiltração são abarcadas na decisão judicial autorizadora da medida. Aqui se insere o papel fundamental do *plano operacional*.

Conforme destaca o Promotor de Justiça de São Paulo, Zanella (2017), ao se utilizar das lições de Denilson Feitosa Pacheco, verifica-se que:

Embora a lei não preveja expressamente, o requerimento (ou representação) pela infiltração deverá ser instruído com um plano operacional da diligência o qual detalhará os objetivos e as etapas da infiltração, a prova a ser buscada e os limites da atuação do agente infiltrado. Com base no plano operacional anexado ao pleito, o juiz fixará os limites da atividade de infiltração (art.10 da Lei 12.850/2013), detalhando quais as diligências que poderão ser utilizadas pelo agente infiltrado.

Nesse sentido, o plano de infiltração deverá conter as espécies de condutas típico-penais que eventualmente o agente infiltrado poderá praticar, a fim de que esse aspecto seja avaliado, e, se for o caso, contemplado no provimento judicial autorizador da operação.

Diante disso, temos como fonte direta de legitimidade da atuação do agente infiltrado *a decisão jurisdicional que define seus limites*. Por outro lado, a fonte indireta da legitimidade se localiza no Art. 10, *caput*, da Lei nº 12.850 o qual, ao mesmo tempo em que encarrega, autoriza que o órgão jurisdicional correspondente estabeleça o panorama funcional da operação de infiltração.

Desse modo, é possível se chegar à conclusão de que natureza jurídica do instituto que melhor traduz o regime de exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado corresponde ao *estrito cumprimento do dever legal*.

Com efeito, podemos identificar na operação de infiltração, que o policial, ao levar a efeito determinado fato típico, pratica-o como única forma de atender a uma determinação indireta da lei. Sob essa perspectiva, verifica-se que a lei vincula a autoridade jurisdicional que por sua vez confere os recursos cabíveis para o êxito da operação, dentre eles a possibilidade de praticar condutas típicas anteriormente inseridas no plano operacional.

Daí a importância de se considerar a prévia autorização jurisdicional prevista no Art. 10 da LCO. Nesse contexto, o agente só pode conduzir a infiltração, e nela praticar condutas típicas, se estiver legitimado com antecedência pelo provimento judicial. De outra

forma, não há que se falar em legalidade da infiltração, e muito menos na possibilidade de se afastar a aplicação ordinária do Direito Penal com base nas premissas levantadas.

Além disso, é importante que o agente tenha conhecimento prévio das condutas típicas que poderá praticar, uma vez que tal aspecto dá ensejo à *consciência de atuar sob o amparo do Direito*, consubstanciando o elemento subjetivo necessário para que se aperfeiçoe a causa de exclusão de ilicitude sustentada.

Por fim, há que se considerar que o agente na operação de infiltração acaba por praticar *condutas típicas*, visto que age sob o abrigo de uma *causa excludente de ilicitude*. Desse modo, salientamos a redação do Art. 23, inciso III, do Código Penal, que sob o título de *Exclusão da Ilicitude*, estabelece que “não há crime quando o agente pratica o fato [...] em estrito cumprimento de dever legal [...]”.

A observação é pertinente por dois motivos, a saber: *primeiramente*, possibilita-nos distinguir a prática ordinária de crimes, despida, *a priori*, de qualquer legitimidade, da prática de condutas típicas contempladas no plano operacional e deferidas pela Justiça; *em segundo lugar*, torna incabível a incidência do Art. 13, parágrafo único, da Lei de Crime Organizado, uma vez que tal dispositivo se refere à “*prática de crime* pelo agente infiltrado no curso da investigação”, o que, por conseguinte, torna irrelevante sua aplicação para o agente que pratica condutas típicas amparado pela causa justificante do estrito cumprimento do dever legal.

Por outro lado, sustentamos que quanto às situações em que o policial infiltrado tiver de recorrer a prática de condutas típicas que não estejam contempladas na decisão judicial autorizadora da medida, dever-se-á aplicar as demais regras do Direito Penal para a apreciação caso concreto.

## 5 CONCLUSÃO

A infiltração de agentes se insere dentro das técnicas especiais de investigação, sendo ainda um desafio o seu tratamento jurídico e prático.

Conforme foi sustentado no presente trabalho, o instituto constitui meio extraordinário de obtenção de prova, circunscrito à fase de investigação criminal, no qual integrante de órgão da polícia judiciária efetua, presencialmente ou virtualmente, apuração sigilosa, estando submetido à ocultação de sua identidade.

Ademais, foi aventada e defendida a tese de que o agente infiltrado em sua atividade atua sob o abrigo de causa excludente de ilicitude correspondente ao estrito

cumprimento do dever legal. Nesse sentido, não se praticam *infrações penais* no curso da operação de infiltração, mas *atos típicos* contemplados na decisão jurisdicional que autorizou a medida.

Todavia, não olvidamos a repercussão da posição defendida na hipótese de concurso de pessoas, tendo em vista ser a teoria da acessoriedade limitada<sup>14</sup> a mais acolhida para o exame da punibilidade da participação. Em virtude de tal questão inafastável, nos reservamos a elucidá-la em momento oportuno considerando a abertura teórica que o assunto demanda.

---

<sup>14</sup> “Conforme a teoria da acessoriedade limitada, a participação é punível se o autor praticou uma conduta típica e ilícita (injusto penal), ainda que não culpável”. (REBOUÇAS, Sérgio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 895)

## REFERÊNCIAS

- ANSELMO, Márcio Adriano. **A infiltração policial no combate aos crimes de corrupção**. Revista Consultor Jurídico, out. 2017. Disponível em: <https://conjur.com.br/2017-out-24/academia-policia-infiltracao-policial-combate-aos-crimes-corrupcao>  
Acesso em 14 jun de 2021.
- ALMEIDA, Andreia Alves de. Crime organizado transnacional e globalização: in as máfias e controle mundial Brasil Lei 2850/13. **Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Aracaju-SE, p. 341, junho. 2015. Trabalho apresentado no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS. Disponível em:  
<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/FY5nXK83Z19OdcxE.pdf>  
Acesso em 18 de mar. 2020
- BARREIRAS, Mariana Barros. **ABIN** – legislação de inteligência sistematizada e comentada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de Março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.
- BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. **Crime Organizado**, São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMILO, Roberta Rodrigues. A infiltração do agente no crime organizado. **Crime Organizado**, São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>. Acesso em 18 de mar. 2020.
- COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique; SILVA, Marcio Alberto Gomes. **Agente policial disfarçado no estatuto do desarmamento e na lei de drogas**. Disponível em: <https://conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas?>. Acesso em 20 jul. 2021.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova lei sobre crime organizado – Lei n. ° 12.850/2013**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- ENCCLA. **Manual – infiltração de agentes**. Brasília, 2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, vol. II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **As Nulidades do Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 76-77.

Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>  
Acesso em: 04 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Mariângela Tomé. Infiltração de Agentes no Brasil e Espanha. Possibilidade de Reformulação do Sistema Brasileiro com base no Direito Espanhol. **Estudios Sobre La Corrupción Una Refléxion Hispano Brasileña**, Salamanca, 2012.

Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4254324/mod\\_resource/content/1/Estudios%20sobre%20%20corrupci%C3%B3n.pdf#page=241](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4254324/mod_resource/content/1/Estudios%20sobre%20%20corrupci%C3%B3n.pdf#page=241). Acesso em: 15 jun. 2020.

MALAN, Diogo. Agente infiltrado no processo penal. **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MASSON, Cléber. **Direito Penal: parte especial (art. 213 a 359-H)**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020.

NETO, Francisco Sannini. **Infiltração de agentes é atividade de polícia judiciária**. Revista Consultor Jurídico, ago. 2016. Disponível em: [https://conjur.com.br/2016-ago-05/sannini-infiltracao-agentes-atividade-policia-judiciaria#\\_ftn4](https://conjur.com.br/2016-ago-05/sannini-infiltracao-agentes-atividade-policia-judiciaria#_ftn4). Acesso em:

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, vol. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). **Revista do Ministério Público de Goiás**. Goiânia: ESMPG-GO, ano. 1996, n. 16, p.41-42, out/dez. 2008.

PONTES, Jorge; ANSELMO, Márcio. **Crime. gov**: quando corrupção e governo se misturam. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

PORTO, Ana Paula Azevedo; PORTO, Bárbara Campos. A técnica de infiltração de agentes como meio de investigação e de obtenção de prova e os limites da legalidade. **Criminologias e Política Criminal I**, Brasília, p. 91, julho. 2017. Trabalho apresentado no XXVI Encontro Nacional do Conpedi Brasília – DF.

Disponível em:

<http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/roj0xn13/ly8373a7/L70aJv28FMEwrxGt.pdf>.

Acesso em: 17 mar. 2020.

PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal brasileiro, vol. 1: parte geral, Arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

REBOUÇAS, Sérgio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, Paulo Vitor Valeriano; AYRES, Ana Luíza Zakur. A infiltração policial como estratégia inovadora de combate ao crime organizado. **Criminologias e Política Criminal II**, Brasília, p. 145-146, julho. 2017. Trabalho apresentado no XXVI Encontro Nacional Conpedi Brasília – DF.

Disponível em:

<http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/roj0xn13/4zay345f/7J83S1GFwxxiTG34.pdf>.

Acesso em: 14 abr. 2020.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito policial**: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. A infiltração do agente como técnica de investigação criminal. **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; HOLMES LINS, Caroline de Assis e Silva. **A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019>. Acesso em 8 jul. 2021.

ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de agentes. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

Disponível em: <https://enciclopédiajuridica.pucsp.br/verbete/442/edição-1/infiltração-de-agentes>. Acesso em: 15 ago. 2021.